

Parecer nº 01/2005 – Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho

Em 27 de julho de 2005.

Processo E-14/11070/2004

Assunto: Cessaçã de desconto e restituiçã de IRRF sobre ajuda de custo

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE VERBA DE NATUREZA INDENIZATÓRIA.

A Ajuda de Custo para Transporte e Mudança, não importando em aquisiçã de disponibilidade econômica ou jurídica, não constitui base de cálculo para o IRPF.

Senhor Dr. Procurador-Geral

DA CONSULTA

01. Após a fixaçã de certeza jurídica no âmbito administrativo quanto à natureza indenizatória da Ajuda de Custo de Transporte e Moradia, verba prevista no artigo 57-B da Lei Complementar nº 15/80, pelo Parecer 02/04-EZ (fls. 04/09), da lavra da ilustre Procuradora do Estado Eliane Zoghbi, devidamente aprovado pela Chefia da PG04 (fls. 10) e pelo Procurador Geral do Estado (fls.11) e o lançado no Parecer 01/2005-APSe, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Ana Paula Serapião, de igual forma aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Assuntos de Pessoal Alexandre Simões da Camara e Silva, que concluiu pelo afastamento da incidência e devoluçã de contribuiçã previdenciária sobre a mesma (fls. 15/23), a questã foi submetida à PG3, para emissã de parecer específico sobre o imposto de renda que, atualmente, incide sobre a parcela.

DOS FATOS ENVOLVIDOS

02. Em quem pese as várias possibilidades e formas de interpretaçã, ao analisar um fato em concreto, o intérprete não prescinde da subsunçã dos fatos à norma jurídica aplicável. Por isso, antes mesmo de se chegar à interpretaçã possível não se pode negar os fatos, tal como dita a realidade. Pois bem:

- Código de Organizaçã e Divisã Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ, artigos 14 e 15) alça à condiçã de sede de comarcas judiciárias 82 (oitenta e dois) dos 92 (noventa e dois) municípios fluminenses.
- Os Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, especialmente os lotados nas 12 (doze) Procuradorias Regionais localizadas no interior do Estado, atuam em qualquer processo ajuizado no

Estado do Rio de Janeiro, independentemente da comarca, sendo ele parte, assistente, oponente ou interessado.

- A representaçã judicial atribuída à Procuradoria do Estado não se limita à administraçã direta, sendo certo que diversos órgãos da administraçã indireta, incluindo autarquias e empresas públicas, são representados em juízo pela PGE-RJ.
 - Apesar da imperiosa necessidade de locomoçã entre as diversas comarcas, as doze Procuradorias Regionais não dispõem de veículos oficiais para utilizaçã do procurador. Dessa forma, os procuradores utilizam seus automóveis particulares, em benefício do Estado.
 - Por fim, é pertinente lembrar que a ajuda de custo não é paga durante o período de férias e licença do procurador, quando não faria sentido indenizá-lo por despesas que não teria tido.
- Dito isso, passa-se ao opinamento.

QUESTÕES PRELIMINARES

03. A princípio, sendo o imposto de renda da competência tributária da União, caberia ao contribuinte requerer à Secretaria da Receita Federal a restituçã daquilo que entende indevido. Entretanto, como o produto da arrecadaçã do IR retido na fonte dos servidores públicos estaduais pertencem ao Estado (art. 157, I, da Constituiçã de 1988), a este devem ser dirigidos os pedidos de restituçã de indébitos, seja no âmbito administrativo, seja no judicial. Neste sentido aponta a orientaçã jurisprudencial no Colendo STJ:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESCONTO DE IMPOSTO DE RENDA NOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ATO PERPETRADO POR SECRETÁRIO DE ESTADO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM PASSIVA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O ato impetrado foi emanado por Secretário de Estado, porquanto coube a ele determinar o desconto de imposto de renda nos proventos de aposentadoria do servidor público estadual inativo.

2. O Impetrante é vinculado inequivocamente à Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, portanto, os seus proventos, sejam eles percebidos em atividade ou inatividade, estão visceralmente ligados à

receita daquele Estado federativo, inexistindo, na hipótese, qualquer interesse da União...
(STJ, 2ª Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, EDROMS 1995.256347/RJ, DJU 04.11.02, p. 175).

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. IRPF. RETENÇÃO NA FONTE. SERVIDOR ESTADUAL. FÉRIAS-PRÊMIO. VERBA INDENIZATÓRIA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRECEDENTES.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, com a qual o acórdão se harmoniza, os valores retidos a título de imposto de renda na fonte dos servidores estaduais pelos Estados, são do interesse destes porque são responsáveis por tais descontos e destinatários da verba retida, não havendo falar de interesse da União, por isso, a Justiça Estadual é competente para julgar as ações referentes a tais retenções.....

(STJ, REsp 2000.454060/MG, Relator Ministro PEÇANHA MARTINS, DJU 25.11.02, p. 217).

04. Outra questão preliminar seria a possível ilegitimidade do Procurador-Geral do Estado para analisar, originariamente, pedido de restituição de indébito tributário. Normalmente, um pedido desta natureza deveria ser apresentado, inicialmente, perante a Secretaria de Estado de Receita ou Secretaria de Estado de Administração e Reestruturação para depois, somente em caso de dúvida jurídica, ser submetida à PGE. Nada obstante, trata-se de verba descontada em folha de pagamento, a título de IRRF, de servidores da Procuradoria-Geral do Estado. Como esta tem autonomia administrativa e financeira (art. 2º da LCE 15/80, com redação dada pela LCE 104/02), conclui-se que o requerimento foi bem endereçado.

DO DIREITO

05. O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, de competência da União, tem como fato gerador a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica. Sua base de cálculo é a renda percebida pelo contribuinte, no caso, produto do trabalho assalariado (art. 153, III, da Constituição e 43 do Código Tributário Nacional).

06. O fato indiscutível de que cabe ao Estado apreciar pedido de restituição de IRRF de seus servidores, não implica dizer que possa o mesmo legislar sobre o aludido imposto, ou muito menos negar aplicação à legislação federal que lhe fixa o fato gerador e, no que nos interessa no momento, a sua base de cálculo.

07. Neste diapasão, a Lei Complementar Estadual nº 104/02, ao atribuir aos Procuradores do Estado em exercício nas Procuradorias

Regionais, ajuda de custo para fazer face às despesas com transporte e eventualmente de moradia, fez muito bem em não afastar, expressamente, a incidência do imposto de renda sobre tal parcela. Somente a lei federal poderia fazê-lo. Nela é que se vai buscar o fundamento legal para apreciar a questão.

08. A Lei nº 7.713/89, além de estabelecer o fato gerador e a base de cálculo do imposto de renda, também prevê isenções¹ no seu artigo 6º, entre elas, expressamente, a ajuda de custo para indenizar despesas com transporte:

*“Art. 6º. Ficam isentos do Imposto sobre a Renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:
XX - ajuda de custo destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte.*

09. Por sua vez, o capítulo II do Regulamento do Imposto de Renda (RIR), Decreto Federal 3000/99, excepciona, expressamente, no seu artigo 39, incisos I, V e XXIV, a ajuda de custo da base de cálculo do tributo do IRPF:

“Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

Ajuda de Custo

*I - a ajuda de custo destinada a atender às despesas com transporte, frete e locomoção do beneficiado e seus familiares, em caso de remoção de um município para outro, sujeita à comprovação posterior pelo contribuinte (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso XX);
Auxílio-alimentação e Auxílio-transporte em Pecúnia a Servidor Público Federal Civil*

V - o auxílio-alimentação e o auxílio transporte pago em pecúnia aos servidores públicos federais ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional (Lei nº 8.460, de 17 de setembro de 1992, art. 22 e §§ 1º e 3º, alínea "b", e Lei nº 9.527, de 1997, art. 3º, e Medida Provisória nº 1.783-3, de 11 de março de 1999, art. 1º, § 2º).

Indenização de Transporte a Servidor Público da União

¹ Em verdade, a parecerista entende que o caso é de “não-incidência de fato”, e não de “isenção”, pois o pagamento de verba de natureza indenizatória a trabalhador assalariado não é fato gerador do imposto de renda. A rigor, mesmo que não existisse o dispositivo que excetua expressamente a ajuda de custo da base de cálculo do tributo, ele não seria devido. Porém, como a solução da controvérsia prescinde de aprofundar essa questão doutrinária, opta-se por trabalhar com o texto legal, sem maiores discussões.

XXIV - a indenização de transporte a servidor público da União que realizar despesas com a utilização de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos por força das atribuições próprias do cargo (Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, art. 60, Lei nº 8.852, de 7 de fevereiro de 1994, art. 1º, inciso III, alínea "b", e Lei nº 9.003, de 16 de março de 1995, art. 7º);

10. Impende salientar que a legislação federal que dispõe sobre vantagens pecuniárias pagas aos servidores públicos da União, vez ou outra, excepciona determinada vantagem do desconto do IR, quando se trata de verba de natureza indenizatória (v.g. Lei 8.112/90, art. 243, § 6º e Medida Provisória 2.165-36/01, art. 1º, § 2º). Isto é possível porque cabe à União legislar tanto sobre seus servidores públicos quanto sobre os seus tributos.

11. Tal fato, porém, não deve impressionar negativamente o intérprete face à ausência de legislação federal genérica, excepcionando expressamente a incidência de tributo federal tal ou qual verba de natureza indenizatória, paga pelos Estados e Municípios, aos seus servidores. Primeiro porque isto seria praticamente impossível. Segundo porque não cabe à legislação administrativa federal dispor acerca da política remuneratória dispensada pelos demais entes federais aos seus servidores, pois isto representaria uma ofensa ao princípio federativo.

12. Nessas circunstâncias, e diante da realidade dos fatos elencados que comprovam a real necessidade de deslocamentos constantes pelos Procuradores lotados nas Regionais, outra conclusão não poderia ser conferida senão aquela que afasta da incidência do imposto de renda, as verbas referidas na Lei Complementar Estadual n.º 104/02, que acrescentou o artigo 57-B à Lei Complementar Estadual n.º 15/80.

13. Essa interpretação não é novidade nos Tribunais Regionais Federais:

*Acórdão Origem: TRIBUNAL - QUARTA REGIÃO
Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 213210
Processo: 200404010212005 UF: RS Órgão Julgador:
SEGUNDA TURMA Data da decisão: 10/08/2004
Documento: TRF400099093 Fonte DJU
DATA:09/09/2004 PÁGINA: 522 Relator(a) JUIZ
DIRCEU DE ALMEIDA SOARES Decisão A TURMA,
POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO
AGRAVO DE INSTRUMENTO, NOS TERMOS DO
VOTO DO(A) JUIZ(A) RELATOR(A).*

*Ementa
ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. IMPOSTO DE RENDA.
LEGITIMIDADE PASSIVA. OFICIAL DE JUSTIÇA.
AUXÍLIO-CONDUÇÃO. INCIDÊNCIA.*

1. A despeito do que dispõe o art. 157, inc. I, da Constituição Federal, que destina aos Estados o imposto de renda descontado de servidor estadual, no presente caso é flagrante a legitimidade da União para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que a ação tem por objeto justamente atacar a validade de crédito tributário formalmente constituído e exigido pela União na via administrativa. 2. Situação diversa ocorre quando o próprio servidor pleiteia a não-incidência do imposto, hipótese em que a ação deve ser dirigida à fonte pagadora, não subsistindo interesse da União na demanda. 3. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada, in casu.

4. O auxílio-condução pago aos oficiais de justiça estadual tem natureza indenizatória, não constituindo, assim, fato gerador do imposto de renda.

*Data Publicação 09/09/2004 Outras Fontes nº
325/2004, arm 17, 08/09/04 DJU 09/09/2004 09/09/04
Referência Legislativa CF-88 CONSTITUIÇÃO
FEDERAL LEG-FED CFD-0 ANO-1988 ART-157 INC*

14. Além disso, a técnica de mensurar o valor de parcela indenizatória, com a fixação de um percentual razoável sobre o montante total do servidor/empregado, e não o valor exato da despesa realizada, não é motivo para afastar referida natureza.

15. O legislador, corriqueiramente, vale-se desta fórmula para quantificar o valor da indenização, como o artigo 54 da Lei 8.112/90 e artigo 21 da Resolução 69 do Conselho da Justiça Federal.²

Lei 8.112/90

Art. 54. A ajuda de custo é calculada sobre a remuneração do servidor, conforme se dispuser em regulamento, não podendo exceder a importância correspondente a 3 (três) meses.

² Como parâmetro no âmbito privado a própria CLT indica que não integram o salário as ajudas de custo que não excedam de 50% do salário percebido pelo empregado. Ou seja, por analogia, fica claro que a auferição do valor de 20%, tal como previsto na Lei Complementar Estadual, não fere a razoabilidade pretendida para cobrir os gastos com o auxílio-transporte dos Procuradores.

"Art. 457 - ... § 2º - Não se incluem nos salários as ajudas de custo, assim como as diárias para viagem que não excedam de 50% do salário percebido pelo empregado."

Enunciado TST 101 - Diária de Viagem - Integração ao Salário "Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias para viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado."

Resolução 69 do Conselho da Justiça Federal

Art. 21. A indenização de transporte destina-se a ressarcir o ocupante do cargo de Oficial de Justiça Avaliador das despesas que realizar em decorrência de utilização de meios próprios de locomoção, para desincumbir-se do serviço externo e será calculada com base no percentual de 28% (vinte e oito por cento) sobre o vencimento básico do Padrão III, Classe A, Nível Superior.

16. Trata-se de uma opção política do legislador, até para evitar surpresas financeiras ao Estado, obrigando-o a pagar um valor aleatório, variável e sem qualquer limite.

17. Conclui-se, portanto, com escopo no art. 6º XX da Lei 7.713/88, c/c artigo 39, do RIR, que ajuda de custo paga ao Procurador do Estado, em conformidade com o artigo 57-B, da Lei Complementar Estadual nº 15/80, **não compõe a base de cálculo do imposto de renda**, pois é verba de inegável natureza indenizatória, concedida com o propósito de fazer frente a despesas com transportes e eventual moradia dos Procuradores do Estado, lotados no interior.

CONCLUSÃO

18. Diante da exposição acima feita, o primeiro consectário lógico e jurídico é a imediata interrupção dos descontos, a título de IRRF, dos Procuradores do Estado lotados no interior sobre a ajuda de custo, prevista no art. 57-B da LCE 15/80.

19. Após, em sendo verba tributária, receita derivada do Estado, entendo que a restituição³ deve seguir o disposto no artigo 185, § 1º, do Código Tributário Estadual, com o pagamento em uma única vez com juros e correção monetária. A “*decisão definitiva*”, a que alude o dispositivo legal citado, somente se dará com eventual aprovação deste parecer pelo Procurador-Geral do Estado. Antes, face à incerteza jurídica da questão, bem como a presunção de legitimidade dos atos administrativos, não se pode falar em ato ilícito nem em mora do Estado.

21. As providências acima enumeradas providência deverão ser realizadas pelo próprio órgão pagador (Procuradoria Geral do Estado), em razão da apregoada autonomia administrativa e financeira e independe da solução a ser conferida pelo RIOPREVIDÊNCIA.

20. No mais, como na prática o órgão que processa as informações acerca das declarações do imposto de renda é a Secretaria de Estado de Administração e Reestruturação, esta deverá apresentar a DIRF (Declaração de imposto de renda retido na fonte), com as devidas retificações, nos moldes da Instrução Normativa SFR n.º 93 e demais normas aplicáveis à espécie.

³ A ser realizada para todos os que tiveram a retenção, ora considerada como indevida.

É o que me parece.

Encaminhem-se os autos à douta PG02.

VANESSA CERQUEIRA REIS DE CARVALHO

Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária

Processo nº E-14/011.070/04

VISTO

Aprovo o parecer nº 1/2005 da Procuradora-Assistente Ana Paula Serapião (fls. 15/21), chancelado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Assuntos de Pessoal (PG-04), Alexandre Simões da Câmara e Silva; e o parecer nº 1/2005 da Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária, Dra. Vanessa Reis de Carvalho (fls.25/33).

Assim, deve ser imediatamente afastada a incidência da contribuição previdenciária sobre as vantagens pecuniárias relativas à ajuda de custo para transporte a mudança dos Procuradores do Estado, bem como interrompidos os descontos a título de imposto de renda sobre estas mesmas vantagens.

Por igual, cumpre providenciar a devolução dos valores descontados a maior.

Ao Gabinete Civil, para ciência, solicitando a posterior devolução dos valores descontados a maior.

Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2005.

FRANCESCO CONTE

Procurador-Geral do Estado