

RELATÓRIO

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (RELATOR):

Trata-se de remessa oficial e de apelações interpostas contra sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, reconhecendo, quanto aos recolhimentos não prescritos, a inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal, bem como das contribuições para o INCRA e para o FNDE, sobre as verbas pagas pela parte autora a título de aviso prévio indenizado.

Em seu apelo, suscita o INCRA a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, argumentando que cabe à Receita Federal planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais, sendo o instituto apenas beneficiário de parte do que é arrecadado a esse título.

Opõe o recorrente, ainda, a prefacial de inadequação da via eleita, na medida que a demandante não teria apresentado indício de prova ou fato que pudesse vir a demonstrar ato de coerção ou ilegalidade.

No mérito, alega que, em face da amplitude legal do conceito de remuneração para efeito da incidência da contribuição em debate, não resta dúvida de que os valores pagos diretamente pelo empregador aos empregados como **aviso prévio indenizado** incluem-se como rendimentos do trabalho, havendo, pois, de ser tributados. Pugna, então, pela reforma integral da sentença.

O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, valendo-se de iguais argumentos, suscita as mesmas preliminares aduzidas pelo INCRA. Na seara meritória, expõe também iguais razões, propugnando pela improcedência do pleito vestibular.

A Fazenda Nacional, a seu turno, recorre com base no argumento de que, com a publicação do Decreto nº 6.727/09, deixou o aviso prévio indenizado de fazer parte do rol das parcelas não integrantes do salário de contribuição.

Contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO (RELATOR):

A matéria aqui trazida diz respeito à incidência da contribuição previdenciária patronal e das contribuições ao INCRA e ao FNDE sobre o aviso prévio indenizado.

De início, verifico que o FNDE e o INCRA carecem de legitimidade passiva para figurar no presente feito, em razão de a Receita Federal ser o órgão responsável pelo recolhimento da exação incidente sobre as verbas cujo caráter indenizatório se busca ver reconhecido (TRF - 3ª R, 2ª T., AMS 342044, Relator Juiz Convocado Batista Gonçalves, e-DJF3 Judicial 1 21/03/2013).

Ressalte-se, ainda, que, embora aqueles entes sejam os destinatários das debatidas contribuições, o recolhimento do tributo está a cargo da Fazenda Nacional/Receita Federal do Brasil, contra quem, também, foi proposta a presente ação.

Preliminar acolhida.

Ultrapassado esse ponto, destaco que o tema alusivo à prescrição/decadência previsto na LC nº 118/05, que o Plenário do Col. STF, nos autos do RE 566.621/RS, em 04/08/11, examinado sob o rito do art. 543-B do Código de Processo Civil, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, considerou válido o emprego do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de sua vigência, que se iniciou em 09/06/05, reputando inconstitucional, apenas, a sua aplicação aos feitos propostos antes dessa data, tese albergada também no Eg. STJ (REsp 1.269.570/MG, submetido ao regime dos recursos repetitivos, DJe 04/06/12).

Observe-se:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA *VACATIO LEGIS* - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do

Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (Pleno, RE 566621/RS, rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11/10/11).

Assim, com relação às ações ajuizadas a partir de 09/06/05 (inclusive), há de ser reconhecida a prescrição quinquenal da pretensão de se pleitear a restituição de recolhimentos indevidos nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

In casu, acham-se fulminados pelo referido instituto os recolhimentos anteriores ao quinquênio que antecede a propositura da ação, não merecendo retoque a sentença nesse ponto, uma vez que o pedido deduzido na inicial refere-se apenas aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Quanto ao mérito propriamente dito, importa registrar que a Primeira Seção do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia ([REsp 1.230.957-RS](#), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014), assentou o entendimento de que não há incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o terço constitucional de férias gozadas ou indenizadas, o aviso prévio indenizado e a importância paga ao segurado empregado nos primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença, porquanto tais verbas ostentam natureza "compensatória/indenizatória", considerando, ainda naquele julgado, legítima a incidência da mencionada exação sobre o salário-maternidade/paternidade, dado seu caráter salarial.

Quanto à SELIC, prevista na Lei nº 9.250/95, registro que já engloba os institutos da correção monetária e dos juros de mora, pelo que, a partir de 01/01/96, termo *a quo* para a aplicação da referida taxa, não há ensejo para incidência dos juros moratórios previstos no Código Tributário Nacional, sob pena de ocorrência de *bis in idem*.

Sobre o tema, destaco julgado da Primeira Seção do STJ, na parte que interessa:

(...)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FIXAÇÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. EXECUÇÃO. INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC. OFENSA À COISA JULGADA.

1. A aplicação da taxa SELIC em fase de liquidação de sentença que fixou os juros da mora em 1% antes de 1º de janeiro de 1996 (artigo 39, parágrafo 4º, da Lei nº 9.250/95) ofende a coisa julgada, por se decompor a aludida taxa em juros reais e índice de inflação, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice.

2. Embargos de divergência rejeitados. (EREsp 200901937283, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 01/02/11)

Ressalte-se que o disposto no art. 1º-F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009 não se aplica ao presente caso, em que se discute o direito a restituição de contribuição previdenciária, espécie de gênero tributo, que chama

a incidência da regra do art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95, a qual, por ser especial em relação ao art. 1º-F da referida lei acima, deve prevalecer.

Tal entendimento, aliás, encontra-se consolidado no âmbito da própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que editou o Parecer PGFN/CAT/Nº 1929/2009, o qual consagra que *"a nova redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, promovida pelo art. 5º da Lei 11.960, de 2009, não modificou a aplicação da Taxa Selic para as repetições de indébito tributário."*

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO AO APELO DA FAZENDA NACIONAL, DOU PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL, para determinar apenas a incidência da SELIC na restituição dos valores indevidamente recolhidos e DOU PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES DO INCRA E DO FNDE, reconhecendo-lhes a ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo o feito, sem resolução de mérito, em relação aos mesmos.

Deixo de condenar a demandante em verba honorária sucumbencial no tocante ao INCRA e ao FNDE, em razão de os mencionados entes terem sido incluídos na presente demanda por determinação judicial. (ver Id nº 4058100.480004).

É como voto.

PJE 0801928-33.2014.4.05.8100

APELANTE: FAZENDA NACIONAL

APELANTE: FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA

APELADO(S): AUXÍLIO AGENCIAMENTO DE RECURSOS HUMANOS E SERVIÇOS LTDA

ADV/PROC: THIAGO RAFAEL ALVES CORSINO e outro

RELATOR: DES. FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E CONTRIBUIÇÕES AO INCRA E AO FNDE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA. RESTITUIÇÃO. DIREITO.

1. O FNDE e o INCRA carecem de legitimidade passiva para figurar no presente feito, em razão de a Fazenda Nacional/Receita Federal ser o órgão responsável pelo recolhimento da exação incidente sobre as verbas cujo caráter indenizatório se busca ver reconhecido.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso representativo da controvérsia ([REsp 1.230.957-RS](#), Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014), assentou o entendimento de que não há incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o aviso prévio indenizado e a importância paga ao segurado empregado nos primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença, porquanto tais verbas ostentam natureza

"compensatória/indenizatória", considerando, ainda naquele julgado, legítima a incidência da mencionada exação sobre o salário-maternidade/paternidade, dado seu caráter salarial.

3. O disposto no art. 1º-F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009 não se aplica ao presente caso, em que se discute o direito a restituição de contribuição previdenciária, o que chama a incidência da regra do art. 39, §4º, da Lei nº 9.250/95 (SELIC).

4. Entendimento consagrado no âmbito da própria Procuradoria da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN/CAT/Nº 1929/2009.

5. Apelação da Fazenda Nacional desprovida. Remessa oficial parcialmente provida. Apelações do INCRA e FNDE providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas,

DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial, negar provimento à apelação da Fazenda Nacional e dar provimento aos apelos do INCRA e do FNDE, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 21 de maio de 2015 (data de julgamento).

PAULO MACHADO CORDEIRO

Desembargador Federal Relator