



Número: **5000801-84.2016.4.03.6130**

Classe: **MANDADO DE SEGURANÇA**

Órgão julgador: **1^a Vara Federal de Osasco**

Última distribuição : **24/11/2016**

Valor da causa: **R\$ 10.000,00**

Assuntos: **Salário-Educação, Contribuição INCRA, Contribuições para o SEBRAE, SESC, SENAC, SENAI e outros, Contribuições Previdenciárias, Gratificação Natalina/13º Salário, 1/3 de férias, Salário-Maternidade**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
SUPERMERCADO VAZAME LTDA (IMPETRANTE)	JONATAS SEVERIANO DA SILVA (ADVOGADO)
Delegado da Delegacia Especial de Administração Tributária (IMPETRADO)	
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (IMPETRADO)	
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL (IMPETRADO)	
DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM OSASCO (IMPETRADO)	
Ministério Público Federal (FISCAL DA LEI)	

Documentos		
Id.	Data da Assinatura	Documento
47866 11	19/03/2018 17:10	<u>Sentença</u>



MANDADO DE SEGURANÇA (120) Nº 5000801-84.2016.4.03.6130 / 1ª Vara Federal de Osasco

IMPETRANTE: SUPERMERCADO VAZAME LTDA

Advogado do(a) IMPETRANTE: JONATAS SEVERIANO DA SILVA - SP273842

IMPETRADO: DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTARIA,
UNIAO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

S E N T E N Ç A

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar impetrado postulando provimento jurisdicional para o fim de suspender a exigibilidade dos créditos tributários referentes às contribuições previdenciárias (previstas no inciso I do artigo 22 da Lei nº 8.212/91) incidentes sobre as verbas a saber: i) auxílio-doença e acidente (durante os primeiros 30 dias); ii) férias indenizadas; iii) terço constitucional de férias; e iv) aviso prévio indenizado, até decisão final da lide, nos termos do artigo 151, inciso, IV, do CTN.

Sustenta a empresa impetrante, em síntese, que não deve ser mais compelida ao recolhimento da contribuição social previdenciária sobre tais verbas, uma vez que tais valores possuem natureza indenizatória ou de cunho social, e, portanto, não devem ser considerados no cálculo da contribuição previdenciária, nos termos do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal.

Com a inicial foram juntados documentos aos autos digitais.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente ID 438957.

A autoridade impetrada prestou informações (ID 1155864).

A União manifestou seu interesse em ingressar no feito (ID 137876).

O Ministério Público Federal apresentou parecer (ID 1812015).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.



O artigo 195, I, “a”, da Constituição Federal dispõe que a Seguridade Social será financiada pelas contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho a qualquer título.

O art. 28 e parágrafos da Lei n. 8.212/91 delimita o sentido jurídico-econômico do que seja “rendimentos do trabalho”, estabelecendo, em linhas gerais, em seu inciso I, o conceito de “salário de contribuição”, cujo contorno serve à materialidade das contribuições previdenciárias em caso de relação empregatícia, muito embora as contribuições a cargo da empresa tenham tratamento específico no art. 22 e parágrafos da Lei de Custo da Seguridade Social.

Quanto ao aspecto material de incidência, extrai-se do referido dispositivo legal, em simetria com a norma constitucional acima transcrita, que as contribuições recaem sobre verbas salariais de natureza remuneratória, quais sejam, aquelas “destinadas a retribuir o trabalho”, excluindo da incidência as rubricas trabalhistas pagas a título de indenização ou compensação, assim entendidas como os gastos especiais desembolsados pelo empregado em razão do trabalho ou a perda do poder aquisitivo relacionada direta ou indiretamente com o vínculo empregatício.

Confira-se o teor do dispositivo legal:

“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;” (Redação dada pela [Lei nº 9.528, de 10/12/97](#))

Cabe apreciar a incidência contributiva das verbas pagas anunciadas na petição inicial, verificando a legitimidade da exigência fiscal.

I - SALÁRIO FAMÍLIA

No que diz respeito ao **salário família**, não há incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos empregados a título de “salário família” em virtude do caráter previdenciário e não salarial dessas verbas. (TRF-1, AC 2007.34.00.018064-0/DF, Relator Desembargador Federal Leomar Amorim, Oitava Turma, e-DFJ1 p.344, de 2011/2009)

II - FÉRIAS INDENIZADAS E TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS

No que diz respeito ao pagamento de **férias indenizadas**, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, dada a sua nítida natureza reparatória do direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, forçoso convir a não incidência de contribuições previdenciárias sobre tais verbas indenizatórias, a teor do que dispõem o art. 28, §9º., letra “d”, da Lei 8.212/91, §9º., V, letra “m”, do Decreto 3084/99, e a Súmula n. 386 do STJ.

No que tange ao adicional de **1/3 (um terço) da remuneração das férias**, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o terço constitucional tem a função de compensar o trabalhador durante o exercício do seu direito constitucional de férias, constituindo-se em parcela equiparável à indenizatória, como se extrai do julgado abaixo:



“O Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos, firmou entendimento no sentido da não incidência de contribuição social sobre o adicional de um terço (1/3), a que se refere o art. 7º, XVII, da Constituição Federal. Precedentes.” (RE 587.941-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-9-2008, Segunda Turma, DJE de 21-11-2008.) No mesmo sentido: AI 710.361-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 7-4-2009, Primeira Turma, DJE de 8-5-2009.

Esse entendimento passou a ser adotado também pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se o seguinte julgado:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO.

- 1. A Primeira Seção do STJ considerava legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.*
- 2. Entendimento diverso foi firmado pelo STF, a partir da compreensão da natureza jurídica do terço constitucional de férias, considerado como verba compensatória e não incorporável à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.*
- 3. Realinhamento da jurisprudência do STJ, adequando-se à posição sedimentada no Pretório Excelso, no sentido de que não incide Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias, dada a natureza indenizatória dessa verba. Precedentes: EREsp 956.289/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10/11/2009; Pet 7.296/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 10/11/2009.*
- 4. Agravo regimental não provido.*

(AgRg no AgRg no REsp 1123792/DF, Rel. Min. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/03/2010)”

III - AVISO PRÉVIO INDENIZADO

No tocante ao **aviso prévio indenizado**, este não se enquadra como parcela remuneratória, destinada a retribuir o trabalho do empregado, dado o seu caráter indenizatório e a falta de habitualidade do pagamento, como, aliás, dispõe o artigo 28, I, e o §9º, “e”, 7, da Lei nº 8.212/91, uma vez que, por ter a função de compensação pelos prejuízos decorrentes da perda do emprego e da estabilidade, destinam-se a garantir um mínimo vital de subsistência, durante um período suficiente para a recolocação no mercado de trabalho.

Nesse sentido, segue transcrito trecho do julgamento da matéria pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“O valor pago a título de indenização em razão da ausência de aviso prévio tem o intuito de reparar o dano causado ao trabalhador que não fora comunicado sobre a futura rescisão de seu contrato de trabalho com a antecedência mínima estipulada na CLT, bem como não pôde usufruir da redução na jornada de trabalho a que teria direito (arts. 487 e seguintes da CLT). Assim, por não se tratar de verba salarial, não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado (Precedente da Segunda Turma: REsp 1.198.964/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 02.09.2010, DJe 04.10.2010).

(STJ; EEARES 200702808713; EEARES 1010119; Rel. LUIZ FUX; PRIMEIRA TURMA; DJE:24/02/2011)”.



IV - AUXÍLIO-DOENÇA e AUXÍLIO- ACIDENTE

No tocante ao pagamento dos **15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado, por motivo de doença ou acidente**, trata-se de um benefício legal em que não existe contraprestação de trabalho, nem pode ser considerado como falta justificada, razão pela qual a verba paga a esse título não configura salário, cabendo ser afastada a incidência da contribuição à Previdência Social, também nesse caso.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MERAS CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO INCIDÊNCIA.

(*AgRg no REsp 1187282 / MT – Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, v.u., DJe 18/06/2010, Julgamento 08/06/2010*)

(...)

Está assentado na jurisprudência desta Corte que os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.

(*STJ; Processo 201001374671; RESP - RECURSO ESPECIAL 1203180; Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; SEGUNDA TURMA; v.u.; DJE:28/10/2010*)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA E TERÇO DE FÉRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário, nem tampouco sobre o terço constitucional de férias. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

No tocante ao prazo de 30 dias, esclareço que a [Lei nº 13.135/15](#), resultado legal da conversão da MP 664/14, editada em dezembro de 2014, dentre as diversas alterações, havia estabelecido que o período que as empresas deveriam pagar o salário aos empregados em caso de afastamento por incapacidade, havia passado de 15 dias para 30 dias.

Contudo, a nova lei não ratificou a alteração praticada de modo provisório na MP 664/14. Desta forma, prevalece o disposto nos artigos 43 e 60 da [Lei 8.213/91](#), ou seja, o prazo de 15 dias para as empresas assegurarem o pagamento aos empregados que se afastarem por incapacidade.



Quanto ao alegado ***direito de compensação e/ou restituição tributária***, decorre ele naturalmente do recolhimento indevido ou a maior de *contribuições previdenciárias patronais*, destinadas à conta da Seguridade Social, entre elas aquelas que incidiram sobre verbas de caráter indenizatório expressamente reconhecidas nesta sentença.

Em primeiro lugar, aplica-se ao pedido de compensação e/ou restituição tributária o prazo prescricional de 05 (cinco) anos previsto no art. 168, I, do Código Tributário Nacional, cujo preceito alcança as contribuições previdenciárias em geral, nos termos da Súmula Vinculante n. 08 do STF.

Assim, o requerimento de compensação tributária segue os mesmos princípios e regras do pedido de restituição, dada a natureza repetitória presente em ambos os institutos jurídicos.

Em segundo lugar, inaugurada a nova interpretação da norma tributária pelo art. 3º. da LC 118/05, pelo qual a “extinção do crédito tributário”, no lançamento por homologação, ocorre a partir do pagamento indevido, e não da homologação expressa ou tácita, firmou-se o entendimento no Supremo Tribunal Federal de que o prazo prescricional das ações de repetição de indébito tributário é de **05 (cinco) anos da data do recolhimento indevido, quando o pedido de restituição ou compensação tenha sido formulado após a vigência da referida Lei Complementar**. (STF, RE 566.621/RS, rel Min. Ellen Gracie, j. 4.8.11).

Sendo assim, considero que o pedido de compensação e/ou restituição tributária dos valores indevidamente recolhidos restringe-se aos últimos 05 (cinco) anos contados da propositura da ação.

Não há que se falar em ausência de condições para a realização da compensação e/ou restituição, pois a demandante não pretende que o encontro de contas se realize nestes autos, mas tão-somente que seja reconhecido o seu direito à realização da compensação administrativa dos créditos acumulados em virtude do recolhimento de contribuições previdenciárias patronais calculadas sobre verbas de caráter indenizatório.

A Súmula 213 do Colendo Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento da possibilidade de declaração ao direito de compensação tributária em sentença mandamental, “*in verbis*”:

“O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

Outrossim, a teor do que determina o artigo 170-A do Código Tributário Nacional, a realização da apuração e a compensação e/ou restituição dos valores pagos indevidamente ou a maior somente podem ser realizadas após o trânsito em julgado da presente decisão, devendo se efetivar nos termos do art. 89 e parágrafos da Lei 8.212/91, cabendo ressaltar que a lei aplicável à compensação e/ou restituição é a vigente na data do encontro entre débitos e créditos a serem compensados.

Todavia, considero inviável a compensação tributária de créditos originados de recolhimentos indevidos nos últimos 05 (cinco) anos das *contribuições parafiscais devidas a entidades terceiras* (cota patronal destinada a terceiros), que incidiram sobre as verbas indenizatórias tratadas na presente decisão, com os débitos oriundos das contribuições previdenciárias patronais (destinadas à Seguridade Social), por se tratar de contribuições com destinatários absolutamente diversos, restando viabilizada apenas a restituição tributária das contribuições destinadas a terceiros, nos moldes do art. 2º., §3º., da IN RFB n. 900/2008. Nesse sentido: STJ, REsp 678.507/SC, rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ 25/04/2005.

Sendo assim, impõe-se a procedência parcial do pedido de compensação, restrito apenas à incidência das discutidas contribuições previdenciárias (cota patronal destinada à Seguridade Social) recolhidas nos 05 (cinco) anos anteriores à data da impetração, mediante a aplicação do art.170-A do Código Tributário



Nacional e do art. 89 e parágrafos da Lei 8.212/91, cujos créditos deverão ser atualizados de acordo com a taxa SELIC a partir dos recolhimentos indevidos.

Posto isso, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados da inicial e **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para determinar à autoridade impetrada, ou quem lhe faça as vezes, que se abstenha de exigir da impetrante as contribuições previdenciárias patronais e contribuições sociais destinadas a terceiros, devidas pela impetrante e tratadas no art. 22, incisos I e II da Lei n. 8.212/91, incidentes sobre: a) **salário família**, b) **férias indenizadas** e respectivo **terço constitucional de férias**, c) **aviso prévio indenizado**, e d) os quinze primeiros dias de afastamento antes da concessão de **auxílio-doença em razão de enfermidade ou acidente**, nos limites estabelecidos no art. 28, § 9º, alíneas “i” e “t”, da Lei nº 8212/91.

Por conseguinte, declaro a **resolução do mérito**, nos termos do **artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil**.

Após o trânsito em julgado, autorizo a compensação e/ou restituição tributária dos **valores recolhidos nos últimos 05 (cinco) anos** anteriores ao ajuizamento do presente *mandamus* (**24/11/2016**), correspondentes às contribuições previdenciárias (cota patronal) que incidiram sobre: a) **salário família**, b) **férias indenizadas** e respectivo **terço constitucional de férias**, c) **aviso prévio indenizado**, e d) os quinze primeiros dias de afastamento antes da concessão de **auxílio-doença em razão de enfermidade ou acidente**, nos limites estabelecidos no art. 28, § 9º, alíneas “i” e “t”, da Lei nº 8212/91, com outros créditos tributários vencidos e vincendos de titularidade da impetrante, nos termos do artigo 89 e parágrafos da Lei 8.212/91 e do artigo 26, Parágrafo único, da Lei 11.457/07, com incidência da taxa SELIC a partir dos respectivos recolhimentos indevidos, na forma da fundamentação.

Indevidos honorários advocatícios na espécie, consoante o art. 25 da Lei n. 12.016/09.

Custas “ex lege”.

Sentença sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição (art. 14, § 1º, Lei nº 12.016/2009). Decorrido “in albis” o prazo de interposição de recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Publique-se. Intime-se.

OSASCO, 19 de março de 2018.

