



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP
56.304-060.

EXMO(A) SR(A) DR(A) JUIZ(A) FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL DA 18ª VARA
FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

A UNIÃO, por seu Procurador que esta subscreve, vem, tempestivamente, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, o que faz com base nos fundamentos de fato e de direito que se seguem.

I - BREVE ESCORÇO DA LIDE

Trata-se de ação de repetição de indébito tributário na qual o autor, Servidor Público Federal, pretende a repetição, da quantia que alega ter sido indevidamente recolhida, a título de contribuição previdenciária sobre a GACEN- Gratificação de Atividade de Combate e Controle de Endemias. Pleiteia, ainda, que a União se abstenha de exigir contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a esse título, bem como a aplicação de juros de mora sobre as parcelas repetidas.

Acontece que a citada pretensão não deverá prosperar conforme se demonstrará a seguir.

II - DO DIREITO

1) DA NATUREZA REMUNERATÓRIA DA GACEN.

Sobre a remuneração dos servidores públicos da União, estabelece a Lei nº 8.112/90 que:

Art. 40. Vencimento é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei.

Art. 41. Remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei.

(...)

Das Vantagens

Art. 49. Além do vencimento, poderão ser pagas ao servidor as seguintes vantagens:

I - indenizações;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

II - gratificações;

III - adicionais.

§ 1º As indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

§ 2º As gratificações e os adicionais incorporam-se ao vencimento ou provento, nos casos e condições indicados em lei.

Das Gratificações e Adicionais

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - gratificação natalina;

III - adicional por tempo de serviço; (Revogado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)

A partir da leitura dos dispositivos supracitados, apreende-se que a GACEN é uma vantagem pecuniária de caráter permanente que integra a remuneração dos servidores do Quadro de Pessoal do Ministério da Saúde e do Quadro de Pessoal da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA que se enquadrarem nas condições da lei. Sua natureza é de gratificação ou adicional relativa à natureza do trabalho (art. 61, VIII), sendo evidentemente remuneratória.

A Portaria nº 630/2011, por sua vez, confirma a natureza remuneratória da verba quando fixa os critérios de concessão e estabelece os procedimentos a serem observados para o pagamento das gratificações. Reafirma, para fins de concessão da GACEN e GECEN, a necessidade do servidor desenvolver a atividade de combate e controle de endemias, exercitando, em caráter permanente, atividades de saneamento, de prevenção de doenças, educação e promoção da saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) e sob supervisão do gestor municipal, distrital, estadual ou federal. Observe-se:

Regulamentando a matéria, a Portaria nº 630/2011-MS, do Ministro da Saúde, fixou os critérios de concessão e pagamento da GACEN da seguinte forma:

“O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição e, considerando os arts. 53 a 55, da Lei nº 11.784, de



22 de setembro de 2008; e 284 e 284-A da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, resolve:

Art. 1º Esta Portaria estabelece os procedimentos a serem observados para o pagamento da Gratificação de Atividade de Combate e Controle de Endemias (GACEN) e da Gratificação Especial de Atividade de Combate e Controle de Endemias (GECEN), aos servidores e empregados públicos em atividade na Fundação Nacional de Saúde e no Ministério da Saúde, bem como àqueles descentralizados para Estados, Distrito Federal e Municípios nos termos do disposto no art. 20 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, desde que em efetivo exercício da atividade prevista no art. 2º.

Art. 2º Entende-se por atividade de combate e controle de endemias, para fins de concessão e pagamento da GACEN e GECEN, o exercício em caráter permanente de atividades de saneamento, de prevenção de doenças, educação e promoção da saúde, mediante ações domiciliares ou comunitárias, individuais ou coletivas, desenvolvidas em conformidade com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) e sob supervisão do gestor municipal, distrital, estadual ou federal.

Parágrafo único. As atividades de combate e controle de endemias aptas a gerar o direito à percepção da GACEN e da GECEN são:

I - identificar sinais e sintomas dos agravos/doenças e encaminhar os casos suspeitos para a Unidade de Saúde;

II - acompanhar os usuários em tratamento e orientá-los quanto à necessidade de sua conclusão;

III - desenvolver ações educativas e de mobilização da comunidade relativas ao controle das doenças/agravos, em sua área de abrangência;

IV - orientar a comunidade quanto ao uso de medidas de proteção individual e familiar para a prevenção de doenças;

V - mobilizar a comunidade para desenvolver medidas simples de manejo ambiental para o controle de vetores;

VI - realizar, quando indicado, a aplicação de larvicidas/moluscocidas químicos e biológicos, a borrifação intradomiciliar de efeito residual; e a aplicação espacial de inseticidas por meio de nebulizações térmicas e ultra-baixo-volume;

VII - realizar atividades de identificação e mapeamento de coleções hídricas de importância epidemiológica; e

VIII - planejar/programar as ações de controle das doenças/agravos em conjunto ao Agente Comunitário de Saúde e equipe da Atenção Básica/Saúde da Família.

(...)

Art. 5º Observada a legislação aplicável, ficam estabelecidas as seguintes regras para o pagamento das Gratificações GACEN e GECEN:

I - constitui requisito indispensável, para fins de recebimento da GACEN ou da GECEN, que os servidores e empregados públicos sejam ocupantes dos cargos e empregos de que tratam os arts. 53 a 55 da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008 e arts. 284 e 284-A da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009, bem como estejam atuando no combate e controle de endemias, em caráter permanente;



- II - a percepção da GACEN e da GECEN é incompatível com o exercício de cargo comissionado, função gratificada ou função comissionada técnica, no âmbito federal;
- III - fica vedada a percepção simultânea da GACEN ou da GECEN com o recebimento da indenização de campo de que trata o art. 16 da Lei nº 8.216, de 1991;
- IV - os servidores ou empregados públicos que receberem a GACEN ou a GECEN não receberão diárias que tenham como fundamento o deslocamento para a realização de atividades de combate e controle de endemias, desde que não se exija o pernoite;
- V - a GACEN ou a GECEN poderão ser pagas cumulativamente com as diárias no caso de pernoite, observado o disposto no art. 58, § 2º, da Lei nº 8.112, de 1990, e no art. 55, § 8º, da Lei nº 11.784, de 2008;
- VI - fica vedado o pagamento da GACEN e da GECEN cumulativamente com diárias quando o deslocamento ocorrer dentro da mesma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, constituída por Municípios limítrofes e regularmente instituídas, conforme dispõe o art. 58, § 3º, da Lei nº 8.112 de 1990;
- VII - a GACEN e a GECEN servem de base de cálculo para pagamento de pensão alimentícia, em razão de sua natureza remuneratória; [gn]
- VIII - os servidores e empregados públicos alcançados pelo recebimento da GACEN ou GECEN devem obedecer à obrigatoriedade de controle de frequência antes do cumprimento do interstício de 12 (doze) meses, prevista no art. 55, § 2º, da Lei nº 11.784, de 2008;
- IX - após o cumprimento do interstício de 12 (doze) meses de que trata o art. 55, § 2º, da Lei nº 11.784, de 2008, os servidores farão jus à GACEN durante os afastamentos considerados de efetivo exercício, nos termos dos arts. 97 e 102, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ressalvados, neste último, os incisos V e VIII, alínea "c", e excetuando-se, ainda, quando este afastamento ocorrer em virtude de exercício de cargo em comissão, função de confiança ou função comissionada técnica na administração pública federal;
- X - a GACEN não será devida ao servidor em gozo de licença-prêmio por assiduidade, considerando que referido licenciamento não se caracteriza como de interesse público;
- XI - para fins de incorporação da GACEN aos proventos de aposentadoria ou de pensão, além da exigência relacionada ao cargo efetivo, devem ser igualmente satisfeitas as condições no art. 55, § 3º, da Lei nº 11.784, de 2008;
- XII - a GACEN integrará o cálculo das pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004, de acordo com a regra geral, conforme estabelece o art. 2º da Lei nº 10.887, de 2004;
- XIII - para pensões instituídas após 19 de fevereiro de 2004 de acordo com a regra geral, a GACEN integrará o cálculo, conforme estabelece o art. 2º, da Lei nº 10.887, de 2004;
- XIV - a GACEN ou a GECEN poderão ser pagas cumulativamente com os auxílios-transporte e alimentação;
- XV - o pagamento da GACEN ou da GECEN somente será efetuado com base em apontamentos consistentes, que atestem a atuação do servidor ou empregado público na atividade permanente em combate e controle de endemias, no âmbito do SUS, sob a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

responsabilidade do gestor local, conforme Anexos I e II a esta Portaria; e

XVI - os ordenadores de despesa ficam responsáveis pela fiscalização das atividades de combate e controle de endemias, a fim de evitar pagamento sem causa da GACEN ou da GECEN e maiores prejuízos ao erário.”

Não se trata, portanto, de uma vantagem propriamente indenizatória, visto que é devida, de forma linear, geral e habitual, independentemente da efetiva existência de despesas concretamente suportadas pelo servidor com deslocamentos ou outros fins (alimentação, hospedagem etc).

A Portaria regulamentadora (citada acima) consigna de forma expressa que a GACEN apresenta a natureza remuneratória (inciso VII, do art. 5º), servindo como base de cálculo de pensão alimentícia!

Tanto é verdade tal afirmação que a GACEN será devida mesmo nos casos de afastamento do servidor, conforme o art. 55, § 2º, da Lei n. 11.784/2008; e, também por expressa disposição legal (§ 3º do art. 55 da Lei nº 11.784/2008), incorpora-se aos proventos de aposentadoria ou de pensão do servidor, ainda que de maneiras diversificadas, conforme a data da instituição da aposentadoria/pensão, do cumprimento dos requisitos ou do ingresso do servidor no serviço público, assunto que será mais explorado no tópico seguinte.

Ora, o § 1º do art. 49 do Estatuto dos servidores civis da União, prevê que as indenizações não se incorporam ao vencimento ou provento para qualquer efeito. Assim, se a GACEN fosse verba indenizatória, não seria incorporada aos vencimentos dos servidores, conforme a lei prevê. Trata-se de verba de natureza remuneratória.

Deveras, a concessão da GACEN não está associada com a existência efetiva de despesas suportadas pelo servidor no exercício das funções específicas da lei, seja com deslocamentos externos ou outras destinações (alimentação, hospedagem, etc), tanto que os servidores em questão continuam recebendo, de forma cumulativa, verbas a título de auxílio-transporte e de auxílio-alimentação e diárias, no caso de pernoite conforme, inclusive, autoriza expressamente o art. 5º, XIV, da Portaria nº 630/2011-MS!

Se indenização fosse, deveria em princípio, ser concedida na proporção das despesas concretamente contabilizadas na prestação do serviço e não de maneira uniforme.

Vale salientar, a propósito, que, como o Legislador não estabeleceu nenhuma presunção legal da existência de despesas a cargo do servidor na execução dessas atividades de interesse público, não cabe ao Judiciário simplesmente presumir nada a esse respeito sem qualquer previsão normativa expressa ou implícita nesse sentido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

A parte autora alega ainda que a GACEN apresenta caráter indenizatório por funcionar como uma compensação pelas despesas de locomoção do servidor durante a jornada de trabalho (indenização de transporte), tendo a Lei, por essa razão, proibido a cumulação da referida gratificação com diárias (§ 8º do art. 55), segundo argumenta na inicial.

De fato, a Lei estabelece e a jurisprudência confirma que o auxílio-transporte para os servidores configura verba de natureza indenizatória. É necessário investigar então se a GACEN pode ser enquadrada em tal categoria.

Vejamos o que diz o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União:

Da Indenização de Transporte

Art. 60. Conceder-se-á indenização de transporte ao servidor que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos, por força das atribuições próprias do cargo, conforme se dispuser em regulamento.

Há pronunciamentos do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Superior Tribunal de Justiça delimitado o instituto da indenização de transporte:

IMPOSTO DE RENDA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO FEDERAL. VERBAS DESTINADAS AO PAGAMENTO DE AUXÍLIO-TRANSPORTE E AUXÍLIOALIMENTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA.

1 - O fato de o Município ser o destinatário da arrecadação do imposto de renda retido por suas autarquias não lhe confere o direito de dispensar o contribuinte do recolhimento do mesmo imposto. O contribuinte, na relação jurídica tributária, não está ligado ao Município ou ao Estado, mas sim à União.

2 - O auxílio concedido aos servidores públicos, em forma de pecúnia, e que seja destinado ao custeio parcial com transporte coletivo nos deslocamentos de suas residências para o local de trabalho e vice-versa, possui natureza indenizatória, razão pela qual não sofre a incidência do imposto de renda. Ademais, o referido benefício não é incorporado à remuneração do servidor, cessando o seu pagamento nos casos de não utilização de transporte público.

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região - decisão mantida no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.177.624 - RJ -STJ)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1002932/SP, JULGADO EM 25/11/09, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS. SÚMULA 07 DO STJ.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, n° 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

1. A incidência do imposto de renda tem como fato gerador o acréscimo patrimonial, sendo, por isso, imperioso perscrutar a natureza jurídica da verba paga pela empresa sob o designativo de auxílio condução, a fim de verificar se há efetivamente a criação de riqueza nova: a) se indenizatória, que, via de regra, não retrata hipótese de incidência da exação; ou b) se remuneratória, ensejando a tributação. Isto porque a tributação ocorre sobre signos presuntivos de capacidade econômica, sendo a obtenção de renda e proventos de qualquer natureza um deles.

2. O auxílio condução consubstancia compensação pelo desgaste do patrimônio dos servidores, que utilizam-se de veículos próprios para o exercício da sua atividade profissional, inexistindo acréscimo patrimonial, mas uma mera recomposição ao estado anterior sem o incremento líquido necessário à qualificação de renda.

(...)

(REsp 1096288/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 8.2.2010.)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AFASTADA A OFENSA AOS ARTS. 165 E 458 DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AUXÍLIO-TRANSPORTE. INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Afasta-se a alegada ofensa aos artigos 165 e 458, I e II, do Código de Processo Civil, quando o acórdão recorrido utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, sem incorrer em nulidade.

2. O direito ao auxílio-transporte, por se tratar de verba indenizatória devida ao servidor em atividade com a finalidade de cobrir os custos de sua condução quando do exercício de suas funções, não se incorpora aos proventos de aposentadoria. Precedentes.

3. Recurso ordinário improvido."

(RMS 11.282/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 8.3.2007, DJ 26.3.2007, p. 282.)

Assim, a indenização de transporte, no presente caso, não está caracterizada, por que a parte autora não faz qualquer prova de que realiza as despesas de locomoção em veículo próprio, ou ainda em transporte público. O que ocorre, de fato, em muitos casos, é que tais agentes realizam as atividades externas em veículos oficiais do órgão (Ministério da Saúde e FUNASA), às expensas do próprio órgão.

Não fazendo prova do alegado, ou seja, que efetivamente realiza despesas com a locomoção no exercício das atividades ou ainda a correspondência entre as despesas e o valor recebido a título de GACEN, tem-se que a verba guerreada não pode ser encarada como indenização de transporte ou diária.

Ademais, como ressaltado na jurisprudência do STJ, o auxílio-transporte, que tem natureza indenizatória, não se incorpora aos proventos de aposentadoria. Situação que não ocorre no caso da GACEN, que como visto, incorpora-se a eles.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

Ainda, a GACEN não pode ser entendida como indenização de transporte ou diária, por que a Portaria 630/2011-MS estabeleceu, no art. 5º, inciso XIV, que “a GACEN poderá ser paga cumulativamente com o auxílio transporte e auxílio alimentação”!

A caracterização de determinado pagamento como indenizatório está condicionada a compensação pela renúncia a um direito ou à realização de despesas em razão da atividade desenvolvida pelo empregado/servidor. Indenizam-se as despesas incorridas em razão da prática da atividade laboral, realizada em decorrência do regular desempenho da atividade contratual/estatutária.

No âmbito das relações estatutárias, especialmente as estabelecidas entre a União e seus servidores, a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por seu art. 51, prevê o pagamento de verbas caracterizadas como indenizatórias, em razão dos dispêndios efetivados pelo servidor, ocasionados pelos serviços prestados à Administração. O referido dispositivo legal considera como indenizatório o valor pago a título de ajuda de custo, diárias e transporte.

É oportuno ressaltar que os valores percebidos a tal título – diárias, ajuda de custo e transporte – o são em caráter eventual. Assim, quando o servidor é deslocado, no interesse da administração, para exercer seu cargo em outra localidade, em caráter não transitório, haverá de receber ajuda de custo para lhe ressarcir das despesas que terá com o seu deslocamento. O mesmo ocorre quando, em caráter transitório, é destacado para desempenhar determinado serviço em outra localidade, fazendo jus a diárias cujo objetivo é ressarcir-lo das despesas de hospedagem e alimentação.

O valor referente à verba em questão, percebida pela parte adversa não possui tal característica, visto que tem caráter permanente e não visa indenizar despesa alguma. É um plus remuneratório, um acréscimo que a lei trouxe como um fomento para o exercício das atividades de Combate e Controle de Endemias, com o objetivo de contribuir para a melhoria das condições de saúde do povo brasileiro.

Em montantes previamente fixados na lei, vê-se que GACEN constitui nada mais do que um estímulo remuneratório ou complemento estipendial devido como retribuição pecuniária pelo simples exercício permanente dessas atividades em áreas endêmicas por qualquer dos que porventura forem investidos nos cargos acima delineados.

Segundo as lições de Hely Lopes Meirelles (*in* “Direito Administrativo Brasileiro”, 28ª ed., Malheiros), os adicionais de cunho remuneratório são aqueles concedidos a título definitivo ou transitório pela decorrência do tempo de serviço (*ex facto temporis*), pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*) ou, finalmente, em razão das condições pessoais do servidor (*propter personam*).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

Por outro lado, *"as indenizações não são rendimentos. Elas apenas recompõem o patrimônio das pessoas. Nelas, não há geração de rendas ou acréscimos patrimoniais (proventos) de qualquer espécie. Não há riquezas novas disponíveis, mas reparações, em pecúnia, por perdas de direitos. Na indenização, como é pacífico, há compensação, em pecúnia, por dano sofrido. Noutros termos, o direito ferido é transformado numa quantia de dinheiro"*, como bem salientou Alexandre Barros Castro (in "Sujeição Passiva no Imposto sobre a Renda", Saraiva, 2004, não sendo os grifos do original).

Tomando essas definições como parâmetro, nota-se, claramente, que a GACEN constitui um adicional remuneratório (*ex facto officii*), pois a sua concessão somente se dá em virtude do desempenho funções especiais (combate de endemias em populações rurais, urbanas, indígenas, ribeirinhas), e não em virtude de uma recomposição por um dano sofrido pelo servidor.

Ademais, é impossível reconhecer a natureza indenizatória da GACEN, já que esta não se destina a ressarcir o servidor por gastos realizados em razão de sua função, como já foi explanado. A natureza indenizatória de determinada parcela da remuneração somente poderá ser verificada quando existir recomposição do *status quo ante*, ou seja, quando uma situação jurídica já estabelecida não foi devidamente fruída por fatos alheios à vontade de seu titular, causando a perda efetiva do direito pleiteado.

2) DA INCIDÊNCIA DO PSS SOBRE A GACEN EM RAZÃO DA SUA INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA OU PENSÃO.

É necessário ressaltar que o deslinde da questão não se deve atrelar à discussão sobre a natureza jurídica da verba (se remuneratória ou indenizatória), mas principalmente sobre sua incorporação ou não aos proventos de aposentadoria ou pensão.

Valores que se incorporam à aposentadoria, ou seja, que são levados em consideração para o cálculo da aposentadoria ou pensão (integram o salário de benefício), também devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária em respeito ao art. 40, caput e § 3º da CF e aos critérios que norteiam a Previdência Social: **preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.**

Prescreve a Carta Magna, no art. 40, que:

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,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo

§3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

Ainda, segundo a regra da contrapartida (artigo 195, § 5.º, CF), ocorre desequilíbrio atuarial e financeiro quando não há correspondência entre o benefício e a prévia contribuição.

Vide a jurisprudência consolidada dos tribunais pátrios (Inclusive do STF e STJ) que consagrou o critério da incorporação aos proventos para determinar a incidência ou não da contribuição previdenciária:

DECISÃO: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo de instrumento revela-se processualmente inviável, eis que se insurge contra acórdão que decidiu a causa em estrita conformidade com a orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame. Com efeito, a colenda Segunda Turma desta Suprema Corte, ao julgar o AI 603.537-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU, fixou entendimento que desautoriza a pretensão de direito material deduzida pela parte ora agravante: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. Somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária. Agravo regimental a que se nega provimento." Cumpra ressaltar, por necessário, que esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos, proferidos no âmbito desta Corte, a propósito de questões essencialmente idênticas à que ora se examina nesta sede recursal (AI 547.383/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - AI 704.310/MG, Rel. Min. CARMEN LÚCIA - AI 706.028/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RE 551.198/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 574.792/MG, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.). O exame da presente causa evidencia que o acórdão impugnado em sede recursal extraordinária ajusta-se à diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria em referência. Sendo assim, e considerando as razões expostas, nego provimento ao presente agravo de instrumento, eis que se revela inviável o recurso extraordinário a que ele se refere.

(STF - AI 712684/MG, relator Ministro CELSO DE MELLO (julgamento em 30/5/2008):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O sistema previdenciário vigente, a partir da Emenda Constitucional n.º 20/98, encontra-se fundado em base rigorosamente contributiva e atuarial, o que implica equivalência entre o ganho na ativa e os proventos recebidos durante a inatividade. 2. É defeso ao servidor inativo perceber proventos superiores à respectiva remuneração no cargo efetivo em que se



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, n° 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

deu a aposentação. Pela mesma razão, não deve incidir contribuição previdenciária sobre funções comissionadas, já que os valores assim recebidos, a partir da Lei n.º 9.527/97, não se incorporam aos proventos de aposentadoria. Precedentes. 3. Igualmente, não incide contribuição previdenciária sobre valores, ainda que permanentes, que não se incorporam aos proventos de aposentadoria, como o terço constitucional de férias. Precedentes" (STJ - REsp n.º 786988/DF, Segunda Turma, Relator(a) CASTRO MEIRA, DJ Data: 6/4/2006, p. 260)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA INDEVIDA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. FATO GERADOR ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PRESCRIÇÃO DECENAL. NULIDADE DA SENTENÇA NO TOCANTE AOS CÁLCULOS DA CONTADORIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA REJEITADA. CORREÇÃO PELA SELIC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

I. Trata-se de recurso interposto em face da sentença que condenou a União a restituir à parte autora os valores descontados a título de contribuição previdenciária sobre terço constitucional de férias.

II. A sentença recorrida encontra-se em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (processo nº 587.941/SC), reafirmou seu entendimento no sentido da não incidência de contribuição social sobre o adicional de um terço (1/3) a que se refere o artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal. (RE 587941 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008, DJ-e. 222 Divulgado em 20.11.2008; Publicado em 21.11.2008; EMENT VOL-02342-20 PP-04027), tendo em vista que o terço constitucional de férias não pode ser incorporado à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

(...)

PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS-DF
Processo nº 2006.34.00.914656-2 - JUIZ FEDERAL NÁIBER PONTES DE ALMEIDA - DJ-DF 18/01/2010 - Data da Decisão 03/12/2009.

Também decidiu com base nesse critério Turma Recursal da 5ª Região, no processo 0500822- 15.2010.4.05.8500, na lavra do relator Ronivon de Aragão. A sentença perseguida arvorou-se no seguinte fundamento:

Conforme dicção expressa do artigo 4º da norma acima citada, a gratificação de atividade judiciária integra a base de cálculo dos proventos de aposentadoria do servidor. Assim, uma vez que os valores percebidos a título Gratificação de Atividade Externa são levados em consideração para o cálculo da aposentadoria, também devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, em respeito aos §§ 3º e 6º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988 e aos critérios que norteiam a previdência social: preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

Assim, definida a questão de que verbas que integram os proventos da inatividade devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, tal entendimento deve ser aplicado ao presente caso, tendo em vista que a GACEN, por expressa disposição legal (§ 3 do art. 55 da Lei nº 11.784/2008), incorpora-se aos proventos de aposentadoria e das pensões dos servidores públicos (ainda que de maneiras diversificadas, conforme a data da instituição da aposentadoria/pensão, do cumprimento dos requisitos ou do ingresso do servidor no serviço público).

Dessa forma, uma vez entendido que a GACEN integra os proventos de aposentadoria/pensão, é forçoso reconhecer que não procede o pleito autoral a respeito da não incidência do PSS sobre a GACEN, nem ainda a limitação a 50% desse valor, por absoluta falta de amparo legal.

Assim é legítima a incidência do PSS sobre a **totalidade da verba** percebida pelo recorrido a título de GACEN.

3) DA LEGITIMIDADE DA INCIDÊNCIA DO PSS SOBRE A GACEN.

O art. 195 da CF prescreve que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos termos da lei.

O CTN em seu art. 97, inc. IV, diz que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota de tributo e da sua base de cálculo, salvo algumas exceções, que não se aplicam ao caso.

A Lei nº 10.887/04, a seu tempo e respeitando o art. 195 da CF/88 e o art. 97 do CTN, estatuiu a alíquota e delimitou a base de cálculo da contribuição para a seguridade social dos servidores públicos ativos de qualquer dos Poderes da União, nos seguintes termos:

Art. 4o A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (Redação dada pela Lei nº 12.618, de 2012)

I - a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele; (Incluído pela Lei nº 12.618, de 2012)
(...)

§ 1o Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

- II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;
- III - a indenização de transporte;
- IV - o salário-família;
- V - o auxílio-alimentação;
- VI - o auxílio-creche;
- VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;
- VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função
- IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003; (Redação dada pela Lei nº 12.688, de 2012)
- X - o adicional de férias; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XI - o adicional noturno; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XII - o adicional por serviço extraordinário; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIII - a parcela paga a título de assistência à saúde suplementar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIV - a parcela paga a título de assistência pré-escolar; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XV - a parcela paga a servidor público indicado para integrar conselho ou órgão deliberativo, na condição de representante do governo, de órgão ou de entidade da administração pública do qual é servidor; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVI - o auxílio-moradia; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVII - a Gratificação por Encargo de Curso ou Concurso, de que trata o art. 76-A da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XVIII - a Gratificação Temporária das Unidades dos Sistemas Estruturadores da Administração Pública Federal (GSISTE), instituída pela Lei no 11.356, de 19 de outubro de 2006; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)
- XIX - a Gratificação de Raio X.

O rol supracitado estabelece, em *numerus clausus*, as parcelas da remuneração sobre as quais não deve incidir a contribuição para o Plano de Seguridade Social dos Servidores Públicos Federais, não fazendo menção à GACEN (já que é gratificação relativa à natureza do trabalho).

De acordo com os artigos 146, III, "b", e 150, parágrafo 6º, ambos da Constituição Federal, combinado com os artigos e 176, do CTN, as hipóteses de isenção tributária devem estar previstas em lei específica e serem interpretadas de forma restritiva, não cabendo ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo e, conseqüentemente, invadindo competência do Poder Legislativo, haja vista a vedação constante dos artigos 2º e 48, I da Constituição Federal.

Portanto, infere-se que sobre tal parcela deve incidir a contribuição em comento.



Na verdade, nem poderia ser diferente, uma vez que a GACEN, por possuir natureza eminentemente salarial, integra a remuneração do servidor e incorpora-se aos proventos da inatividade e como tal deve sofrer a incidência da contribuição para a seguridade social.

4) DO CARÁTER SOLIDÁRIO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A GACEN.

A par da discussão sobre a equivalência entre contribuição e prestação, os pedidos merecem ser julgados improcedentes, por que as contribuições para a seguridade social não têm natureza meramente contributiva e de contraprestação. Possuem, sim, uma natureza eminentemente protetiva, para a manutenção de toda a rede securitária.

Sujeitam-se, assim, ao postulado fundamental do direito previdenciário (princípio da solidariedade social), estampado no artigo 3º, inciso I, combinado com os artigos 40, 194 e 195, todos da Constituição Federal, cuja essência traduz o verdadeiro espírito da Previdência Social: *a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recurso suficiente para a criação de um manto protetor sobre todos, viabilizando a concessão de prestações previdenciárias em decorrência de eventos preestabelecidos.*¹

A solidariedade previdenciária legitima-se na idéia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos, como o dever de recolher tributos (e contribuições sociais, como espécies destes), ainda que não haja qualquer possibilidade de contrapartida em prestações – é o caso das contribuições exigidas das empresas e dos tomadores de serviços.²

Logo, constata-se que as contribuições previdenciárias recolhidas por determinada pessoa, quer seja física ou jurídica, não têm como escopo precípua o oferecimento de uma contraprestação estatal, mas sim a manutenção de toda a rede protetiva da Previdência Social.

A solidariedade social se aproxima do conceito de **justiça distributiva** que visa promover a redistribuição igualitária dos direitos, dos deveres, das vantagens e da riqueza aos membros que compõem a sociedade. O que norteia a escolha de critérios para a distribuição da justiça social são juízos de conveniência social e não os de direitos individuais. Nesse contexto, o princípio da solidariedade vem assegurar, no campo da

¹ **IBRAHIM**, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5ª Ed. Editora Impetus. Rio de Janeiro, 2005, p. 52.

² **CASTRO**, Carlos Alberto Pereira de. E **LAZZARI**, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 8ª Ed. Editora Conceito Editorial. Florianópolis, 2007, p. 96.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

previdência social, a distribuição dos encargos inerentes ao custeio do sistema entre seus participantes atuando como meio apropriado de consecução do equilíbrio atuarial e financeiro dos regimes.

No âmbito do serviço público federal, em particular, as contribuições previdenciárias recolhidas pelos servidores públicos, incidentes sobre as verbas de natureza salarial, não têm como finalidade exclusiva garantir a percepção de valores a título de proventos de aposentadoria. Visa o custeio também de outros benefícios eventualmente percebidos pelos servidores e seus familiares (a família do servidor, bem se sabe, não paga contribuição social alguma para o PSS!), previstos no art. 185 da Lei nº. 8.112/90, como a assistência à saúde.

Tem-se, dessa forma, que o equilíbrio atuarial pretendido não se destina apenas aos proventos de aposentadoria, uma vez que as contribuições de que trata o plano de seguridade social – PSS também se destinam a financiar os demais benefícios elencados no mencionado art. 185 da Lei nº. 8.112/90.

Portanto, resta evidenciado que as Contribuições Sociais pagas pelos servidores públicos têm escopos muito mais abrangentes, visando à manutenção de toda a rede protetiva do Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal.

Assim, também por esse argumento, não merece acolhida o pleito autoral, por absoluta falta de amparo legal.

5) DA CONTRARIEDADE AO ART. 150, § 6º DA CF E AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

Não se pode dar, em matéria tributária atinente à isenção, interpretação larga, sendo esta sempre restritiva (CTN, art. 111, II). Confirma-se os dizeres do § 6º do art. 150 da Carta Magna, com redação determinada pela Emenda Constitucional n.º 03, de 17 de março de 1993, acerca da matéria em questão, assim redigido:

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

(...)

“§6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g; (grifei).”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

É vedado ao julgador atuar como legislador positivo, especialmente em matéria de isenção tributária, a qual decorre somente da lei, consoante dispõe também o Código Tributário Nacional em seu art. 176 (grifo nosso):

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Apesar dos pesares, até hoje não se chegou a um parâmetro melhor que a lei para instituir as exigências de ordem financeira capazes de financiar os gastos necessários ao cumprimento das finalidades próprias do Estado.

Por esta razão, não há como se tratar do Direito Tributário desvinculando-o do princípio da legalidade, pois sem lei não se tem o controle do arbítrio, o primado do direito e nem democracia possível.

A lei deve dar a justa medida do tributo exigível, orientando tanto aquele que deve pagá-lo como aqueles encarregados de verificarem a realização de tal atividade, bem como, do mesmo modo, impõe limites aos que irão participar do processo de definição, na prática, das hipóteses em que este dever existe.

Conforme fartamente demonstrado, a legislação infraconstitucional do imposto de renda prevê expressamente que o imposto de renda incidirá sobre a verba ora questionada.

O próprio texto constitucional é claro ao se referir à incidência do imposto de renda sobre “renda e proventos de qualquer natureza” (art. 153, II), não havendo norma legal que isente a referida incidência tributária, por se tratar de verba de natureza indenizatória.

Portanto, considerar que sobre a verba percebida pela parte autora a título de GACEN não há incidência do imposto de renda é criar norma isentiva inexistente no nosso ordenamento jurídico em violação clara ao art. 150, § 6º, da CRFB/88.

6) DA CONCESSÃO DE ISENÇÃO VIOLANDO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Cabe lembrar que isenção, como já explicado, decorre expressamente de lei, não sendo possível a criação de hipótese isentiva sem a previsão de literal disposição legal.

Ao criar hipótese de isenção (ou não incidência) de imposto de renda não prevista na legislação, atuará o judiciário como legislador positivo, invadindo a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

competência do Poder Legislativo, violando o princípio da separação dos Poderes, insculpido no art. 2^º e o art. 48, I^ª da Carta Magna.

Nesse sentido já decidiu este E. Supremo Tribunal Federal (grifos não constam do original):

"(...) A concessão desse benefício isencional traduz ato discricionário que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, destina-se, a partir de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. - A exigência constitucional de lei formal para a veiculação de isenções em matéria tributária atua como insuperável obstáculo a postulação da parte recorrente, eis que a extensão dos benefícios isencionais, por via jurisdicional, encontra limitação absoluta no dogma da separação de poderes. Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. E de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO). - A expressão "lei ou ato de governo local" - que deve ser interpretada em oposição a ideia de lei ou ato emanado da União Federal - abrange, na latitude dessa designação, as espécies jurídicas editadas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (PONTES DE MIRANDA, "Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", Tomo IV/155, 2ª ed., 1974, RT; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "Recurso Extraordinário e Recurso Especial", p. 119, 1990, RT). (AI 142.348-AgR, Min. Celso de Mello, DJ 24/03/95, pág. 6807)"

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI FORMAL TRADUZ LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DO ESTADO. - A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, n° 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (RE-AgR 322348 / SC - SANTA CATARINA, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 12/11/2002, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJ 06-12-2002 PP-00074, EMENT VOL-02094-03 PP-00558)

7) DA INTERPRETAÇÃO LITERAL E RESTRITIVA DAS ISENÇÕES

A Constituição Federal estabeleceu que cabe à Lei Complementar dispor sobre normas gerais relativas à obrigação e ao crédito tributário⁵.

O Código Tributário ao tratar do crédito tributário, dispôs que a interpretação acerca da exclusão (a isenção é uma das modalidades⁶) do crédito tributário deve ser literal⁷, não podendo exceder às hipóteses estabelecidas em lei⁸.

Ademais, independentemente da natureza da GACEN, conforme descrito anteriormente, o recebimento da verba pela parte autora acarreta acréscimo patrimonial.

Assim, somente poderia haver a exclusão da incidência do imposto de renda pelo seu recebimento se fosse criada uma hipótese legal de isenção.

Todavia, as leis que criaram isenções para o Imposto de Renda no caso de recebimento de algumas indenizações, seja no Art. 39 do RIR/99 (Decreto n.º 3.000/99) ou no Art. 6º da Lei 7.713/88, não concederam esse benefício fiscal para o caso de recebimento da verba em questão e as hipóteses nelas previstas não podem ser interpretadas extensivamente com a finalidade de abranger outra verba.

Por todas as razões aqui demonstradas, o pleito autoral merece ser julgado totalmente improcedente.

8) DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A NATUREZA DA GACEN

⁵ Art. 146, III, b da CF.

⁶ Art. 175, I do CTN.

⁷ Art. 111, I do CTN.

⁸ Art. 176 do CTN.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

Seguem transcritas algumas decisões proferidas que corroboram os argumentos aqui expendidos acerca da natureza da GACEN e da incidência do IR:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INDENIZAÇÃO DE CAMPO. LEI Nº 8.216/91. EXTINÇÃO. MP 431/2008 CONVERTIDA EM LEI Nº 1.784/2008. GACEN - GRATIFICAÇÃO DE COMBATE E CONTROLE DE ENDEMIAS. GUARDA DE ENDEMIAS. SERVIDOR CEDIDO AO MPF. AUSÊNCIA DE EFETIVO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I - A MP nº 431, posteriormente convertida na Lei nº 11.784/08, substituiu de forma expressa a "Indenização de Campo" ao instituir a Gratificação de Atividade de Combate e Controle de Endemias - GACEN.

II - A lei expressa de forma nominal quais os cargos cujos ocupantes teriam direito ao percebimento da referida gratificação (arts. 54 e 55, Lei 11.78/08). Também especifica as atividades que, uma vez desenvolvidas, geram o direito a GACEN.

III - Com relação às atividades desenvolvidas pelos servidores cedidos da FUNASA, ofício do Ministério Público Federal informa que os apelantes estão empreendendo viagens aos municípios do interior do Estado, conduzindo os Procuradores Regionais da República, quando no desempenho de suas funções institucionais

IV - Os apelantes preenchem um dos requisitos para receberem a GACEN, porém, não exercem de forma efetiva o combate ao controle das endemias.

V - A GACEN é típica gratificação pro labore faciendo, ou seja, somente pode ser concedida a quem realizar especificamente a atividade prevista em lei.

VI - Apelação improvida.

(TRF - 5ª REGIÃO - Processo AC 200983000007915 . AC - Apelação Cível - 476849 Relator(a) Desembargador Federal Manuel Maia - Quarta Turma - Fonte DJE - Data: 27/01/2011 - Página::703 - Decisão UNÂNIME)

Seguem julgados da Seção Judiciária do Ceará:

PROCESSO Nº 0502676-09.2012.4.05.8101:

"De início, deixo registrado que não vislumbro como ostentar a GACEN caráter indenizatório ou compensatório. A Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, instituiu a Gratificação Especial de Atividade de Combate e Controle de Endemias (GECEN) e a Gratificação de Atividade de Combate e Controle de Endemias (GACEN), tendo determinado que as gratificações são devidas aos titulares dos empregos e cargos públicos de que tratam os artigos 53 e 54, que, em caráter permanente, realizarem atividades de combate e controle de endemias, em área urbana ou rural, inclusive em terras indígenas e de remanescentes quilombolas, áreas extrativistas e ribeirinhas.

Para a percepção da parcela salarial, não restou estabelecida nenhuma condição específica além da vinculação ao cargo ou emprego e ao exercício permanente das atividades mencionadas. Não tem aquela verba a finalidade de reparar qualquer dano ou



compensar a renúncia de algum direito não gozado. Por sua vez, a Portaria nº 630/2011, confirma a natureza remuneratória da verba quando fixa os critérios de concessão e estabelece os procedimentos a serem observados para o pagamento das gratificações.

(...)

A GACEN foi criada com o objetivo de conferir o pagamento de um adicional em razão do exercício de atividades relacionadas diretamente ao combate e ao controle de endemias.

Resta patente, portanto, que a GACEN, conquanto tenha sido denominada de gratificação (sua natureza jurídica evidencia tratar-se de adicional⁹[1]), retribui servidores públicos enquanto fizerem jus, ou seja, tão somente pelo tempo que perdurar a situação de excepcionalidade no desempenho da função, não seria logicamente admissível o seu pagamento aos inativos.

Como adicional que é, a GACEN possui típica natureza remuneratória, devida em razão da função especial desenvolvida, ou seja, decorre do ofício praticado – combate e controle de endemias. E não em razão do local de trabalho, pois, pela amplitude deste, verifica-se que não há uma especificação, mas, em vez disso, um rol bastante amplo, abrangendo todo e qualquer local de trabalho. Nos termos da lei, o combate e controle das endemias “em área urbana ou rural, inclusive em terras indígenas e de remanescentes quilombolas, áreas extrativistas e ribeirinhas”. E tanto possui a natureza de adicional que pode ser incorporada aos proventos de aposentadoria nos casos e condições previstos em lei, nos termos do §2º do art. 49 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais”.

Vale transcrever trecho da decisão proferida pelo Juiz da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária de Ceará, MARCUS VINÍCIUS PARENTE REBOUÇAS em 31 de julho de 2012:

“43. Refletindo ponderadamente a respeito da matéria à luz desses balizamentos legais, penso que a GACEN apresenta, em rigor, a natureza jurídica de uma vantagem pecuniária de caráter permanente concedida com o fito precípua de, mediante incremento remuneratório, contemplar financeiramente certos servidores do Ministério da Saúde e da FUNASA que efetivamente desempenhem, de modo contínuo, atividades de combate e controle de endemias em localidades urbanas ou rurais, as quais os sujeitam, de modo permanente, ao risco de contrair doenças, dada à exposição habitual a agentes patogênicos em áreas endêmicas. Não se trata, portanto, de uma vantagem propriamente indenizatória, visto que é devida, de forma linear, geral e habitual, independentemente da efetiva existência de despesas concretamente suportadas pelo servidor com deslocamentos ou outros fins (alimentação, hospedagem etc), consistindo, em verdade, num estímulo remuneratório ou complemento estipendial devido como retribuição pecuniária pelo simples exercício permanente dessas atividades em áreas endêmicas por qualquer dos que porventura forem investidos nos cargos acima delineados. Embora a GACEN tenha sido denominada



de gratificação, consubstancia, assim, um autêntico adicional de função, pago em razão da natureza específica do labor prestado [combate e controle de endemias em caráter permanente] e do local do trabalho [em área endêmica localizada na zona urbana ou rural, inclusive em terras indígenas e de remanescentes quilombolas, áreas extrativistas e ribeirinhas], nos termos do art. 61, VIII, da Lei nº 8.112/1990. Constitui realmente parcela remuneratória, não sendo à-toa, aliás, que o § 5º do art. 55 da Lei nº 11.784/2008 dispõe que a GACEN será reajustada "na mesma época e na mesma proporção da revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais".

44. Deveras, na forma em que restou disciplinada legalmente, a concessão da GACEN abstrai-se, em rigor, de qualquer associação com a existência efetiva de despesas suportadas pelo servidor no exercício de atribuições ordinárias de seu cargo, seja com deslocamentos externos ou outras destinações (alimentação, hospedagem etc), de modo que não se presta, em princípio, a fazer face aos custos porventura envolvidos na prestação de atividades de combate e controle de endemias em localidades externas. Caso assim não fosse, deveria, em princípio, ser concedida na proporção das despesas porventura concretamente contabilizadas na prestação do serviço, e não de modo uniforme, e seria cabível, inclusive, nas hipóteses de exercício eventual dessas atividades. Vale salientar, a propósito, que, como o Legislador não estabeleceu nenhuma presunção legal da existência de despesas a cargo do servidor na execução dessas atividades de interesse público, não cabe ao Judiciário simplesmente presumir nada a esse respeito sem qualquer previsão normativa expressa ou implícita nesse sentido. Ressalto, ainda, que, conforme consta nas planilhas financeiras comumente acostadas aos autos virtuais em processos similares, os servidores do Ministério da Saúde e da FUNASA que se dedicam, em caráter permanente, às atividades de combate e controle patológico em áreas endêmicas e, em razão disso, percebem GACEN, continuam recebendo, de forma cumulativa, verbas a título de auxílio-transporte e de auxílio-alimentação, conforme, inclusive, autoriza expressamente o art. 5º, XIV, da Portaria nº 630/2011-MS, o que denota que as despesas que porventura assumem com deslocamentos e refeições no desempenho de seu mister funcional já recebe cobertura compensatória própria, razão pela qual não procede o argumento de que a GACEN destina-se, em princípio, ao custeio de despesas decorrentes do exercício dessas atribuições em locais externos (áreas urbanas ou rurais)."

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, a União requer sejam julgados improcedentes os pedidos formulados pelo autor, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC.

Eventualmente, na remota hipótese de ser acolhida a pretensão inicial, requer-se, desde já, a observância da prescrição quinquenal, a contar do pagamento



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
PROCURADORIA-SECCIONAL DA FAZENDA NACIONAL EM PETROLINA
Rua Valério Pereira, nº 460, Coliseu, Petrolina-PE, CEP 56.304-060.

indevido, nos termos do art. 168, do Código Tributário Nacional, cujo montante deverá ser atualizado unicamente pela SELIC.

Nestes termos, pede deferimento.

Petrolina, 20 de agosto de 2013.


Jovaldo Nunes Gomes Júnior
Procurador da Fazenda Nacional

Sara Cristina Marques da Silva Bandeira
Estagiária de Direito