

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.00.006276-3/SC

D.E.

Publicado em 28/01/2010

RELATORA : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND/ DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS ABIMAQ
ADVOGADO : Carlos Antonio Peña e outro
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 01A VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

Estão a salvo da incidência da contribuição previdenciária as verbas referentes ao aviso prévio indenizado.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2009.

Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Relatora**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3199766v2** e, se solicitado, do código CRC **FB947757**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUCIANE AMARAL CORREA MUNCH:55

Nº de Série do Certificado: 4435C180

Data e Hora: 16/12/2009 13:15:31

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.00.006276-3/SC

RELATORA : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND/ DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS ABIMAQ
ADVOGADO : Carlos Antonio Peña e outro
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 01A VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ABIMAQ - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS objetivando afastar a cobrança da contribuição previdenciária incidente sobre o valor pago a título de aviso prévio indenizado.

Sobreveio a sentença concessiva de segurança. Honorários advocatícios incabíveis, conforme o disposto nas Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

A UNIÃO apela. Discorre acerca da natureza jurídica do aviso prévio indenizado afastando qualquer cunho indenizatório a tal verba diante da ausência de dano, bem como acerca dos princípios constitucionais regentes ao tema. Sustentou que o aviso prévio indenizado possui caráter salarial e, não havendo incidência da contribuição previdenciária, haveria violação aos princípios constitucionais da solidariedade e do caráter contributivo da previdência social. Aduziu que a norma isentiva tem caráter excepcional, necessitando de texto expresso de lei, não podendo ser presumida.

Com contrarrazões, subiram os autos, também para o re-exame necessário.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo desprovimento da apelação e da remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente

Da prescrição

Para as demandas ajuizadas até 08-06-2005, inclusive, o prazo prescricional de cinco anos para postular a restituição/compensação de créditos tributários começa a fluir

somente após a extinção definitiva do respectivo crédito (art. 168, I, do CTN) que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se dá pela homologação fiscal - expressa ou tácita - do recolhimento antecipado pelo contribuinte. Se não houver manifestação expressa, presume-se tacitamente homologado o pagamento (e, portanto, extinto o crédito tributário) após cinco anos "a contar da ocorrência do fato gerador" (art. 150, § 4º, CTN). Assim, o contribuinte que recolheu exaço indevidamente, ou a maior, tem dez anos para repetir o indébito, contados do fato gerador se a homologação for tácita. Se esta for expressa, terá cinco anos contados da homologação do lançamento.

Para as ações ajuizadas após 08.06.2005 - porquanto a Seção de Direito Público do STJ, no RE n.º 327.043/DF, DJ de 10.10.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC 118/2005 às ações ajuizadas até o término da *vacatio legis* de 120 dias - embora o prazo prescricional de cinco anos continue a fluir da extinção do crédito tributário, esta, por força do referido art. 3º da LC 118/2005, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN. A propósito, EREsp 462.446/MA, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 24.10.2005.

É de ser observado, também, que a Corte Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966-Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 (II nº 2004.72.05.003494-7, Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, unânime, julgada em 16-11-2006).

No caso dos autos, como a ação foi proposta em 08/05/2009, aplica-se o preceito contido no art. 3º da LC n.º 118/05, restando prescritas as parcelas relativas aos pagamentos efetuados antes de 08/05/2004.

Do mérito:

A Lei nº 8.212/91 excluía expressamente o aviso prévio indenizado do salário-de-contribuição:

"Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

....

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição:

...

e) a importância recebida a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas, indenização por tempo de serviço e indenização a que se refere o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984."

Posteriormente a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, revogou tal dispositivo.

No entanto, a exclusão ainda permaneceu no ordenamento em face do contido no Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999:

"Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

...

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

...

V - as importâncias recebidas a título de:

...

f) aviso prévio indenizado;"

Em 12/01/2009, sobreveio o Decreto nº 6.727, que revogou a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto nº 3.048/1999. Assim, deixou de haver no ordenamento jurídico previsão expressa para a exclusão do aviso prévio indenizado do salário-de-contribuição.

Entretanto, entendo seja indevida a incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio, diante da sua natureza indenizatória.

Neste mesmo sentido, colaciono os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. ADICIONAL CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. MEDIDA PROVISÓRIA NÃO-CONVERTIDA EM LEI. COMPENSAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC. 1. A redação originária do art. 22, § 2º, e do art. 28, §§ 8º e 9º, da Lei nº 8.212/91, permaneceu aplicável até 10/11/97, uma vez que a MP nº 1.523-8, que os alterou, não foi convertida em lei, perdendo eficácia ex tunc. O abono de férias a que se referem os arts. 143 e 144 da CLT e as importâncias recebidas a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas e indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238/84, portanto, não integram o salário-de-contribuição. 2. Sendo eliminada do ordenamento jurídico a alínea b do § 8º do art. 28, vetada quando houve a conversão da MP nº 1.596-14 na Lei nº 9.528/97, é indubitoso que a indenização por demissão nos 30 dias que antecedem o dissídio coletivo e o abono de férias, nos termos dos arts. 143 e 144 da CLT, não possuem natureza salarial, não integrando o salário-de-contribuição. 3. Considerando que o adicional constitucional possui a mesma natureza da remuneração de férias, não integra o salário-de-contribuição apenas quando as férias forem indenizadas. 4. O aviso prévio indenizado não se enquadra como salário, porque a dispensa de cumprimento do aviso objetiva disponibilizar mais tempo ao empregado para a procura de novo emprego. Em razão de sua eventualidade, também ajusta-se à previsão do item 7 da alínea e do § 9º do art. 28, não devendo integrar o salário-de-contribuição. 5. A compensação somente poderá ser realizada após o trânsito em julgado. 6. Não se aplica à exigência de comprovação do não-repasse do ônus financeiro do tributo ao custo do bem ou serviço às contribuições sociais, nas quais há somente um contribuinte, que as recolhe e as suporta em definitivo, sem que se cogite a transferência do encargo, do ponto de vista jurídico, a outrem. 7. A partir de 01/01/96, deve ser computada somente a taxa SELIC, excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95). (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.72.01.000273-2, 1ª Turma, Juiz Federal Joel Ilan Paciornik, D.J.U. 21/06/2006)

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA OU ACIDENTE. PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AFASTAMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE. SALÁRIO-MATERNIDADE. FÉRIAS GOZADAS E RESPECTIVO 1/3. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ADICIONAL NOTURNO. HORA-EXTRA. AVISO PRÉVIO. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. Tratando-se de ação ajuizada após o término da vacatio legis da LC nº 118/05 (ou seja, após 08-06-2005), objetivando a restituição ou compensação de tributos que, sujeitos a lançamento por homologação, foram recolhidos indevidamente, o prazo para o pleito é de cinco anos, a contar da data do pagamento antecipado do tributo, na forma do art. 150, § 1º e 168, inciso I, ambos do CTN, c/c art. 3º da LC nº 118/05. (...) 7. O aviso-prévio indenizado sendo verba indenizatória, paga em virtude de rescisão contratual, não está sujeita a incidência de contribuição previdenciária. (...). (TRF4, AC 2008.70.03.004819-0, Segunda Turma, Relatora Vânia Hack de Almeida, D.E. 21/10/2009)

Assim, estão a salvo da incidência da contribuição previdenciária as verbas referentes ao aviso prévio indenizado. Merece confirmação, portanto, o julgado.

Prequestionamento

Saliento, por fim, que o enfrentamento das questões apontadas em grau de recurso, bem como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias Superiores os dispositivos que as embasam. Deixo de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado. Dessa forma, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão-somente para este fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (artigo 538 do CPC).

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial.

Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, Relatora**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3199765v2** e, se solicitado, do código CRC **B3DBFD61**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): LUCIANE AMARAL CORREA MUNCH:55

Nº de Série do Certificado: 4435C180

Data e Hora: 16/12/2009 13:15:28

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 15/12/2009

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2009.72.00.006276-3/SC
ORIGEM: SC 200972000062763

RELATOR : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
PRESIDENTE : LUCIANE AMARAL CORREA MÜNCH
PROCURADOR : Dr(a) PITTA MARINHO
APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
ADVOGADO : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
APELADO : ASSOCIACAO BRASILEIRA DA IND/ DE MAQUINAS E EQUIPAMENTOS ABIMAQ
ADVOGADO : Carlos Antonio Peña e outro
REMETENTE : JUÍZO FEDERAL DA 01A VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 15/12/2009, na seqüência 51, disponibilizada no DE de 09/12/2009, da qual foi intimado(a) UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL), o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 2ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À

APELAÇÃO E À REMESSA OFICIAL.

RELATOR
ACÓRDÃO : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
VOTANTE(S) : Des. Federal LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH
: Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA
: Juiza Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA

MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA
Diretora de Secretaria

Documento eletrônico assinado digitalmente por **MARIA CECÍLIA DRESCH DA SILVEIRA, Diretora de Secretaria**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3229563v1** e, se solicitado, do código CRC **ABFBCCE7**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARIA CECILIA DRESCH DA SILVEIRA:10657
Nº de Série do Certificado: 44363483
Data e Hora: 18/12/2009 14:07:51
