

2009.61.00.009103-4

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 18/06/2009 p/ Sentença

S/LIMINAR

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : A - Com mérito/Fundamentação individualizada /não repetitiva Livro : 21 Reg.:
1139/2009 Folha(s) : 72

Vistos, etc.Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CIESP em face do SUPERINTENDENTE DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DA 8ª REGIÃO, objetivando o reconhecimento do direito do impetrante e de suas associadas de não incluir as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado na base de cálculo das contribuições previdenciárias patronais, tanto em relação ao passado como relação ao presente e futuro, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 1º do Decreto nº 6.727/09. Pretende, ainda, o reconhecimento do direito à compensação dos valores eventualmente recolhidos a título de contribuições previdenciárias sobre as verbas de aviso prévio indenizado, devidamente corrigidos pela taxa SELIC, nos termos do procedimento disciplinado pelo artigo 74 da Lei nº 9.430/96 c.c. IN nº 900/08 ou outro que sobrevenha, caso mais benigno à impetrante e suas associadas.Aduz que a contribuição previdenciária patronal, instituída pela Lei nº 8.212/91 (artigo 22), com supedâneo no artigo 195, I, "a", Constituição Federal, somente alcança a renda destinada a retribuir o trabalho, por isso, não integra a sua base de cálculo qualquer recebimento, pelo empregado ou trabalhar avulso, que possua natureza jurídica indenizatória.Sustenta, pois, que o aviso prévio indenizado não sofre incidência da contribuição previdenciária, de modo que o Decreto nº 6.727/09, que revogou a alínea "f" do inciso V do 9º do artigo 214 do Decreto nº 3.048/99, ao deixar de incluir aquela verba nas hipóteses de não integração do salário-de-contribuição, está eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade.À fl. 69, foi determinada a oitiva do representante judicial da autoridade impetrada, à luz do artigo 2º da Lei nº 8.437/92, que se manifestou às fls. 76/109.Liminar deferida às fls. 110/113.Embargos de Declaração opostos pelo impetrante às fls. 119/122, que foram acolhidos para corrigir a decisão embargada (fls. 123/124).Requisitadas as informações, a autoridade coatora prestou-as às fls. 148/153.A União Federal interpôs Agravo de Instrumento perante o TRF da

3ª Região às fls. 161/217. Às fls. 223/226, foi juntada cópia da decisão exarada pela Desembargadora Federal Marli Ferreira nos autos da Suspensão de Execução de Liminar nº 2009.03.00.017165-8, que indeferiu o pedido formulado pela União Federal. Foram remetidos os autos ao Ministério Público Federal, que opinou pelo prosseguimento do feito, sem adentrar ao mérito da lide (fls. 228/229). Às fls. 233/234 foi juntada novo pronunciamento da Desembargadora Federal Marli Ferreira, mantendo a decisão agravada pela União Federal por seus próprios fundamentos. Vieram os autos conclusos para decisão. Assim relatados, tudo visto e examinado. DECIDO. Preliminarmente, pugna a União Federal o reconhecimento da ilegitimidade ativa ad causam do impetrante, em função da ausência da autorização expressa de seus associados para postular em juízo, mostrando-se imprescindível a juntada da ata da assembléia geral deliberando a representação para cada empresa e a relação nominal dos associados vinculados na data da propositura da ação. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXX, admitiu o Mandado de Segurança Coletivo, a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, por entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de seus membros ou associados. Essa possibilidade de impetração do mandado de segurança na forma coletiva é hipótese de substituição processual e não de representação processual, por isso são bastantes as exigências do referido inciso LXX, sendo desnecessária a "autorização expressa" de seus associados. Com efeito, é caso de legitimação extraordinária, segundo o qual se permite, nas exceções expressamente autorizadas por lei, que a parte demande em nome próprio na defesa de interesse alheio. A jurisprudência está pacificada no sentido de que as organizações sindicais, as entidades de classe ou as associações têm legitimação extraordinária para defender direitos e interesses coletivos de seus membros ou associados, atuando como substitutos processuais, por isso, não precisam de autorização para ingressar com a ação. A autorização expressa, aludida no artigo 5º, inciso XXI, da Lei Maior, contempla hipótese de representação e não de substituição processual. Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA. SUBSTITUTO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. DESNECESSIDADE. ENUNCIADO Nº 629 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1 - Esta Corte assentou a compreensão de que "no mandado de segurança coletivo, a legitimação ativa das associações, em razão do regime de substituição processual autônoma, dispensa a autorização expressa ou a relação nominal dos associados substituídos." (REsp nº 693.423/BA, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJU de 26/9/2005). 2 - "A impetração de mandado de

segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes" (enunciado nº 629 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). 3 - Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ. 6ª Turma. Processo nº 200702723190.Min. Paulo Gallotti. Brasília, 23 de abril de 2009)Consigno que a questão em tela restou consolidada com a nova lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/09), que estabeleceu no artigo 21, caput, ser dispensável autorização especial para impetração do mandado de segurança coletivo, desde que satisfeitos os demais requisitos legais.Contudo, como há posicionamentos dos Tribunais Superiores que exigem a previsão específica no estatuto da entidade para conferir legitimidade ativa à impetração da tutela mandamental coletiva em nome de seus associados, assinalo que o artigo 1º, inciso XII, do Estatuto Social do impetrante (fls. 42/60) prescreve como uma das finalidades e dos objetivos principais "propor medidas judiciais de natureza coletiva, na defesa dos interesses de seus associados".Logo, deixo de acolher a preliminar deduzida pela União Federal.Passo ao exame do mérito.O cerne da questão discutida cinge-se à verificação da plausibilidade da exigência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado.Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que a exação é indevida, visto que os valores são pagos em circunstâncias em que não há prestação de serviço, não configurando, portanto, hipótese de incidência da contribuição previdenciária, como prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91.As contribuições de seguridade social (saúde, previdência e assistência) contam com disciplina específica no artigo 195 da Constituição Federal, alterado pelas Emendas Constitucionais nºs 20/98 e 42/03; interessa-nos, para o caso concreto, o disposto em seu inciso I, "a", in verbis:Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (grifo nosso)I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (grifo nosso)[...]De acordo com a citada norma constitucional, a tributação ordinária para fins de seguridade social pode ser exercida mediante a instituição de contribuições por leis ordinárias ou medidas provisórias desde que presentes, nesse último caso, a relevância e a urgência. Assim, veio a lume, a Lei nº 8.212/91, que, em seu artigo 22, inciso I, disciplinou a contribuição à Seguridade Social a cargo da empresa e em seu artigo 28, I, estabeleceu o que se entende por salário-de-contribuição para empregado e

trabalhador avulso: Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa (grifo nosso).

Importante destacar que, a teor do disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional, é preciso bem definir o alcance de cada uma das normas positivas de competência tributária, não podendo ser desprezado o sentido das expressões utilizadas por tais normas, de modo que é vedado o alargamento da competência, mediante o manejo, pelo legislador infraconstitucional, dos institutos, conceitos e formas referidas no Texto Maior.

Considerando que o tema versado nos autos envolve a suposta não incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, com supedâneo no transcrito artigo 195, I, "a", CF e na Lei nº 8.212/91, torna-se relevante discorrer acerca da expressão "folha de salários" e "demais rendimentos do trabalho, pagos ou creditados, a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício", constantes do texto constitucional, a fim de que, ao ser definidos esses conceitos, bem como seu sentido, seja externado o entendimento deste Juízo acerca da matéria.

Bem, a expressão "folha de salários" pressupõe "salário", ou seja, remuneração paga a empregado, como contraprestação pelo trabalho que desenvolve em caráter não-eventual e sob a dependência do empregador. Entretanto, há uma tendência doutrinária de ampliar esse conceito, como nos ensina Amauri Mascaro Nascimento, em sua obra "Iniciação ao Direito do Trabalho" (2007, p.332): Salário é o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação do trabalho, mas, também, pelos períodos em que estiver à disposição daquele aguardando ordens, pelos

descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei. Tem-se, ainda, uma extensão do conceito dada pelo próprio texto constitucional, para compreender também os ganhos habituais do empregado a qualquer título (artigo 201, 11, CF). O Aviso Prévio, previsto no artigo 487 da CLT, é um dever que empregado e empregador têm de informar à parte contrária, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, o seu intuito de pôr um termo final ao contrato de trabalho por prazo indeterminado. O legislador admitiu uma alternativa à impossibilidade prática de concessão e cumprimento do aviso prévio em todas as rescisões, estabelecendo uma reparação pelo descumprimento do dever legal, de natureza meramente indenizatória, com significado completamente distinto de salário. Cuida-se do Aviso Prévio Indenizado. A indenização, para o Direito do Trabalho, consiste no pagamento feito ao empregado sem qualquer relação com a prestação dos serviços, não tendo natureza de remuneração. No aviso prévio indenizado, o empregado não trabalha; ele recebe de forma indenizada os trinta dias que o empregador deveria proporcionar para procurar novo emprego, mantendo seu salário. Tal verba serve para indenizar o empregado pelo término abrupto do contrato de trabalho, sem que haja trabalho nos 30 (trinta) dias subsequentes. O empregado sequer está à disposição do empregador nesse período, pois o contrato de trabalho já foi rescindido. Não há como considerar De outra parte, a expressão contida no artigo 195, I, "a", qual seja, "demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício" contempla a remuneração paga por trabalho prestado, não necessariamente salário e não em função do emprego, mas sempre decorrente do trabalho executado. E, mais uma vez, acentuo que no aviso prévio indenizado não há a contraprestação de trabalho, ao contrário, seu pressuposto é que o empregado não realize qualquer trabalho em retribuição ao pagamento a esse título. Logo, tanto a norma constitucional como os artigos 22, I e 28, I, Lei nº 8.212/91, não preveem a incidência da contribuição previdenciária sobre verbas que não tenham natureza salarial, como é o caso do aviso prévio indenizado, tratando-se de nítida situação de não-incidência, segundo a qual a regra jurídica de tributação não incide porque não se realiza a hipótese de incidência, ou seja, não se configura o seu suporte fático. Nesse cenário, a "isenção" concedida pelo artigo 214, 9º, inciso V, alínea "f", no sentido de não integrar o salário-de-contribuição, exclusivamente, o aviso prévio indenizado, e posteriormente revogada pelo Decreto nº 6.727/09, afigurava-se desnecessária, por ser, reitero-se, caso típico de não-incidência. Logo, como não existe previsão na lei para a exigência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, a referida contribuição não pode ser exigida, sob pena de afronta ao princípio da reserva legal tributária, insculpido no artigo 150, inciso I, Constituição Federal. Para sufragar o entendimento

exposto, transcrevo o acórdão abaixo:TRIBUTÁRIO: MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SUSPENSÃO DO RECOLHIMENTO. PARCELAS INDENIZATÓRIAS. NATUREZA. NÃO INCIDÊNCIA. ABONOS SALARIAIS. HABITUALIDADE. EXIGIBILIDADE. MP 1523/96 E 1596/97. LEIS 8212/91, ARTS. 22 E 28 E 9528/97. ADIN 1659-8/DF. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. I - O mandado de segurança preventivo é adequado para suspender a exigibilidade de contribuição social incidente sobre verbas de natureza indenizatória pagas aos empregados, podendo também declarar incidentalmente a inconstitucionalidade ou ilegalidade de medida provisória (MP 1523/96 e 1596/97). II - O Colendo STF suspendeu liminarmente em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 1659-8) os dispositivos previstos nas MPs 1523/96 e 1596/97, os quais cuidam da incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas indenizatórias, tendo sido revogados pela Lei de conversão 9528/97, embora a referida ADIN tenha sido julgada prejudicada por perda de objeto. III - Os pagamentos de natureza indenizatória efetuados aos empregado, como é o caso do aviso prévio indenizado e da indenização adicional prevista no artigo 9º da Lei 7238/84 (dispensa nos 30 dias que antecedem a correção geral de salários), além do abono de férias e férias indenizadas não compõem a remuneração, donde inexigível a contribuição previdenciária sobre tais verbas. Precedentes. IV - Entretanto, incorre direito líquido e certo em relação aos abonos salariais, notadamente se pagos com habitualidade, cuja natureza é salarial ou remuneratória e não indenizatória (CLT, art. 457 parágrafo 1º), como acertadamente disposto no decisum recorrido. V - De outro giro, a impetrante possui o direito líquido e certo de suspender a exigibilidade das contribuições, especialmente incidentes sobre o aviso prévio indenizado e a indenização adicional da Lei 7238/84, cuja concessão parcial do mandamus foi correta e deve ser mantida, negando-se provimento aos recursos. VI - Apelações do INSS e da impetrante e remessa oficial improvidas.(TRF 3ª Região. 2ª Turma. Processo nº 199903990633773. Rel. Des. Fed. Cecília Mello. São Paulo, 17 de abril de 2007)Ante o exposto, reconheço que os recolhimentos efetuados a título de contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado são indevidos desde a edição do Decreto nº 6.727/09, razão pela qual reputo plausível o direito do impetrante e de suas associadas à compensação nos moldes estabelecidos no artigo 74 da Lei nº 9.430/96 e Instrução Normativa SRP nº 900/08, in verbis:Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.(Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) 1o A compensação de que

trata o caput será efetuada mediante a entrega, pelo sujeito passivo, de declaração na qual constarão informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002) 2o A compensação declarada à Secretaria da Receita Federal extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 2002)Atento que aplicável à espécie a limitação imposta pelo 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.219/95. À luz da legislação pertinente à correção monetária, perfilho o entendimento de que os índices aplicáveis na compensação de tributos a partir de janeiro de 1996 correspondem à taxa SELIC (Lei nº 9.250/95), calculados a partir da data do pagamento indevido. E como a taxa SELIC já considera a desvalorização da moeda, embutindo juros e correção monetária, sua incidência exclui a aplicação de qualquer outro índice de atualização.Por fim, em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a compensação tributária é cabível após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. Inviável, portanto, a compensação tributária dos créditos a serem utilizados pelo contribuinte enquanto pendentes de discussão judicial, uma vez que à época da propositura da demanda já vigorava o referido dispositivo legal.Posto isso, com base na fundamentação expendida e por tudo o mais que dos autos consta, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para reconhecer o direito do impetrante e de suas associadas a não incluir as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado na base de cálculo das contribuições previdenciárias patronais a partir da edição do Decreto nº 6.727/09. Asseguro, ainda, a compensação dos valores indevidamente recolhidos a partir da edição do Decreto nº 6.727/09 com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil, nos moldes do artigo 74 da Lei nº 9.430/96 c.c. Instrução Normativa SRP nº 900/08, com a limitação prevista no artigo 89, 3º, Lei nº 8.212/91, atualizando-se os valores pela taxa SELIC e observando-se o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional.Cabe ao Fisco, a apuração e verificação da exatidão das importâncias compensadas (art. 150, 1º a 4º, CTN).Custas ex lege.Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/09.Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (artigo 14, 1º, Lei nº 12.016/09).