

P A R E C E R
PGFN/CRJ/Nº 1589/2009

Tributário. Contribuição aos Fundos de Saúde das Forças Armadas. Natureza jurídica tributária. Impossibilidade de fixação ou alteração de alíquota por ato infralegal (Decretos n.º 906/96, n.º 1.961/96, e n.º 3.557/00).

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

I

O escopo do presente Parecer é analisar a possibilidade de se promover, com base no inciso II do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e no Decreto nº 2.346, de 10.10.1997, a dispensa de interposição de recursos ou o requerimento de desistência dos já interpostos, **com relação às decisões judiciais que fixam o entendimento de que a natureza jurídica da contribuição para o Fundo de Saúde dos Militares – FUSEX, FUNSA E FUSMA – é tributária, de modo que a imposição e majoração de sua alíquota por ato infralegal (Decretos n.º 906/93, n.º 1.961/96 e n.º 3.557/00), constitui afronta ao princípio da legalidade tributária.**

2. Este Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos Procuradores da Fazenda Nacional sobre a matéria.

3. O presente estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça – STJ – considerando que a contribuição para o Fundo de Saúde das Forças Armadas, em razão da sua compulsoriedade, possui natureza tributária, não se fazendo possível a alteração ou majoração de sua alíquota por ato infralegal.

II

4. Inicialmente, registre-se que o entendimento invocado pela União em sua defesa sempre foi no sentido de que a contribuição para os Fundos de Saúde das Forças Armadas (Exército, Aeronáutica e Marinha) não constitui tributo, mas preço público, por se tratar de receita originária do Estado para custeio de assistência médico-hospitalar para os militares e seus dependentes. Assim, por não possuir natureza tributária, a representação judicial da União nestes casos, nos termos do art. 131 da Constituição Federal e da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, seria da Procuradoria da União.

5. Ocorre que o Poder Judiciário tem entendido diversamente, restando assente no âmbito do STJ o posicionamento segundo o qual **a natureza da contribuição para o Fundo de Saúde das Forças**

Armadas (FUSEX, FUNSA e FUSMA) é tributária. Tal é o grau de pacificação da questão que o Poder Judiciário sequer tem admitido a atuação da Procuradoria da União como representante judicial da União nas ações judiciais atinentes à contribuição para o Fundo de Saúde dos Militares.

6. Diante da consolidação do posicionamento no Judiciário, inclusive no sentido de que o exame da natureza jurídica da contribuição aos Fundos de Saúde dos Militares representa ofensa apenas indireta à Constituição, **a Consultoria-Geral da União, através do PARECER N.º AGU/SF/12/2009, concluiu que o órgão da Advocacia-Geral da União, competente para representar a União em juízo nas referidas causas, é a Procuradoria da Fazenda Nacional, incidindo o inciso I do parágrafo único do inciso V do art.12 da Lei Complementar n.º 73/93.**

7. Feito esse registro inicial, é relevante assinalar que **face ao entendimento firmado no âmbito do STJ, no sentido de que a contribuição para o Fundo de Saúde das Forças Armadas possui natureza de tributo, a imposição e majoração de sua alíquota por ato infralegal, a exemplo dos Decretos n.º 906/93, n.º 1.961/96 e Decreto n.º 3.557/00, representa afronta ao princípio da legalidade tributária.**

8. De tal forma, a alíquota de 3,5% passou a ser legitimamente considerada apenas com a vigência da Medida Provisória n.º 2.131, de 28 de dezembro de 2000, que veio reestruturar a remuneração dos militares das Forças Armadas, e alterar a Lei n.º 6.880/80 (Estatuto do Militar), que fixava o percentual de 3%.

9. Neste sentido, vale a pena conferir o relatório e o seguinte excerto do voto proferido pelo E. Ministro Relator Luiz Fux, nos autos do recurso especial n.º 900015/RS, publicado no DJe em 11/11/2008, cujos termos bem elucidam a questão:

“Relatório

‘O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela UNIÃO com fulcro no art. 105, III, "a", do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou vazada nos seguintes termos:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUSEX. NATUREZA TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO POR ATO INFRALEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o direito de compensação extingue-se com o decurso de cinco anos contados da homologação, expressa ou tácita, do lançamento pelo Fisco. Precedentes desta Corte e do STJ. No caso dos autos, não se trata de lançamento por homologação, razão pela qual o prazo prescricional é de cinco anos.

2. A assistência médico-hospitalar fornecida aos servidores militares é custeada por meio de contribuição ao chamado Fundo de Saúde do Exército - FUSEx - a quem incumbe a referida prestação.

3. Sendo compulsório tanto a filiação ao sistema de saúde, quando o desconto para o seu financiamento, está caracterizada a natureza tributária da exação, eis que, pela definição legal, tributo é "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito (art. 3º do CTN).

4. Tratando-se de tributo, somente a lei poderá instituí-lo e fixar os elementos definidores do fato gerador, dentre os quais a base de cálculo e a respectiva alíquota. Na caso da contribuição para o FUSEx, embora o art. 75, II, da Lei 8.237/91 estabeleça a obrigatoriedade do desconto da contribuição para a assistência médico-hospitalar militar, os elementos quantitativos da hipótese de incidência são disciplinados em portaria do Ministério do Exército, pelo que se vislumbra a ilegalidade da cobrança. Precedentes desta Corte.

5. A correção monetária deve ser efetuada em conformidade com a Súmula 162 do STJ, utilizando-se juros equivalentes à taxa SELIC, inacumuláveis com qualquer índice atualizatório.

6. Face a sucumbência recíproca, mantenho a compensação dos honorários advocatícios.

Noticiam os autos que MARCIO SEVERO DA COSTA ajuizou ação, em 07/10/2003, objetivando a declaração de ilegalidade na cobrança da contribuição para o FUSEX - Fundo de Saúde do Exército, cumulada com a repetição de valores recolhidos indevidamente em folha de pagamento, corrigidos monetariamente.

O juízo federal de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a prescrição quinquenal e condenando a União à repetição do indébito relativo às parcelas recolhidas anteriormente a 07/10/98 até 29/03/2001, atualizado pela Taxa Selic.

Irresignadas, ambas as partes apelaram, tendo sido desprovidos os recursos, bem como a remessa oficial.

Foram opostos embargos de declaração pela União Federal, os quais foram acolhidos parcialmente, para fins de prequestionamento.

Nas razões recursais, apontou a União violação dos arts. 535 do CPC; 3º do CTN, posto ostentar a contribuição ao Fusex natureza de preço público e não de tributo; 884 e 885 do Código Civil, que vedam o enriquecimento ilícito, consubstanciado, in casu, na condenação à repetição de valores efetivamente devidos. Requereu a anulação do acórdão recorrido ou, subsidiariamente, a declaração de legitimidade do desconto ao fundo de saúde do Exército - FUSEX, posto não se tratar de tributo.

As contra-razões ao apelo nobre não restaram apresentadas.

Os recursos especial e extraordinário restaram originariamente admitidos.

É o relatório'.

Voto

(...)

Nesse diapasão, ressoa inconcebível a delegação, ao Poder Executivo, da possibilidade de instituir a alíquota do tributo, haja vista esta constituir elemento integrante da própria norma jurídico-impositiva.

Destarte, a majoração da mencionada alíquota para o máximo de 10% do soldo com o Decreto 906/93, passando ao percentual limite de 25% com o Decreto 1.961/96, que por sua vez restou alterado pelo Decreto 3.557/00, permitindo o estabelecimento das contribuições para os Fundos de Saúde de cada Força Armada pelos respectivos Comandantes e, ao final, o Decreto 4.307/02, determinando o percentual de até 3,5% para a mencionada contribuição tributária, ressaltam inequivocamente ilegais, posto afrontarem o art. 97, IV, do CTN.

Com efeito, somente após a vigência da MP 2.131/00, de 28/12/2000, e suas reedições, disciplinando e reestruturando a remuneração dos militares das Forças Armadas, e alterando a Lei nº 6.880/80, passou a ser legitimamente considerado o percentual de 3,5% do valor do soldo:

Art. 15: São descontos obrigatórios do militar:

(...)

II - contribuição para assistência médico-hospitalar e social do militar;

Art. 25 - A contribuição para assistência médico-hospitalar e social é de até três e meio por cento ao mês e incidirá sobre as parcelas que compõe a pensão ou os proventos na inatividade, conforme previsto no art. 10 desta Medida Provisória.

Destarte, ressoa manifesta a ilegalidade do tributo até dezembro de 2000, quando da edição da aludida Medida Provisória, razão pela qual as quantias descontadas indevidamente, em momento anterior a essa data, devem ser devolvidas ao contribuinte.

Ex positis, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

É o voto''”.

10. Nessa linha, citam-se exemplos de decisões que expressam o posicionamento pacífico firmado no âmbito do E. STJ: AgRg no Ag 1071228/RS, DJe 30/04/2009; REsp 1094735/PR, DJe 11/03/2009; AgRg no REsp 1074297/RS, DJe 20/04/2009; AgRg no REsp 879400/RS, DJe 09/02/2009; REsp 857464 / RS, DJe 02/03/2009; REsp 1097624, DJe 12/02/2009; AgRg no REsp 1081411 / RS, DJe 09/02/2009; REsp 1066066 / PR, DJe 21/10/2008; AgRg no Ag 1006502 / RS, DJe 19/12/2008; REsp 764526 / PR, DJe 07/05/2008; AgRg no REsp 1018020 / PR, DJe 18/04/2008; REsp 692277 / SC, DJ 27/06/2007; REsp 761421 / PR, DJ 01/03/2007, dentre outras.

III

11. Dimana das decisões acima citadas a firme posição do STJ, contrária ao entendimento da União acerca da matéria, que sempre foi no sentido de que os descontos para os Fundos de Saúde dos Militares (FUSEX, FUNSA e FUSMA) não constituem tributo, mas preço público, pelo que a fixação ou majoração de suas alíquotas não estariam submetidas ao princípio da legalidade tributária.

12. De se notar que a questão não tem contornos constitucionais, vez que segundo o entendimento assente do STF, a contribuição para os Fundos de Saúde dos Militares qualifica discussão de indiscutível índole infraconstitucional e eventual ofensa à Constituição seria apenas indireta, o que torna a posição do STJ definitiva. É o que se extrai da jurisprudência pacífica do E. STF:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO - FUSEX. OFENSA INDIRETA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A corte se orienta no sentido de que a Contribuição para o FUSEX qualifica discussão de índole infraconstitucional. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (AI 720221 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-26 PP-05508)

EMENTAS: 1. RECURSO. Embargos de declaração. Caráter manifestamente infringente. Erro de fato. Embargos recebidos como agravo regimental. Agravo, no entanto, improvido. Quando manifestamente infringentes, devem os embargos de declaração ser recebidos como agravo regimental. 2. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contribuição para o fundo de saúde dos militares. FUSEX, FUNSA e FUSMA. Matéria infraconstitucional. Ofensa indireta. Agravo regimental não provido. Precedentes. A controvérsia quanto à natureza jurídica da Contribuição para o Fundo de Saúde dos Militares dirime-se com base em legislação infraconstitucional e eventual ofensa à Constituição Federal, se houver, será apenas indireta. (RE 482857 ED, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 11/12/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-06 PP-01153 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 244-248)

EMENTA: I. Contribuição para o Fundo de Saúde de Militares: ilegitimidade: ausência de previsão da respectiva alíquota na lei que a instituiu: recurso extraordinário: descabimento: controvérsia restrita ao âmbito infraconstitucional: a alegada violação dos dispositivos constitucionais invocados, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência, mutatis mutandis, da Súmula 636. II. Agravo regimental: inviabilidade para o exame de questões novas, que não foram objeto da decisão impugnada. (RE 489269 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 24/04/2007, DJe-023 DIVULG 24-05-2007 PUBLIC 25-05-2007 DJ 25-05-2007 PP-00075 EMENT VOL-02277-14 PP-02923 RDDT n. 143, 2007, p. 214)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNDO DE SAÚDE DO EXÉRCITO - FUSEX. RESTITUIÇÃO DOS VALORES COBRADOS. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(RE 480254 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/11/2006, DJ 07-12-2006 PP-00049 EMENT VOL-02259-05 PP-00985)

13. Por essas razões, impõe-se reconhecer que todos os argumentos que poderiam ser levantados em defesa dos interesses da União foram rechaçados pelo STJ nessa matéria, circunstância que conduz à conclusão acerca da impossibilidade de modificação do seu entendimento.

14. Nesses termos, não há dúvida de que futuros recursos que versem sobre o mesmo tema, apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário, sem nenhuma perspectiva de sucesso para a Fazenda Nacional. Portanto, continuar insistindo nessa tese significará apenas alocar os recursos colocados à disposição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em causas nas quais, previsivelmente, não se terá êxito.

15. Cumpre, pois, perquirir se, em face do sobredito, e tendo por fundamento o disposto no art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e no art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, é o caso de ser dispensada a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como a dispensa de apresentação de contestação. Ora, os artigos citados têm o seguinte teor:

“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

...

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda. ”

“Art. 5º. Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos. ”

16. Decorre dos dispositivos legais acima reproduzidos que a possibilidade de ser dispensada a interposição de recurso ou a desistência do que tenha sido interposto, bem como a autorização para não contestar, **desde que inexista outro fundamento relevante**, pode ser exercida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, mediante ato declaratório, a ser aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, observados os seguintes requisitos:

a) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tenha competência para representar, judicialmente, a União, nas respectivas causas; e

b) haja decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência.

17. Examinando-se a hipótese vertente, desde logo, conclui-se que:

I) nas causas que visem a obter a restituição dos valores cobrados a título de contribuição para os Fundos de Saúde das Forças Armadas (FUSEX, FUNSA e FUSMA), como na hipótese objeto deste Parecer, a competência para representar a União é da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já que se trata de matéria fiscal (art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 1993); e

II) as decisões, citadas exemplificativamente ao longo deste Parecer, manifestam a reiterada Jurisprudência do STJ no sentido de se reconhecer a natureza jurídica tributária da referida contribuição, e a conseqüente impossibilidade de sua alíquota ser alterada ou majorada por ato infralegal.

18. Destarte, há base legal para a edição de ato declaratório do Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional, a ser aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, que dispense a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como de apresentar contestação, acerca da matéria ora abordada.

19. Por fim, merece ser ressaltado que o presente Parecer não implica, em hipótese alguma, o reconhecimento da correção da tese adotada pelo STJ. O que se reconhece é a pacífica jurisprudência desse Tribunal Superior, a recomendar a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, eis que os mesmos se mostrarão inúteis e apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário e a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

IV

20. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10.10.97, recomenda-se sejam autorizadas pelo Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, **desde que inexista outro fundamento relevante**, nas ações judiciais que visem a obter a restituição dos valores cobrados a título de contribuição para os Fundos de Saúde das Forças Armadas (FUSEX, FUNSA e FUSMA) em decorrência do reconhecimento de sua natureza tributária e da conseqüente impossibilidade de sua alíquota ser alterada ou majorada por ato infralegal.

Revoga-se o Parecer/CRJ/N.º 1.076/2009.

É o parecer.

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de maio de 2009.

CECÍLIA BEZERRA DE MELLO LEMOS

Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de maio de 2009.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

Coordenador-Geral da Representação Judicial
da Fazenda Nacional

De acordo. Submeta-se à apreciação do Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 27 de maio de 2009.

FABRÍCIO DA SOLLER

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria
e Contencioso Tributário

Aprovo. Submeta-se à apreciação do Senhor Ministro de Estado da Fazenda para os fins da Lei nº 10.522, de 19.07.2002, e do Decreto nº 2.346, de 10.10.97. Após, publiquem-se os respectivos Despacho de Aprovação e Ato Declaratório.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 27 de maio de 2009.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Procurador-Geral da Fazenda Nacional