



Consulta da Movimentação Número : 173

PROCESSO

2005.61.00.022332-2

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 18/02/2009 p/ Sentença

*** Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : B - Com mérito/Sentença homologatória/repetitiva Livro : 14

Reg.: 794/2009 Folha(s) : 268

A autora ajuíza a presente ação sob rito ordinário, inicialmente proposta em face da União Federal, objetivando a anulação do débito constante da NFLD nº 35.566.950-1 e a compensação do depósito recursal efetuado no procedimento respectivo com parcelas de tributos vencidos e vincendos administrados pela Secretaria da Receita Previdenciária. Alega que foi autuada pelo Fisco por não ter considerado na base de cálculo das contribuições previdenciárias os valores pagos aos seus empregados a título de indenização adicional no período compreendido entre janeiro de 1999 e dezembro de 2002. Aduz que opôs impugnação na instância administrativa, que não foi acolhida. Esclarece que agilizou recurso administrativo contra essa decisão, efetuando o depósito no montante de 30% (trinta por cento) do valor do débito discutido. Salaria que não logrou sucesso na interposição do recurso, ao qual foi negado provimento, daí porque foi intimada a recolher o tributo. Sustenta ser indevida a exigência tributária hostilizada, considerando que a indenização adicional fixada em convenção coletiva é paga a seus empregados por mera liberalidade, não correspondendo a ganho habitual que possa ser enquadrado no artigo 28, inciso I da Lei nº 8.212/91. Assevera que tal verba tem caráter indenizatório e só é paga por ocasião da rescisão contratual sem justa causa e desde que preenchidos determinados requisitos delineados em acordo coletivo (idade e tempo de serviço). Em razão da perda da eficácia da Medida Provisória nº 258/2005, a autora foi instada a regularizar o pólo passivo da ação, vindo o INSS a ser o demandado nesta lide. Citada, a autarquia previdenciária contesta o pedido. Defende a natureza remuneratória da verba paga a título de indenização adicional. Bate-se pela impossibilidade de acolhimento do pleito de compensação. A autora apresentou réplica. Intimadas, ambas as partes esclarecem não terem provas a produzir. Considerando o objeto versado no feito, determinou-se à autora que providenciasse a integração das entidades SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE na lide, na condição de litisconsortes passivas necessárias, o que foi atendido pela demandante (fls. 183 e 216/217). O SEBRAE contesta o pedido. Sustenta a legalidade da exigência tributária. Alega a ocorrência de prescrição quinquenal e a impossibilidade de compensação. O SENAC pugna pelo indeferimento do pleito. O SESC aponta a inépcia da inicial, o que lhe teria cerceado a defesa. Destaca que a base de cálculo da contribuição que lhe é destinada é o total da remuneração paga ao empregado, consoante o disposto nos artigos 3º do Decreto-lei nº 9.853/46 e 30 da Lei nº 8.036/90. Salaria a impossibilidade de compensação. O INCRA apresenta resposta, batendo-se pela improcedência do pedido. Suscita a ocorrência de prescrição, bem como a impossibilidade de compensação e a inaplicabilidade da Taxa SELIC e da correção monetária ao suposto indébito tributário discutido nos autos. A União Federal postula a retificação da autuação, pleiteando que seja anotado o seu nome no pólo passivo da demanda, considerando o disposto no artigo 16 da Lei nº 11.457/2007, o que foi deferido pelo Juízo, em substituição ao INSS. A autora deixou escoar in albis o prazo para apresentação de réplica no tocante às contestações ofertadas pelas entidades admitidas na lide como litisconsortes passivos necessários. Instadas as partes, a União Federal, o SESC, o SENAC e o SEBRAE esclareceram não terem provas a produzir, enquanto a autora não se manifestou sobre a necessidade de dilação probatória. O INCRA manifesta o seu desinteresse em integrar o feito, haja vista que, consoante os termos da Lei nº 11.457/2007, a defesa dos seus interesses no tocante à contribuição que lhe é destinada deve ser feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Em decorrência, o INCRA foi excluído do pólo passivo, permanecendo apenas a União Federal, o SESC, o SENAC e o SEBRAE. É o RELATÓRIO. DECIDO. A matéria debatida no feito não demanda maior dilação probatória do que aquela já verificada nos autos, impondo-se o julgamento antecipado da lide nos termos do artigo 330, inciso I, do CPC. Inicialmente, refuto as questões preliminares ventiladas nos autos. Tenho que não procede a alegação de inépcia da exordial, já que dos fatos narrados decorre logicamente o pedido, tendo a peça inicial atendido aos requisitos pertinentes. A alegação referente à impossibilidade de compensação diz com o mérito da ação e será com ele apreciada. A prejudicial de mérito

não prospera. Nessa direção, os réus aventam a ocorrência de decadência ou prescrição. Tenho que se trata, em verdade, de prescrição e nessa seara é de se registrar que a autora ajuizou a demanda a tempo. Isso porque os valores cuja restituição se requer nestes autos são aqueles atinentes ao depósito recursal efetuado pela demandante por ocasião da interposição de recurso na instância administrativa. Tal depósito - no montante de 30% (trinta por cento) da exigência tributária ora combatida - foi efetuado em 7 de julho de 2004 (fls. 83), constando dos autos notícia de sua conversão em renda quando do não provimento do mencionado recurso (fls. 89), daí porque, vindo a ação ajuizada em 3 de outubro de 2005, não se cogita da ocorrência de prescrição. Passo ao exame da matéria de fundo. Entendo que assiste razão à autora. Os débitos exigidos pelo Fisco são atinentes às competências de janeiro de 1999 a dezembro de 2002 (fls. 55). Tal é o período discutido nestes autos. Voltando os olhos para a discussão de fundo travada neste feito, entendo que tais valores não podem ser exigidos pela Administração. A autora foi autuada por não haver recolhido contribuições previdenciárias, ao RAT, ao SESC, ao SENAC, ao INCRA e ao SEBRAE incidentes sobre a verba denominada "indenização adicional" (fls. 55). Pelo que consta dos autos, a referida rubrica é paga, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, aos empregados que apresentem um determinado tempo de trabalho na empresa, conforme critérios fixados em acordos coletivos firmados entre a autora e o sindicato respectivo da categoria a qual pertencem seus empregados (fls. 55/56). A disciplina legal do salário-de-contribuição vem assim enunciada pelo artigo 28, inciso I da Lei nº 8.212/91, verbis: 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;" (grifei) Tais disposições constam também do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, que trata da contribuição a cargo da empresa, dispondo que a base de cálculo é a soma dos valores destinados a retribuir o trabalho do empregado. Tem-se, assim, que todos os valores recebidos pelo empregado ou trabalhador avulso durante o mês, que decorram estritamente da relação de trabalho mantida com o empregador ou tomador de serviços, devem compor a base de cálculo das contribuições sob debate. Tendo em mente tal panorama legislativo e voltando vistas ao caso concreto, entendo que a situação fática não se amolda à hipótese legal descrita. Isso porque a indenização adicional cogitada é paga em caráter extraordinário, repita-se, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, aos empregados que apresentem um determinado tempo de trabalho na empresa, conforme critérios fixados em acordos coletivos firmados entre a autora e o sindicato respectivo da categoria. Como se vê, a rubrica citada não se reveste de natureza de retribuição aos trabalhos prestados pelos empregados, daí porque não se submete ao pagamento das contribuições impugnadas. Pelo mesmo fundamento, refuto particularmente a alegação defendida pelo SESC no sentido de que a contribuição que lhe é destinada incide estritamente sobre a remuneração paga aos empregados, uma vez que, como se viu, a citada indenização adicional objeto de debate não apresenta tal natureza. A autora postula, ainda, seja-lhe deferida a compensação do montante pago a tal título. Tendo sido reconhecido como indevida a tributação cogitada neste feito sobre a verba denominada "indenização adicional", deve ser autorizada a compensação do respectivo montante depositado por ocasião da interposição de recurso administrativo, posteriormente convertido em renda (fls. 83 e 89). Consoante iterativa jurisprudência emanada do C. Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicada a legislação atinente à época do ajuizamento do pedido. A compensação tributária vem disciplinada no artigo 170, do Código Tributário Nacional, condicionada sua execução às "condições e garantias" estipuladas pela Lei. Com a edição da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, foi previsto o direito de compensação de maneira genérica, como se vê da redação de seu artigo 66, caput, verbis: "Nos casos de pagamento indevido ou maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes." O óbice à restituição jungido à necessidade de comprovação da não-transferência do ônus financeiro ao contribuinte de fato (repercussão econômica do tributo) não se justifica para as espécies tributárias contribuições. Isso

porque nessa espécie tributária não se há de falar em transferência ao contribuinte de fato do encargo tributário posto confundirem-se nessa relação jurídico-tributária os contribuintes de fato e de direito, dado que é calculado e recolhido de modo direto por um contribuinte, "in casu", o que postula a repetição do indébito tributário. Diversa a hipótese, por exemplo, dos tributos ICMS e IPI, em que há o destaque do valor cobrado ao contribuinte de fato (o adquirente ou consumidor de bem, de serviço ou do produto industrializado), com todas as conseqüências tributárias daí decorrentes. Sensível a essa realidade o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA vem reiteradamente afirmando o entendimento no sentido de ser incabível a exigência dessa comprovação para o efeito de postulação da compensação tributária de contribuições sociais, verbis: "TRIBUNÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. COMPENSAÇÃO. PROVA DO NÃO REPASSE AO CONTRIBUINTE DE FATO. DESNECESSIDADE. A jurisprudência desta colenda Corte consagrou o entendimento no sentido da inexistência da prova do não-repasse da contribuição em tela, para que se autorize a compensação tributária, isto porque a contribuição para a seguridade social exigida sobre os pagamentos efetuados a autônomos, avulsos e administradores não comporta, por sua natureza, transferência do respectivo ônus financeiro. Embargos de Divergência acolhidos. (ERESP 199555/DF, DJU de 24/02/2003, p. 178, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção)" TRIBUNÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. PROVA DO NÃO REPASSE AO CONTRIBUINTE DE FATO. DESNECESSIDADE. O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de não ser exigível a prova de não repercussão do ônus tributário a fim de se autorizar a compensação previdenciária sobre a remuneração paga aos administradores, autônomos e avulsos. Embargos acolhidos." (ERESP 201875/RS, DJU de 25/03/2002, p. 168, Min. Rel. Garcia Vieira, Primeira Seção) Portanto, dada a natureza das contribuições em questão não há que se falar em comprovação do não repasse ao contribuinte de fato do ônus financeiro suportado. Ademais, considerada essa situação de fato, sequer a lei poderia, como pretende a Lei 9.129/95, ao alterar a redação do artigo 89, 1º, da Lei 8.212/91, criando hipótese de todo inaplicável aos tributos ora em análise, impondo-se o reconhecimento de sua integral inaplicabilidade. Inaplicáveis, portanto, os artigos 166 do Código Tributário Nacional, 89, 1º, da Lei 8.212/91 (com redação dada pela Lei 9.129/95) e a Súmula 546 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ao caso concreto. Continuando a análise do instituto, registro que, examinando a legislação atinente à compensação, notadamente as Leis nºs. 8.212 e 8.383, ambas de 1991, o r a cada uma das contribuições individualmente consideradas. Isso porque a autora postula a compensação dos valores recolhidos com outros tributos e contribuições de natureza previdenciária, ao passo em que algumas das exações questionadas nos autos, não obstante tenham sido arrecadadas pelo INSS, foram prontamente repassadas a terceiras entidades, tendo retido aquela autarquia tão-só uma parcela pela atividade arrecadadora; porém não administrava, contudo, esses recursos, tampouco contava com eles em seu orçamento. Tendo em consideração essa premissa e levando em conta o que prevê o novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 368 ("Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem"), percebe-se, pela redação clara da lei, que há exigência de que as pessoas, credor e devedor, guardem entre si a relação de débito crédito de modo direto, sendo impossível que se traga para a satisfação da obrigação terceiro estranho à relação jurídico-obrigacional, como ocorre com o INSS in casu. Esse raciocínio é de clareza evidente, posto que se de pessoas distintas se trata, o exercício da compensação não pode ser levado a cabo com a conseqüente extinção da obrigação. Assim, a compensação deve ser efetuada entre débitos e créditos da mesma natureza, compensando-se as contribuições previdenciárias entre si, bem como cada um dos tributos destinados a terceiros (INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE) com parcelas da mesma e estrita espécie, individualmente consideradas. No tocante às limitações impostas pelo artigo 89, da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pelas Leis 9.032 e 9.129, ambas de 1995 (quanto à compensação restrita a 25% e 30%, em cada competência), entendo que as mesmas somente se aplicarão para a compensação dos recolhimentos indevidamente efetuados a partir de sua vigência. Considerando que o pagamento cuja compensação se requer foi efetuado em 2004 (fls. 83), as limitações são aplicáveis. A Primeira Seção do C. STJ já firmou orientação em tal sentido, como se vê do precedente que transcrevo: "TRIBUNÁRIO - COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA - LIMITAÇÃO LEGAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. As limitações das Leis ns. 9.032/95 e 9.129/95 só

incidem a partir da data de sua vigência.2. Os recolhimentos indevidos efetuados até a data da publicação das leis em referência não sofrem limitações .3. Embargos de divergência rejeitados.(EREsp 164.739/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, in DJU de 12.02.2001, p. 91). O montante devido será corrigido pela variação da Taxa SELIC, compreensiva de juros e correção monetária, consoante o que dispõe a Lei nº 9.250/95 c.c. o artigo 406 do novo Código Civil.Face ao exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para o efeito de a) anular o crédito tributário consubstanciado na NFLD nº 35.566.950-1 e, por conseguinte, b) declarar o direito da autora de efetuar a compensação do montante recolhido por ocasião do oferecimento de recurso administrativo naquele procedimento (fls. 83), já convertido em renda quando do não provimento do mencionado recurso (fls. 89), consoante critérios e diretrizes acima delineados.CONDENO os requeridos ao pagamento de custas processuais em reembolso e verba honorária, esta fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigido quando do efetivo pagamento, a ser rateado entre os réus, o que faço com fulcro no disposto no artigo 20, 4º do Código de Processo Civil.P.R.I.São Paulo, 10 de setembro de 2009.

Disponibilização D.Eletrônico de sentença em 17/09/2009 ,pag 1000/1031