



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.962 - DF (2012/0005943-1)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : GISELA DE CASTRO CHAMOUN
ADVOGADO : MARCELO ANTONIO RODRIGUES VIEGAS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. AGENTE DE RETENÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por atuar como mero responsável tributário pela retenção dos tributos sobre os rendimentos pagos pela União, é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com a finalidade de declarar a ilegalidade da incidência de imposto de renda e contribuição social no pagamento de parcelas referentes à conversão em pecúnia de licença-prêmio não usufruída.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 27 de novembro de 2012(Data do Julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.962 - DF (2012/0005943-1)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : GISELA DE CASTRO CHAMOUN
ADVOGADO : MARCELO ANTONIO RODRIGUES VIEGAS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): O recurso especial foi interposto contra acórdão proferido pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. LICENÇA-PRÊMIO CONVERTIDA EM PECÚNIA. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.

O Conselho Especial deste Tribunal de Justiça é o competente para julgar mandado de segurança contra ato praticado pelo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios (artigo 8º, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 11.697/2008 e artigo 8º, inciso I, alínea “c”, do Regimento Interno deste Tribunal).

A conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada tem natureza indenizatória e não remuneratória. Estabelece a Súmula nº 136/STJ: “O pagamento de licença-prêmio não gozada, por necessidade do serviço, não está sujeito ao Imposto de Renda”. Se a impetrante se aposenta sem gozar a licença-prêmio, direito seu, é evidente e se presume que assim foi por necessidade do serviço.

Em face da natureza indenizatória da verba, sobre ela não incidem imposto de renda (IRRF) e contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor (PSSS). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Segurança concedida (e-STJ fl. 110).

A recorrente indica violação dos arts. 2º e 6º, §§ 3º e 5º, da Lei 12.016/2009, c/c o art. 267, incs. IV e VI, do CPC, por ilegitimidade passiva da autoridade impetrada e a incompetência absoluta do juízo.

Contrarrazões apresentadas (e-STJ fls. 145-152).

O apelo nobre foi admitido na origem (e-STJ fls. 154-156).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso ou pelo seu desprovimento (e-STJ fls. 166-170).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.302.962 - DF (2012/0005943-1)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. AGENTE DE RETENÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por atuar como mero responsável tributário pela retenção dos tributos sobre os rendimentos pagos pela União, é parte ilegítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com a finalidade de declarar a ilegalidade da incidência de imposto de renda e contribuição social no pagamento de parcelas referentes à conversão em pecúnia de licença-prêmio não usufruída.

2. Recurso especial provido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Inicialmente, afasto a apontada falta de prequestionamento, no mínimo quanto ao disposto no art. 267, incs. IV e VI, do CPC, porque o Tribunal de Justiça local rejeitou expressamente a preliminar de ilegitimidade passiva do Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ciente da tese da União, a conclusão do aresto com espeque em outros dispositivos legais não inibe o conhecimento do presente recurso especial.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado originariamente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios por meio do qual a impetrante pretende eximir-se do pagamento do imposto de renda pessoa física e da contribuição previdenciária para o Plano de Seguridade Social do Servidor, incidentes sobre verbas decorrentes da conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada, percebida na qualidade de Procuradora de Justiça aposentada do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. A ordem foi concedida.

A Fazenda Nacional aduz que os Procuradores de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios são remunerados pela União, ente público responsável pela instituição dos tributos cobrados. Assim, assevera que o *mandamus* foi impetrado contra autoridade ilegítima, uma vez que o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não é o agente público com competência legal para decidir sobre a incidência do imposta de renda e da contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor.

Com razão à recorrente.

Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que pratica, ordena ou omite a prática do ato impugnado e tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade.

No caso concreto, é indiscutível - o próprio acórdão recorrido na destoa desta compressão - que se trata de tributos instituídos pela União e que não pertence ao Distrito Federal o produto da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arrecadação do imposto de renda e da contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor incidentes sobre os rendimentos pagos pela União aos membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A título ilustrativo, vejamos-se os seguintes dispositivos da Constituição da República:

Art. 21. Compete à União:

.....
.....
XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;

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.

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

.....
.....
III - renda e proventos de qualquer natureza;

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

O ilustre Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que determinou o desconto relativos ao imposto de renda e à contribuição social no pagamento de parcelas referentes à conversão em pecúnia de licença-prêmio, atua como mero responsável tributário pela retenção dos tributos sobre os rendimentos pagos pela União, não detendo, portanto, legitimidade para figurar no polo passivo de mandado de segurança.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PEDIDO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUSPENSÃO DA RETENÇÃO. LEGITIMIDADE DA UNIVERSIDADE FEDERAL. PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. LEGITIMIDADE DA UNIÃO. IMPETRAÇÃO APENAS CONTRA A AUTARQUIA.

1. A fonte de validade da contribuição social destinada ao custeio do regime próprio de previdência dos servidores públicos federais é extraída, atualmente, dos arts. 40, caput, 149, caput, e 195, inc. II, da Constituição da República (CR/88). Desses dispositivos se infere que a instituição do tributo é de competência da União, sendo a prestação descontada diretamente dos vencimentos dos servidores e repassada ao Fundo Previdenciário da União. Ademais, a União também é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime decorrentes do pagamento de benefícios previdenciários (art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 10.887/2004).

2. A entidade ou o órgão ao qual esteja vinculado o servidor é responsável apenas pelo recolhimento da contribuição, que é repassada para a União, não integrando tais exações o patrimônio da pessoa jurídica responsável pela retenção.

3. In casu, trata-se de mandado de segurança impetrado contra o reitor da Universidade Federal de São Paulo e que tem por objeto tanto a restituição do indébito tributário relativo à cobrança de contribuição previdenciária, como a suspensão das retenções.

4. A entidade autárquica tem legitimidade por lhe competir reter a exação questionada dos vencimentos dos servidores e repassar para a União Federal.

5. Todavia, em relação à repetição do indébito tributário, a entidade autárquica não pode ser responsabilizada. É a União Federal que detém a legitimidade para figurar no polo passivo de demanda voltada à repetição do indébito, na qualidade de sujeito ativo do tributo e por ter recebido os valores indevidamente retidos dos vencimentos dos servidores, em razão de sua responsabilidade pelo custeio do regime próprio de previdência. Neste ponto, correta a decisão do Tribunal de origem.

6. Legitimidade da Universidade Federal de São Paulo reconhecida para figurar na lide apenas em relação ao pedido de suspensão das retenções.

7. Agravo regimental parcialmente provido (AgRg no REsp 1134972/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO. SECRETÁRIO DE FAZENDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que a empresa impetrou Mandado de Segurança contra o Secretário de Fazenda, objetivando o reconhecimento da nulidade de auto de infração relativo à cobrança de ICMS. O TJ extinguiu o feito sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva.

2. A atividade de lançamento é privativa de fiscais de carreira, nos termos do art. 37, XXII, da Constituição Federal. O Secretário de Fazenda secunda o Governador na elaboração e implantação das políticas fiscais, o que não se confunde com lançamento e cobrança de ICMS.

3. Inaplicável a Teoria da Encampação, pois haveria ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça. Precedentes do STJ.

4. Nos termos do art. 161, IV, "e", 5, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o TJ julga originariamente Mandado de Segurança impetrado contra Secretários de Estado, mas não contra agente fiscal ou inspetor chefe da respectiva região fiscal.

5. Improcedente o argumento a favor da legitimidade passiva do Secretário de Estado, a pretexto de que seria responsável por dar cumprimento à legislação tributária local. O Governador, assim como diversos outros agentes públicos, tem o dever de respeitar e fazer cumprir a legislação, mas nem por isso confunde-se com autoridade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coatora para fins de impetração do mandamus, que deve ser direcionado ao agente que efetivamente realiza o ato impugnado e tem competência para revertê-lo.

6. Agravo Regimental não provido (AgRg no RMS 18.140/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 11/09/2009);

PROCESSUAL CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DE VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 1º, § 1º, DA LEI N. 1.533/51 – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO DELEGADO ESPECIAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS EM SÃO PAULO/SP PARA FIGURAR COMO AUTORIDADE COATORA – ATIVIDADE EXERCIDA DE MERA RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O SAQUE DA INDENIZAÇÃO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

1 A apreciação de suposta violação de preceitos constitucionais não é possível na via especial, nem à guisa de prequestionamento, porquanto matéria reservada, pela Carta Magna, ao Supremo Tribunal Federal.

2. A não-realização do necessário cotejo analítico, bem como a não-apresentação adequada do dissídio jurisprudencial, não obstante a transcrição de ementas, impedem a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma.

3. Esta Corte já manifestou posicionamento no sentido de que o fundo de previdência privada é o responsável tributário por substituição, estando obrigado a reter na fonte e a repassar o imposto de renda aos cofres da União. Tal atividade, porém, não o legitima para figurar no pólo passivo da ação de mandado de segurança na qualidade de autoridade coatora.

4. O Delegado Especial das Instituições Financeiras apenas tem legitimidade para figurar no pólo passivo da ação mandamental, quando a impetrante é empresa relacionada no artigo 1º, da Portaria SRF n. 563/98, o que não ocorre no caso concreto.

Recurso especial conhecido em parte e improvido (REsp 1059355/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 01/09/2008);

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL. ILEGITIMIDADE.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o Secretário da Receita Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo do Mandado de Segurança impetrado com o fim de evitar o recolhimento de contribuições previdenciárias, uma vez que é o Delegado da Receita Federal do Brasil da jurisdição competente a autoridade coatora responsável pela arrecadação, cobrança e fiscalização de tais tributos.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1425805/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 08/08/2012).

Sobre o tema, é elucidativa a lição do professor HELENO TAVEIRA TORRES:

Quanto aos *agentes de retenção*, mais comumente indicados como *substituição tributária para trás* ("para trás", porque o fato jurídico tributário já ocorreu) essa se verifica quando o legislador, em face do cumprimento da prestação tributária, coloca uma pessoa que, por certas circunstâncias, encontra-se privilegiadamente relacionado com o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato gerador, mas não como parte integrante do critério subjetivo da relação jurídica tributária decorrente da obrigação principal. Antes, firma-se como autêntica obrigação acessória, atinente a um fazer algo no interesse da arrecadação (art. 113, II, do CTN). É o caso das fontes de pagamento, em relação aos seus beneficiários (contribuintes dos respectivos tributos retidos).

Agente de retenção é o sujeito que fica "no lugar" do *contribuinte*, pagando o tributo em nome deste, porque assim dispôs a lei, mesmo sem guardar qualquer relação pessoal ou material com o fato jurídico tributário. Trata-se de um "intermediário" legalmente interposto para os fins de *arrecadação* tributária, suportando uma obrigação tributária acessória, meramente de natureza formal, relativamente à entrega do dinheiro ao Estado, como um fazer algo no interesse da arrecadação e da fiscalização.

O *substituído* fica como se fosse um estranho à sistemática de arrecadação, que se opera exclusivamente em face deste, mesmo sendo a situação jurídica do *substituído* a que sirva como base para a incidência da norma tributária impositiva, pela respectiva demonstração de capacidade contributiva. Por isso, o regime jurídico aplicável é o do substituído, sempre.

Temos, assim, a formação de uma *norma heterogênea*, na medida que ao tempo que incide a norma do respectivo imposto, que considera o *substituído* como sendo o sujeito passivo da obrigação; uma outra, coligada àquela, determina o dever de operar a simples transferência do dinheiro, daquele para o Fisco, ao *agente de retenção*.

Tal *substituição* consiste apenas em uma singular estrutura de arrecadação do tributo (relação de dever instrumental), pela substituição do sujeito passivo real (previsto na legislação relativa ao tributo devido como sendo um contribuinte do mesmo) por um outro sujeito passivo, *apenas para os fins de arrecadação*, haja vista sua particular situação em relação ao fato gerador do tributo. Dentro deste mecanismo o substituído, verdadeiro contribuinte, perde qualquer contato com o sistema arrecadador do Estado, que passa a operar exclusivamente face ao *agente de retenção*, conforme disposição de lei, de tal modo que:

a) é levado a ter que recolher tributo em nome de outrem, mesmo sem ter dado causa à ocorrência do fato jurídico tributário.

b) as situações subjetivas que eventualmente concorram para a formação da obrigação são estabelecidas tomando em consideração a pessoa do contribuinte.

A carga do tributo não deve ser suportada pelo terceiro responsável. Por isso é rigorosamente imperioso que lhe seja objetivamente assegurado o direito de reaver (percepção) ou descontar (retenção), do contribuinte, o quantum do tributo que deverá pagar por conta daquele (Substituição Tributária - Regime Constitucional, Classificação e Relações Jurídicas (Materiais e Processuais), Revista Dialética de Direito Tributário nº 70, págs. 94-96).

Seria o Delegado da Receita Federal do Brasil no Distrito Federal o legitimado para ingressar no polo passivo do presente *writ*, o qual almeja a declaração de ilegalidade da incidência do IRRF e do PSSS sobre o pagamento relativo à conversão em pecúnia dos períodos de licença-prêmio não usufruídos.

Confira-se o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 95/2007:

Art. 243. Aos Delegados da Receita Federal do Brasil das DRF e Deinf, no âmbito da respectiva jurisdição, incumbe ainda:

I - decidir sobre a revisão de ofício, seja a pedido do contribuinte ou no interesse da administração, inclusive quanto aos créditos tributários lançados, inscritos ou não em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dívida Ativa da União;

II - decidir sobre a concessão de pedidos de parcelamento, sobre restituição, compensação, ressarcimento, reembolso, suspensão e redução de tributos, excetuando-se os relativos ao comércio exterior;

III - decidir sobre o reconhecimento de imunidades e isenções;

IV - expedir súmulas e atos declaratórios relativos à inidoneidade de documentos ou à situação cadastral e fiscal de pessoas físicas e jurídicas;

V - declarar inidôneo para assinar peças ou documentos, contábeis ou não, sujeitos à apreciação da RFB, o profissional que incorrer em fraude de escrituração ou falsidade de documentos;

VI - decidir sobre pedidos de cancelamento ou reativação de declarações; e

VII - negar o seguimento de impugnação, manifestação de inconformidade e recurso voluntário, quando não atendidos os requisitos legais.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso especial para reconhecer a ilegitimidade da autoridade coatora.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0005943-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.302.962 / DF

Números Origem: 20100020043042 20100020043042RES

PAUTA: 27/11/2012

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : GISELA DE CASTRO CHAMOUN
ADVOGADO : MARCELO ANTONIO RODRIGUES VIEGAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física - Incidência sobre Licença-Prêmio/Abono/Indenização

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.