

Brasília, 7 de maio de 2013.

ESCLARECIMENTO

Assunto: Cabimento de medida judicial para afastar a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência e de medida judicial para assegurar o pagamento dessa parcela aos que continuaram em exercício após o preenchimento dos requisitos para a aposentadoria do artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005.

O Técnico de Planejamento e Orçamento [REDACTED] [REDACTED] filiado à ASSECOR, Associação Nacional dos Servidores da Carreira de Planejamento e Orçamento, indagou sobre o cabimento de medida judicial com a finalidade de afastar a incidência do imposto de renda sobre o abono de permanência.

Como a questão diz respeito a todos os integrantes da Carreira de Planejamento e Orçamento, é oportuno apresentá-la à ASSECOR para que seja examinada a pertinência de uma ação coletiva.

O artigo 40, § 19, da Constituição da República concedeu uma vantagem aos servidores que optam por continuar em exercício após o implemento

dos requisitos necessários à aposentadoria: o abono de permanência, em valor correspondente ao da contribuição previdenciária paga pelo servidor.

Por ter como finalidade recompensar o servidor pelo adiamento de sua aposentadoria mediante a “devolução” do que seria descontado a título de contribuição previdenciária, pode-se defender que o abono de permanência possui natureza indenizatória e, portanto, não configura acréscimo patrimonial que justifique a incidência do imposto de renda.

O Supremo Tribunal Federal (STF) somente teve a oportunidade de analisar a questão em sede de recurso extraordinário e concluiu que a definição da natureza do abono de permanência envolveria o exame de legislação infraconstitucional e não poderia ser examinada no julgamento dessa espécie recursal, destinada à averiguação de violações à Constituição. Nessa linha, cita-se o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE O ABONO DE PERMANÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. OFENSA REFLEXA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a controvérsia sobre o caráter indenizatório ou não de determinada verba, para fins de incidência de imposto de renda, situa-se em âmbito infraconstitucional. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg em ARE 662017, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, publicado em 3.8.2012)

De acordo com esse precedente, verifica-se que somente no julgamento de outros tipos de recursos ou no de ações originárias do próprio STF, essa Corte analisará a natureza do abono de permanência.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por sua vez, ao analisar a matéria no julgamento do Recurso Especial (RESP) 1.192.556/PE, realizado em 2010, adotou o entendimento de que inexistiria norma a afastar o abono de permanência do conceito de rendimento:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ABONO DE PERMANÊNCIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA.

1. Sujeitam-se incidência do Imposto de Renda os rendimentos recebidos a título de abono de permanência a que se referem o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003, e o art. 7º da Lei 10.887/2004. Não há lei que autorize considerar o abono de permanência como rendimento isento. 2. Recurso especial provido. (Relator: Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1ª Seção, publicado no DJe de 6.9.2010)

O fundamento que pautou essa conclusão pode ser extraído do seguinte excerto do voto proferido no julgamento do referido Recurso Especial:

O abono de permanência trata-se apenas de incentivo à escolha pela continuidade no trabalho em lugar do ócio remunerado. Com efeito, é facultado ao servidor continuar na ativa quando já houver completado as exigências para a aposentadoria voluntária. A permanência em atividade é opção que não denota supressão de direito ou vantagem do servidor e, via de consequência, não dá ensejo a qualquer reparação ou recomposição de seu patrimônio. O abono de permanência possui, pois, natureza remuneratória por conferir acréscimo patrimonial ao beneficiário e configura fato gerador do imposto de renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional.

O Recurso Especial nº 1.119.556/PE foi processado e julgado na forma do artigo 534-C do Código de Processo Civil, conhecido como regime de 'recurso repetitivo'. Isso significa que o recurso foi eleito pelo Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça como representativo de uma controvérsia comum a inúmeros recursos especiais e submetido a um sistema de julgamento diferenciado cujo resultado é aplicado, indistintamente, a todos os recursos especiais que versem sobre a mesma matéria.

Com isso, os recursos especiais que vierem a ser interpostos contra acórdãos que afastem a tributação em estudo podem ser julgados segundo a orientação fixada Recurso Especial nº 1.119.556/PE.

A despeito do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de

Justiça em 2010, observa-se que, dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), três possuem entendimento favorável ao contribuinte – os TRFs da Primeira Região, da Segunda e da Quinta Região. Por oportuno, merece destaque a ementa de acórdão do TRF da 1ª Região, que seria o competente para julgamento de recursos interpostos em processos ajuizados na Seção Judiciária do Distrito Federal:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO ORDINÁRIA – DECADÊNCIA - IMPOSTO DE RENDA: NÃO INCIDÊNCIA – ABONO DE PERMANÊNCIA: DIREITO INDIVIDUAL CONSTITUCIONAL - NATUREZA JURÍDICA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO: DECADÊNCIA NÃO OCORRENTE. (...). 2. Toda isenção de imposto há de ser prevista em lei. A isenção, quiçá "imunidade", do imposto de renda sobre o "abono de permanência" decorre da própria disposição constitucional que o criou como compensação e incentivo à não aposentação com a qualificadora "equivalente". Se a "contribuição previdenciária", por sua definição legal, não só não é tributável como é parcela dedutível do IR, o pagamento se realiza por mera operação contábil, a saber, entra como "abono" e sai como "contribuição previdenciária" em absoluta condição de compensação em números absolutos, ou seja, pelo seu valor bruto, dado que não caberá distinguir onde não o fez a Lei Maior. 3. A "compensação" entre o "abono de permanência" e a contribuição previdenciária, contida na expressão constitucional de "equivalente", obrigatoriamente afasta, já pela equiparação da mesma natureza jurídica, qualquer redução do valor nominal do abono pela incidência do IR, porque, a ser assim, o valor "líquido" desse abono jamais será, ou seria, "equivalente" à contribuição previdenciária como o define a Constituição Federal. 4. A imposição tributária somente pode ocorrer em razão de lei, não sendo possível sua exigência por mero Ato Declaratório dito "Interpretativo" (ADI/SRF nº 24, de 04 OUT 2004), cuja função primeira, apenas de esclarecer, foi alçada à de, "regulamentando a Constituição", determinar, em afronta à CF/88 e à Lei n.º 10.887/2004, que "sujeitam-se à incidência do imposto de renda (...) os rendimentos recebidos a título de (...) Abono de Permanência". 5. As garantias e direitos individuais consagrados na Constituição Federal, entre esses inserido o "abono de permanência", no nível de direito individual constitucional, devem ser interpretados, como o ditam a

doutrina e vasta jurisprudência do STF, com a largueza do ideário constitucional. 6. Aos valores repetendos aplica-se apenas a taxa SELIC. 7. Apelação provida: ação procedente. 8. Autos recebidos em Gabinete, em 13/02/2013, para lavratura do acórdão. Peças liberadas em Brasília, 15 de fevereiro de 2013., para publicação do acórdão.(AC 2008.37.00.007785-2, Relator: Des. Fes. CATÃO ALVES, publicado no REPDJ de 22.2.2013)

Dos precedentes acima colacionados, nota-se que não há um entendimento pacificado quanto à incidência ou não do imposto de renda sobre o abono de permanência.

De um lado, é possível que, a qualquer tempo, os TRFs da 1ª, da 2ª e da 5ª Região simplesmente passem a acompanhar a jurisprudência do STJ, declarar a legalidade dessa tributação e encerrar a controvérsia a seu respeito. Por outro lado, é possível que a recusa de três Cortes Regionais em seguir o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça reabra as discussões sobre a matéria nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal.

Segundo os precedentes de Cortes Regionais favoráveis ao contribuinte, a natureza indenizatória do abono de permanência está intrinsecamente relacionada ao texto do artigo 40, § 19, da Constituição. Enfim, os TRFs, com base no conteúdo da Constituição, afastam a tributação – em incontestável contrariedade à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Acórdãos oriundos de TRFs baseados exclusivamente na Constituição não podem ser objeto de recurso especial, por se tratar de espécie recursal destinada a impugnar violação à lei federal. Consequentemente, o Superior Tribunal de Justiça não poderá alterá-los para aplicar o posicionamento definido no Recurso Especial nº 1.119.556/PE.

Tais acórdãos poderiam ser objeto de recurso extraordinário, mas, a prevalecer o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, o recurso deverá ser inadmitido sob o fundamento de que a discussão sobre a natureza do abono de permanência seria infraconstitucional.

Essa inusitada situação pode levar o STJ e o STF a rediscutir seus posicionamentos quanto à constitucionalidade/legalidade da incidência do

abono de permanência sobre o imposto de renda.

Diante desse complexo panorama jurisprudencial, não há como definir as chances de êxito de uma ação que impugne a tributação ora examinada. Hoje sabe-se apenas que as ações ajuizadas na Primeira, na Segunda e na Quinta Região da Justiça Federal – aí incluídas as ações aforadas em Brasília/DF, integrante da Primeira Região – possuem maior chance de êxito.

Em suma, a despeito das peculiaridades jurisprudenciais que cercam a controvérsia sobre a inclusão do abono de permanência na base de cálculo do imposto de renda, é cabível o ajuizamento de uma ação para resguardar o interesse do contribuinte, o que pode ser feito mediante ação coletiva proposta pela ASSECOR.

Conquanto o questionamento do filiado restrinja-se à indevida tributação do abono de permanência, vale tratar de outra questão relacionada a essa vantagem que tem sido objeto de medidas judiciais: o seu pagamento aos servidores que continuam em exercício após o preenchimento dos requisitos para regra de aposentadoria voluntária prevista no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005.

A Constituição não prevê expressamente a concessão do abono de permanência aos servidores que pretendem se aposentar com base na regra acima indicada, mas é possível defender o seu pagamento a todos os servidores que optam por continuar em exercício após o preenchimento dos requisitos à aposentadoria voluntária com base na natureza da parcela. Nessa linha, vale colacionar a ementa a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. EC Nº 47/05. ABONO DE PERMANÊNCIA. EC Nº 41/03. REQUISITOS PREENCHIDOS. 1. Sentença que concedeu a ordem, assegurando ao Impetrante o direito de auferir o abono de permanência, equivalente ao valor de sua contribuição previdenciária, bem assim a implementação do benefício em folha de pagamento. 2. O abono de permanência, previsto no art. 40, parágrafo 19 da CF/88, cuja redação foi dada pela EC nº 41/03, consiste em benefício instituído, no âmbito do regime especial

previdenciário do servidor público, que tem por objetivo incentivar o servidor, que implementou os requisitos para aposentar-se, a permanecer na ativa, pelo menos até a aposentadoria compulsória, bem como a de promover maior economia para o Estado que, com a permanência do servidor na ativa, consegue postergar no tempo a dupla despesa de pagar proventos a este e remuneração ao que o substituirá. 2. Apelado que completou 36 anos de contribuição em 26/06/2011, data na qual possuía 59 anos, podendo, portanto, de acordo com o que reza o inciso III, do art. 3º da EC nº47/05 alcançar a idade mínima de 60 (sessenta) anos, uma vez que possui um ano a mais da contribuição exigida, podendo, neste caso, reduzir um ano da contribuição para aumentar um ano na idade. 3. Pronunciamento do "Parquet" que se acolhe, no sentido de que "constata-se que, na realidade, a previsão do abono permanência da EC nº. 41/2003 é perfeitamente aplicável à situação em comento. Isso porque os requisitos para a aposentadoria previstos na EC nº. 47/2005 são similares àqueles previstos na EC nº. 41/2003 e, levando em conta que o escopo deste benefício é o de desestimular a aposentação precoce dos servidores, com a consequente desoneração dos cofres públicos, não teria sentido excluir a mencionada hipótese". Apelação e Remessa Necessária, improvidas. (TRF5, AC 00077850820104058400, Desembargador Federal Geraldo Apoliano, publicado no DJE de 24.11.2011)

Portanto, uma negativa no pagamento do abono de permanência aos servidores que preenchem os requisitos para a aposentação previstos no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005 pode ser questionada judicialmente.

Camila Tiburtino de Sena Fischgold
OAB/DF 29.363