

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2007.70.00.002711-7/PR**D.E.**

RELATOR : Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA

APELANTE : SINDICATO DOS TRABALHADORES NA CAPTACAO PURIFICACAO TRATAMENTO E DIST/ DE AGUA E CAPTACAO TRATAMENTO E SERVICOS EM ESGOTO E MEIO AMBIENTE DE CASCAVEL E REGIOES OESTE E SUDOESTE DO PARANA - SAEMAC

ADVOGADO : Araripe Serpa Gomes Pereira

APELANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

ADVOGADO : Simone Anacleto Lopes

APELADO : (Os mesmos)

REMETENTE : JUÍZO SUBSTITUTO DA 02A VF DE CURITIBA

Publicado em 19/11/2008

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. IRPF. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. FÉRIAS E RESPECTIVOS TERÇO CONSTITUCIONAL. VERBAS INDENIZATÓRIAS. RETIFICAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL. DESNECESSIDADE.

1. Dispõe o contribuinte do prazo de dez anos retroativos ao ajuizamento das ações intentadas até 08.06.2005 para postular a restituição do indébito, a contar do fato gerador, cinco dos quais relativos à homologação tácita dos tributos sujeitos a essa modalidade de lançamento (art. 150, § 4º, do CTN) e cinco de prazo prescricional propriamente dito (art. 168, I, do CTN), afastadas as disposições da LC 118/2005.

2. Proposta a ação após 09.06.2005, submete-se a prescrição quinquenal às novas disposições introduzidas pela LC 118/2005, sendo esta a hipótese dos autos.

3. Não incide o imposto de renda sobre as verbas indenizatórias, tais como as férias não usufruídas (abono pecuniário), tanto as proporcionais como o 1/3 constitucional de férias.

4. Desnecessária a retificação da declaração de ajuste do imposto de renda, visto que se procede a execução por liquidação de sentença e a restituição mediante precatório ou requisição de pequeno valor, facultada a possibilidade de escolha pela compensação, a critério do contribuinte.

5. Caso se configure excesso de execução, decorrente da compensação ou restituição dos valores relativos ao título judicial, admite-se a invocação de tal matéria em embargos à execução.

6. Verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação, a ser atualizado pelo IPCA-E, de acordo com os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC e com o paradigma desta turma.

7. Apelações e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a

Egrégia 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento às apelações a à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de novembro de 2008.

Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA

Relator

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 2007.70.00.002711-7/PR

RELATOR : **Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA**
SINDICATO DOS TRABALHADORES NA CAPTACAO PURIFICACAO TRATAMENTO E DIST/ DE AGUA E CAPTACAO
APELANTE : **TRATAMENTO E SERVICOS EM ESGOTO E MEIO AMBIENTE DE CASCAVEL E REGIOES OESTE E SUDOESTE DO PARANA - SAEMAC**
ADVOGADO : **Araripe Serpa Gomes Pereira**
APELANTE : **UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)**
ADVOGADO : **Simone Anacleto Lopes**
APELADO : **(Os mesmos)**
REMETENTE : **JUÍZO SUBSTITUTO DA 02A VF DE CURITIBA**

RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária objetivando afastar a incidência do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de férias indenizadas e seus respectivos terços, bem como a restituição dos valores indevidamente recolhidos.

Foi atribuído à causa o valor de R\$ 22.000,00.

A sentença reconheceu a prescrição decenal e julgou procedente a pretensão do autor, condenando a requerida a restituir os valores recolhidos a título de imposto de renda sobre férias indenizadas e seu respectivo terço constitucional, no período compreendido entre 12/02/1997 a 28/04/2005, corrigidos pelo IPCA-E entre a data da retenção indevida e o trânsito em julgado da demanda e, a partir de então, pela SELIC, até a data da expedição do precatório/RPV. Condenou a União ao ressarcimento das custas judiciais e pagamento dos honorários advocatícios fixados em R\$ 2.200,00.

Em suas razões de apelação, a União sustenta, em síntese: a) deve ser reconhecido o prazo quinquenal de decadência, atingindo os pagamentos efetuados há mais de cinco anos contados do ajuizamento da ação; b) a verba referente ao terço constitucional seria paga independentemente de as férias terem sido ou não gozadas e indenizadas, constituindo, portanto, nítido acréscimo patrimonial, sujeito à incidência do imposto de renda; c) deve ser considerado o ajuste anual quando da liquidação do julgado. Requer a reforma da sentença.

A parte autora, por sua vez, requer a majoração dos honorários advocatícios para

20% sobre o valor da condenação.

Com contra-razões, vieram os autos a esta Corte para julgamento.

É o relatório. Peço pauta.

VOTO

Prescrição/Decadência

Os tributos sujeitos a lançamento por homologação atribuem ao contribuinte o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa. Não ocorrendo a homologação expressa do lançamento, considera-se homologado tacitamente e extinto definitivamente o crédito no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). A extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando esta não se efetiva de forma expressa, só ocorre após o transcurso do prazo de cinco anos (art. 168, I, do CTN), contados da data da homologação tácita, entendimento este respaldado pela massiva jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça - STJ, consubstanciada no REsp nº 312199/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17/11/03, pg. 243, para as ações ajuizadas até 08 de junho de 2005. Explicito que o Decreto 20.910/32, norma de caráter geral, não se aplica na hipótese dos autos.

A Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, mais especificamente no seu art. 3º, dispõe claramente que o prazo prescricional fixado no art. 168, I, do CTN começa a fluir a partir da data do pagamento antecipado previsto no art. 150, *caput* e seu § 1º, do CTN, nas seguintes letras:

"Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei."

Significa, na prática, a redução para cinco anos do prazo para o contribuinte pleitear o indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação, suplantando a construção jurisprudencial pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça da necessidade do decurso de cinco anos a partir do fato gerador para a homologação tácita do lançamento (CTN, art. 150, § 1º) e mais cinco anos para postular a restituição (CTN, art. 168, I).

Todavia, o art. 4º da LC 118/2005 previu expressamente um período de 120 (cento e vinte) dias de *vacatio legis* após sua publicação, passou a ter vigência, portanto, a partir de 09 de junho de 2005. O artigo 4º tem a seguinte redação:

"Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional."

No caso concreto, considerando que este feito foi ajuizado em 12/02/2007, aplica-se à hipótese a nova regra de contagem do prazo prescricional de indébito tributário instituída pela LC nº 118/2005, pelo que se encontram prescritas as parcelas

anteriores a 12/02/2002.

Férias Indenizadas

O tema referente às verbas relativas às férias indenizadas, nelas compreendido o abono pecuniário não gozados, não suscita mais discussão. Tais parcelas não estão sujeitas à incidência do imposto de renda. Mesmo que o contribuinte tenha recebido apenas o abono pecuniário de férias, sobre esta parcela não incide o imposto de renda, pela singela razão de se tratar de parte do período de férias a que teria direito, do qual abriu mão e foi indenizado por conveniência do serviço, nos termos da jurisprudência consolidada sobre o art. 143 da CLT. Se todo o período de trinta dias de férias é passível de indenização, qualquer parcela dele também o será.

Esse entendimento encontra-se pacificado, estando inclusive sumulado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 125:

"O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço, não está sujeito à incidência do imposto de renda ."

Súmula nº 136:

"O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda ."

Considerando-se que as férias (abono pecuniário) e a licença-prêmio não foram gozadas e sim substituídas por dinheiro, no interesse da entidade empregadora, está configurada a indenização. Colaciono jurisprudência que expressa o entendimento da Primeira Turma:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA . FÉRIAS , LICENÇA-PRÊMIO E AUSÊNCIAS LEGALMENTE PERMITIDAS. CONVERSÃO EM PECÚNIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. FATO GERADOR DO IR NÃO CONFIGURADO. COMPENSAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Se o direito a férias ou à licença-prêmio não for usufruído, seja por necessidade de serviço, seja por opção do empregado, o pagamento correspondente objetiva apenas compensar o dano ocasionado pela perda do direito de legalmente ausentar-se do trabalho. Há um direito do servidor que gera um dever jurídico correlato do empregador; se esse direito não foi satisfeito na forma, modo e tempo estabelecidos, as importâncias equivalentes visam simplesmente a recompor o patrimônio jurídico lesado, inexistindo o acréscimo de riqueza nova, imprescindível à caracterização do fato gerador do imposto de renda .

2. Não cabe exigir prova de que a conversão em pecúnia ocorreu por necessidade de serviço, porque, não obstante a opção do servidor, o empregador poderia não concordar e determinar a fruição do afastamento.

3. Não sendo exercidas as ausências permitidas por interesse particular - APIP's na forma prevista em lei, a verba correspondente tem natureza indenizatória

4. O abono de férias de que trata o art. 143 da CLT não representa acréscimo patrimonial, não incidindo imposto de renda .

5. Cuidando-se de tributo objeto de contestação judicial, para que a compensação tenha o condão de operar a extinção do crédito tributário, deve ser efetivada depois do trânsito em julgado da decisão. 6. A correção monetária deve incidir sobre os valores pagos indevidamente desde a data do pagamento, sendo aplicável a UFIR (jan/92 a dez/95). 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)".

(TRF - Quarta Região, AC nº 2001.71.00.025134-0/RS, Primeira Turma, Rel. Wellington M de Almeida, j. 20/08/2003, DJ 10/09/2003)

Terço Constitucional de Férias

Quanto ao adicional de 1/3 (um terço) constitucional das férias, previsto no art. 7º,

XVII, da CF/88, tanto vencidas como proporcionais, aplica-se a regra de que o acessório segue o principal. Se houve o efetivo gozo das férias, a natureza do adicional é salarial. Mas quando as férias forem indenizadas, essa verba também assume caráter de indenização. Com efeito, o adicional de um terço decorre do próprio direito de férias, constitucionalmente assegurado.

Entendo que, sendo indenizadas as férias, tanto as integrais quanto as proporcionais, o terço constitucional, quando pago na qualidade de verba acessória, segue a mesma sorte da principal - férias, mesmo porque o empregado quando recebe férias indenizadas porque não usufruiu deste direito juridicamente tutelado, pode também receber o adicional de 1/3 constitucional na forma indenizada porque, igualmente, não gozou deste descanso remunerado. Não houvesse previsão legal de direito a férias indenizadas, não haveria direito ao 1/3. Poderia ir mais adiante e dizer, não fossem usufruídas férias, não existiria o direito ao 1/3, até porque a Constituição Federal, art. 7º, XVII, fala em "gozo de férias remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Tudo isso a evidenciar a agregação do 1/3 de férias constitucional à própria natureza jurídica da verba recebida a título de férias (normal ou indenizada).

Forma de liquidação do julgado

Em conformidade com reiterados julgados da 1ª Turma, adotei orientação no sentido de liquidar o julgado através de retificação das declarações de ajuste anual de renda, por que o Imposto de Renda é dotado de fato gerador complexivo e envolve série de ajustes contábeis e leva em consideração as aquisições de disponibilidade econômica e jurídica de toda a sorte como os rendimentos tributáveis, tributados exclusivamente na fonte e as deduções autorizadas em lei, objetivando apurar a base de cálculo sobre a qual incidirá a respectiva alíquota. Todavia, refletindo melhor sobre o tema, mesmo porque fui influenciado preteritamente pela postura desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, agora, aproveitando a atmosfera propícia gerada pela hodierna postura da Corte Superior, passo a externar posição diferente.

Com efeito, é de sabença, o art. 333, I e II, do Código de Processo Civil, dispõe que compete à autora fazer prova constitutiva de seu direito e, ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora, no momento oportuno, seja na fase de cognição da lide, seja em sede de embargos à execução, quando é possível sustentar o excesso de execução ou causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como a compensação já realizada em exercícios anteriores ou a ocorrência da prescrição do direito da autora, nos exatos termos do artigo 741, inciso V do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005.

Dessa maneira, a juntada das declarações de ajuste anual, para fins de verificação de eventual compensação ou restituição, não se amolda, à toda evidência, a fato constitutivo do direito da parte autora; ao contrário, perfaz fato extintivo parcial de seu direito, cuja comprovação constitui ônus exclusivo da autoridade fazendária.

Assim, nesse momento processual, o provimento jurisdicional deve limitar-se a reconhecer o direito à restituição dos valores pagos indevidamente ou a maior, não podendo a sentença quantificar os valores correspondentes ao direito reconhecido, uma vez que a apuração do *quantum debeatur* acontecerá quando houver a execução do julgado, oportunidade em que o autor apresentará o cálculo do valor que entender devido. A Fazenda, não concordando com o cálculo apresentado, poderá alegar a existência de excesso de execução (artigo 741, inciso V do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/2005), demonstrando eventual compensação ou restituição efetivada na via administrativa, sem que, com isso, haja ofensa à coisa julgada.

Tratando-se de ação de repetição de indébito, não se pode afastar a restituição via precatório ou Requisição de Pequeno Valor (RPV) e determinar liquidação por meio de retificação da declaração anual de ajuste anual. Não existe no Código Tributário Nacional nenhuma previsão de rito especial para a repetição de imposto de renda. Trata-se de um imposto como outro qualquer e sua devolução deve também seguir a regra geral prevista no CTN. Imperativo, pois, a restituição observar os cânones estabelecidos no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que pacificou sua jurisprudência no âmbito da Primeira Seção, como se vê pelos julgados da Primeira e Segunda Turmas, abaixo colacionados:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NÃO-INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE RENDA. SÚMULAS NºS 125 E 136/STJ. RESTITUIÇÃO VIA PRECATÓRIO. AJUSTE ANUAL DO TRIBUTO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO PARA FINS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. Tratam os autos de ação ordinária ajuizada por (...) em face da FAZENDA NACIONAL, em que se discute a restituição de IRRF que incidiu sobre verbas recebidas a título de indenização de férias não gozadas por necessidade de serviço. Em sede de recurso especial interposto pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a recorrente postula a reforma parcial do julgado para que lhe seja deferido o direito de receber via precatório ou compensação os valores que lhes são devidos em face da tributação pelo imposto de renda de verbas recebidas a título férias (e respectivo abono pecuniário de 1/3, previsto no art.143 da CLT) não gozadas. (sem espaçamento no original)

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça adota entendimento favorável à efetivação da restituição de valores indevidamente recolhidos por via de precatório, quando o contribuinte dispõe de sentença condenatória, proferida em sede de ação ordinária de repetição de indébito. (grifei)

3. Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 784910 / SC; 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado; DJ 20/02/2006)

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - IMPOSTO DE RENDA - FORMA DE DEVOLUÇÃO - CONTRADIÇÃO - INEXISTÊNCIA.

1. O STJ, ultrapassando o juízo de admissibilidade do recurso especial, pode aplicar o direito à espécie (Súmula 456/STF).

2. Em se tratando de ação de repetição de indébito, o Tribunal não poderia afastar a restituição, via precatório, e determinar a retificação da declaração anual de ajuste. O CTN, em momento algum, prevê rito especial para a repetição de imposto de renda, a impedir a restituição pela regra geral, prevista no art. 100 da CF/88. (grifei)

3. Inexiste contradição alguma no julgado, mas inconformismo da parte com o resultado do julgamento.

4. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no REsp 722239 / SC; 2ª Turma, Relª. Min. Eliana Calmon, DJ 20/02/2006)

Na mesma linha, também estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 775323/PR, 2ª T., Relª. Min. Eliana Calmon, DJ 06/03/2006; REsp nº 244972/DF, 1ª T., Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25/03/2002; REsp nº 313048/DF, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 11/03/2002; REsp nº 801218/SC, 2ª T., Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, DJ 22/03/2006; REsp nº 733104/SC, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 09/05/2005.

Correção Monetária

Quanto à correção monetária do indébito, mantenho-a conforme determinado na sentença, tendo em vista que não houve recurso referente a esta questão.

Honorários advocatícios

A autora requer a majoração da verba honorária fixada em R\$ 2.200,00, solicitando o arbitramento da verba em 20% sobre o valor da condenação.

O valor da causa é de R\$ 22.000,00, em janeiro de 2007.

O paradigma desta Turma é o percentual de 10% sobre o valor da condenação, *quantum* adequado para remunerar condignamente o trabalho do profissional em face do zelo despendido, natureza e importância da causa.

Nessa linha, entendo que o Fisco deve suportar o ônus da sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da condenação, atualizado pelo IPCA-E, importando em remuneração equitativa com os serviços prestados, congruente com o disposto no art. 20, § 4º do, CPC, considerando-se as circunstâncias do § 3º do mesmo diploma legal.

Dispositivo

Frente ao exposto, voto por dar parcial provimento às apelações e à remessa oficial, a fim de: a) reconhecer a prescrição quinquenal, declarando prescritas as parcelas anteriores a 12/02/2002; b) fixar os honorários em 10% sobre o valor da condenação, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz Federal ARTUR CÉSAR DE SOUZA
Relator