

Sentença. Mandado de Segurança
contra aumento da alíquota
de contribuição previdenciária
devida por servidor público.
EC nº 41/2003. Inconstitucionalidade
incidentalmente reconhecida.
Liminar deferida.

61

4ª VARA DA JUSTIÇA FEDERAL
DO RIO GRANDE DO NORTE

VISTOS.

I. Relatório

Cuida-se de Mandado de Segurança Preventivo promovido por Carlos Alberto Salustino Dutra, João Barros da Silva, José Alvamar Gomes de Sena, Natanael de Oliveira Luz Neto, Raimundo Paiva, Togran Lauro de Oliveira, Zélio Manoel de Sousa em face do gerente executivo do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Alega(m), em suma, que: a) é(são) servidor(es) público(s) aposentado(s); b) a aposentadoria rege-se pela data da aposentação; c) não pode ver descontada a contribuição previdenciária por força da Emenda Constitucional nº 41/2003, o que ofenderia o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a segurança jurídica, a isonomia tributária, a vedação de confisco e a irredutibilidade salarial; e) presentes os requisitos da tutela de urgência. Requereu tutela liminar para o fim de determinar à autoridade dita coatora que se abstenha de efetuar o desconto referente à contribuição previdenciária na forma prevista na Emenda Constitucional nº 41/2003.

Emenda determinada (fl. 63), vinda a petição e documentos de fls. 65-87.
Manifestação do procurador-chefe do INSS sobre o pleito liminar (fls. 90-91), invocando suspensão de prazos por força maior, ante o estado de greve.
Seguiram-se informações da autoridade coatora, invocando ilegitimidade passiva e, no mérito, a legalidade do ato (fls. 93-115).
Era, em apertada síntese, o que merecia ser detalhado.

II. Fundamentação

A emenda

Recebo a emenda à inicial.

A introdução

Aprecio o pleito desde logo.
Por duas razões, a greve dos advogados públicos não pode obstar a apreciação da liminar.
Primeiro, porque a parte autora não pode ser prejudicada por tal contingência.
Segundo, porque não toca ao procurador-chefe do INSS manifestar-se em informações, como o caso, mas sim à autoridade dita coatora, a saber, o gerente executivo.
Por outro lado, cabível o mandado de segurança, na medida em que a administração está jungida ao cumprimento da novel determinação por força do art. 37, *caput* da Constituição Federal, que comina a observância da legalidade estrita.
Vislumbro os requisitos legais, pelos motivos adiante elencados.

62

A verossimilhança

A legitimidade passiva

A autoridade coatora é legitimada.
Tanto por força de sua competência funcional, de arrecadador e cobrador administrativo das contribuições previdenciárias (alínea "a", inc. I do art. 24 do Decreto nº 4.688/2003), como também pelo fato de ter defendido o mérito do ato quando das suas informações.
Muito a propósito, SÉRGIO FERRAZ (*Mandado de Segurança*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 64).

A emenda 41/2003

Diz a Emenda Constitucional nº 41/2003, no que importa:

"Art. 40. 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 e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral

de Previdência Social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos”.

Vê-se, pois, que o dispositivo constitucional passou a autorizar a exação previdenciária sobre os proventos e pensões no serviço público.

O entendimento do STF antes e após a EC nº 20/98.

Até a vigência da EC nº 20/98, que alterou o regime previdenciário, a Corte Suprema viabilizava a contribuição sobre servidores inativos:

“Ementa - Extensão, aos proventos dos servidores Públicos inativos, da incidência de contribuição para o custeio da Previdência Social. Insuficiente relevância, em juízo provisório e para fins de suspensão liminar, de argüição de sua incompatibilidade com os artigos 67; 195, II; 40, § 6º; 194, IV; e 195, §§ 5º e 6º, todos da Constituição Federal. Medida cautelar indeferida, por maioria” (ADI nº 1441 MC-DF, Pleno, rel. min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJ 18-10-96, p. 39.844, Ement. vol. 1.846-01/107).

Com a referida EC nº 20/98, dada a específica nomenclatura constitucional, que não se referia a pensões ou proventos, dita possibilidade foi rechaçada:

“Ementa: Servidores públicos federais - Contribuição de Seguridade Social - Lei nº 9.783/99 - Argüição de inconstitucionalidade formal e material desse diploma legislativo - Relevância jurídica da tese pertinente à não-incidência da contribuição de Seguridade Social sobre servidores inativos e pensionistas da União Federal (CF, art. 40, caput, e respectivo § 12, c/c o art. 195, II, na redação dada pela EC nº 20/98) - Alíquotas progressivas - Escala de progressividade dos adicionais temporários (art. 2º da Lei nº 9.783/99) - Alegação de ofensa ao princípio que veda a tributação confiscatória (CF, art. 150, IV) e de descaracterização da função constitucional inerente à contribuição de Seguridade Social - Plausibilidade jurídica - Medida cautelar deferida em parte.

Princípio da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa (CF, art. 67) - Medida provisória rejeitada pelo congresso nacional - Possibilidade de apresentação de projeto de lei, pelo Presidente da República, no início do ano seguinte àquele em que se deu a rejeição parlamentar da medida provisória.

- A norma inscrita no art. 67 da Constituição — que consagra o postulado da irrepetibilidade dos projetos rejeitados na mesma sessão legislativa — não impede o Presidente da República de submeter à apreciação do Congresso Nacional, reunido em convocação extraordinária (CF, art. 57, § 6º, II), projeto de lei versando, total ou parcialmente, a mesma matéria que constituiu objeto de medida provisória rejeitada pelo Parlamento, em sessão legislativa realizada no ano anterior. - O Presidente da República, no entanto, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e de

transgressão à integridade da ordem democrática, não pode valer-se de medida provisória para disciplinar matéria que já tenha sido objeto de projeto de lei anteriormente rejeitado na mesma sessão legislativa (RTJ 166/890, rel. min. OCTAVIO GALLOTTI). Também pelas mesmas razões, o Chefe do Poder Executivo da União não pode reeditar medida provisória que veicule matéria constante de outra medida provisória anteriormente rejeitada pelo Congresso Nacional (RTJ 146/707-708, rel. min. CELSO DE MELLO).

Reserva constitucional de lei complementar - Incidência nos casos taxativamente indicados na Constituição - Contribuição de Seguridade Social devida por servidores públicos federais em atividade - Instituição mediante lei ordinária - Possibilidade — Não se presume a necessidade de edição de lei complementar, pois esta é somente exigível nos casos expressamente previstos na Constituição. Doutrina. Precedentes. - O ordenamento constitucional brasileiro — ressalvada a hipótese prevista no art. 195, § 4º, da Constituição — não submeteu ao domínio normativo da lei complementar a instituição e a majoração das contribuições sociais a que se refere o art. 195 da Carta Política. - *Tratando-se de contribuição incidente sobre servidores públicos federais em atividade — a cujo respeito existe expressa previsão inscrita no art. 40, caput, e § 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, na redação dada pela EC nº 20/98 — revela-se legítima a disciplinação do tema mediante simples lei ordinária. As contribuições de Seguridade Social — inclusive aquelas que incidem sobre os servidores públicos federais em atividade —, embora sujeitas, como qualquer tributo, às normas gerais estabelecidas na lei complementar a que se refere o art. 146, III, da Constituição, não dependem, para o específico efeito de sua instituição, da edição de nova lei complementar, eis que, precisamente por não se qualificarem como impostos, torna-se inexigível, quanto a elas, a utilização dessa espécie normativa para os fins a que alude o art. 146, III, a, segunda parte, da Carta Política, vale dizer, para a definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Precedente: RTJ 143/313-314.*

A Constituição da República não admite a instituição da contribuição da Seguridade Social sobre inativos e pensionistas da União.

- A Lei nº 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de Seguridade Social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC nº 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias

e das pensões. O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, caput, da Constituição, na redação dada pela EC nº 20/98, foi instituído, unicamente, em relação 'Aos servidores titulares de cargos efetivos...', inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir a inativos e a pensionistas da União a condição de contribuintes da exação prevista na Lei nº 9.783/99. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC nº 20/98.

Debates parlamentares e interpretação da Constituição.

- O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas. Doutrina. - O registro histórico dos debates parlamentares, em torno da proposta que resultou na Emenda Constitucional nº 20/98 (PEC nº 33/95), revela-se extremamente importante na constatação de que a única base constitucional — que poderia viabilizar a cobrança, relativamente aos inativos e aos pensionistas da União, da contribuição de Seguridade Social — foi conscientemente excluída do texto, por iniciativa dos próprios líderes dos partidos políticos que dão sustentação parlamentar ao Governo, na Câmara dos Deputados ('Comunicado Parlamentar publicado no Diário da Câmara dos Deputados', p. 4.110, edição de 12/2/98). O destaque supressivo, patrocinado por esses líderes partidários, excluiu do Substitutivo aprovado pelo Senado Federal (PEC nº 33/95) a cláusula destinada a introduzir, no texto da Constituição, a necessária previsão de cobrança, aos pensionistas e aos servidores inativos, da contribuição de Seguridade Social.

O regime contributivo é, por essência, um regime de caráter eminentemente retributivo. A questão do equilíbrio atuarial (CF, art. 195, § 5º). Contribuição de Seguridade Social sobre pensões e proventos: ausência de causa suficiente.

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

A contribuição de Seguridade Social dos servidores públicos em atividade constitui modalidade de tributo vinculado.

- A contribuição de Seguridade Social, devida por servidores públicos em atividade, configura modalidade de contribuição social,

qualificando-se como espécie tributária de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo. Precedentes.

A garantia da irredutibilidade da remuneração não é oponível à instituição/majoração da contribuição de Seguridade Social relativamente aos servidores em atividade

- A contribuição de Seguridade Social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor ao Poder Público pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos — a cujo conceito se subsumem as contribuições de Seguridade Social (RTJ 143/684 - RTJ 149/654) —, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às derrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos — (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de Seguridade Social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política. Precedentes: RTJ 83/74 - RTJ 109/244 - RTJ 147/921, 925.

Contribuição de Seguridade Social. Servidores em atividade. Estrutura progressiva das alíquotas: a progressividade em matéria tributária supõe expressa autorização constitucional. Relevância jurídica da tese.

- Relevância jurídica da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de Seguridade Social devida por servidores públicos em atividade. Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional — CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) — inexistente espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. Inaplicabilidade, aos servidores estatais, da norma inscrita no art. 195, § 9º, da Constituição, introduzida pela EC nº 20/98. A inovação do quadro normativo resultante da promulgação da EC nº 20/98 — que introduziu, na Carta Política, a

regra consubstanciada no art. 195, § 9º (contribuição patronal) — parece tornar insuscetível de invocação o precedente firmado na ADI nº 790-DF (RTJ 147/921).

A tributação confiscatória é vedada pela Constituição da República.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, rel. min. CELSO DE MELLO (o relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou à prática de atividade profissional lícita ou, ainda, à regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte — considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) — para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo — resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal — afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de Seguridade Social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

A contribuição de Seguridade Social possui destinação constitucional específica

- A contribuição de Seguridade Social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da Seguridade Social, em função de específica destinação constitucional. A vigência temporária das alíquotas progressivas

(art. 2º da Lei nº 9.783/99), além de não implicar concessão adicional de outras vantagens, benefícios ou serviços — rompendo, em conseqüência, a necessária vinculação causal que deve existir entre contribuições e benefícios (RTJ 147/921) —, constitui expressiva evidência de que se buscou, unicamente, com a arrecadação desse plus, o aumento da receita da União, em ordem a viabilizar o pagamento de encargos (despesas de pessoal) cuja satisfação deve resultar, ordinariamente, da arrecadação de impostos.

Razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição da República.

- A invocação das razões de Estado — além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas — representa, por efeito das gravíssimas conseqüências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos que a informam, culminando por introduzir, no sistema de Direito Positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes com a Constituição há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal

- O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional” (STF, ADI nº 2010 MC/DF, Pleno, rel. min. CELSO DE MELLO, DJ 12-04-02, p. 51, Ement. Vol. 2064-01/86, sendo nossos os destaques).

A impossibilidade de taxação de inativos foi recentemente confirmada pela mesma Corte, *verbis*:

“Ementa: Constitucional. Previdenciário. Servidor público. Incidência de contribuição sobre proventos e pensões. Lei nº 12.278/96 do Estado de Minas Gerais. Emenda Constitucional nº 20/98

Para o período anterior à vigência da Emenda Constitucional nº 20/98, esta Suprema Corte admitia o custeio da previdência pública com recursos dos próprios proventos e pensões percebidos, respectivamente, pelos servidores públicos inativos e pensionistas (ADIMC nº 1.441, rel. min. OCTAVIO GALLOTTI). Todavia, após tal mudança no texto constitucional, estabeleceu-se um novo regime de previdência de caráter contributivo, definindo-se como contribuintes unicamente os ‘servidores titulares de cargos efetivos’. Assim, alterou-se a orientação deste Supremo Tribunal sobre a matéria, tendo o seu Plenário, no julgamento da ADIMC nº 2.010, rel. min. CELSO DE MELLO, assentado que a contribuição para o custeio da Previdência Social dos servidores públicos não deve incidir sobre os proventos ou pensões dos aposentados e pensionistas. Agravo regimental provido, para se prover, em parte, o recurso extraordinário do agravante” (STJ, 2ª T., RE nº 357.652 AgR-MG, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ 17-10-2003, p. 34, Ement. vol. 2128-03/581).

Ou seja, há um claro indicativo do pretório excelso de que a taxação de inativos é descabida pela simples falta de correlação entre prestação e benefício.

Diz-se isso porque a concessão de liminares no País todo, como está ocorrendo, certamente ensejará a discussão naquele tribunal. E não adiantaria decidir diversamente dos padrões ali traçados, sob pena de inculcar-se inútil esperança ao jurisdicionado em matéria tão importante e presente nesses e nos próximos dias.

O direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a segurança jurídica e o regime jurídico

O tema evidentemente passa pela análise do direito adquirido, o qual é conceituado na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), com os seguintes termos:

“Art. 6º (...)

§ 2º *Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”*

Conforme se vê da exegese desse dispositivo, o direito adquirido é aquele já incorporado ao patrimônio do indivíduo, que poderá ser exercitável de plano.

Toda lei tem efeito imediato. Porém, há que respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal). Assim é que o *“alcance, portanto, da regra do efeito imediato entre nós, é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores os facta pendentia, com a condição de*

não ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (R. LIMONGI FRANÇA, *A Irretroatividade das Leis e o Direito Adquirido*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 210).

Com efeito, “as leis não têm efeito retroativo em princípio, podendo, entretanto, tê-lo, por disposição expressa, se não ofenderem Direito Adquirido” (R. LIMONGI FRANÇA, *ob. cit.*, p. 192).

Porém, como já se decidiu às largas, não há direito adquirido a regime jurídico: RE nº 70.001-MA, *in RTJ* 54/387; RE nº 92.566-RJ, *in RTJ* 98/881; RE nº 116.241-SP, *in RTJ* 138/266; RE nº 137.777-CE, *in RTJ* 138/324; RMS nº 21.599-DF, *in RTJ* 155/158); SS em AgRg nº 605-SC, DJU de 29.4.97.

Daí porque não vinga tal raciocínio.

O caráter retributivo das contribuições para a Seguridade Social, a vedação ao confisco, o bis in idem e a isonomia tributária

A Constituição Federal, na já indicada redação do *caput* do art. 40, expressamente albergou o caráter retributivo das contribuições previdenciárias dos servidores. Muito a propósito, em lição para a Seguridade Social (art. 194 da Constituição Federal), mas que vale inteiramente para o caso em julgamento:

*A contribuição de Seguridade Social é uma contribuição social vinculada, com destinação específica, que é o custeio da Seguridade Social” (SÉRGIO PINTO MARTINS, *Direito da Seguridade Social*, 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, 94).*

Ocorre que o servidor na ativa tem uma perspectiva, ainda que incerta: a de aposentadoria. E quanto ao da inativa?

Ele não pode aposentar-se duas vezes (uma aposentação sobre o serviço ativo, outra sobre o “serviço inativo” — neologismo, eis que não há serviço aí), por óbvio.

A tributação, no caso, passa a ser confiscatória. E isso não é possível constitucionalmente (art. 150, IV).

Bem se sabe que o princípio da capacidade contributiva é fluido e sua observância pautada pela discricionariedade do legislador, quando não afronte diretamente a Constituição Federal (“Art. 145, § 1º – Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...”). Logo se vê que ele só é de observância obrigatória quanto aos impostos e facultativa às demais espécies tributárias.

Com efeito, a “capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de jóias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis, etc.” (ROQUE CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67).

E o princípio da vedação ao confisco não é outra coisa senão uma faceta do princípio da capacidade contributiva. A propósito:

“Estamos convencidos de que o princípio da não-confiscatoriedade, contido no art. 150, IV da CF (pelo qual é vedado ‘utilizar tributo com efeito de confisco’) deriva do princípio da capa-

cidade contributiva. Realmente, as leis que criam impostos, ao levarem em conta a capacidade econômica dos contribuintes, não podem compeli-los a colaborar com os gastos públicos além de suas possibilidades. Estamos vendo que é confiscatório o imposto que, por assim dizer, 'esgota' a **riqueza tributável** das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas.

O **princípio da não-confiscatoriedade** limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária das suas formas de ganho" (ROQUE CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 73-74).

De resto, esclarece o próprio autor que nada "impede que também as taxas e contribuições de melhoria sejam graduadas segundo a capacidade econômica dos contribuintes, tendo em vista, inclusive, o princípio da igualdade. Apenas, isso **fica ao talante do legislador ordinário**, não sendo uma exigência do art. 145, § 1º, da CF" (ROQUE CARRAZZA, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67, nota de rodapé 41, sendo nossos os grifos).

Tributá-lo quando já na inativa significa simplesmente conspurcar parcela de seus rendimentos sem conferir-lhe qualquer prestação, exigível para a espécie tributária imposta. A tributação sobre os proventos, portanto, carecida de contraprestação, retira significativa parcela de riqueza do aposentado, consistindo-se em confisco.

Outrossim, a tributação sobre os proventos significa um *bis in idem*, na medida em que se cobra contribuição sobre o produto das contribuições antes recolhidas (= os proventos ou pensões).

Por fim, à luz de tudo isso, não se há de negar a ofensa à isonomia.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é quem, a nosso ver, lança bases sólidas para dizer quanto à existência de ofensa ou não à igualdade. O autor fala em três critérios para se apreender se está havendo ou não quebra da isonomia: a) o **primeiro** é o elemento tomado como fator de desigualação; b) o **segundo** é a existência de correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) o **terceiro** é a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, *passim*).

Ao se tratar identicamente duas situações distintas (servidores da ativa, que contribuem para se aposentar no futuro x servidores inativos, que passarão a contribuir sem qualquer contraprestação futura), infringe-se o princípio-mor da isonomia, encartado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal, na medida em que a tributação sobre o aposentado não encontra correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

O raciocínio aplica-se, por óbvio, aos pensionistas de inativos, eis que a pensão deriva essencialmente da aposentadoria.

O periculum in mora

O(s) impetrante(s) está(ão) em vias de ser(em) descontado(s) quanto aos proventos/pensões futuros, na medida em que a legalidade estrita (art. 37, *caput* da Constituição Federal) obriga a autoridade impetrada a proceder ao desconto.

O não-deferimento do pleito implicará a execução por precatórios, demorada e iníqua.

Por sua vez, a repetição de indébito por parte da Fazenda pode ser feita mediante desconto em folha, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/90.

Dito contexto, somado à grande plausibilidade da tese em discussão, impelem ao reconhecimento do requisito estudado.

III. Dispositivo

Ante todo o exposto **defiro** a liminar para o fim de determinar à autoridade dita coatora que se abstenha de efetuar o desconto referente à contribuição previdenciária na forma prevista na Emenda Constitucional nº 41/2003, quanto aos impetrantes.

Já apresentadas informações ao Ministério Público Federal, para o que de direito. Para sentença após.

Int.

Natal, 30 de abril de 2004.

FRANCISCO GLAUBER PESSOA ALVES

Juiz federal substituto