PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA
SEÇÃO JUDICIÁRIA DA BAHIA

Sentença Tipo A
Processo nº : 35155-05.2014.4.01.3300/ 10ª Vara
Classe : 1.100 – Ação Ordinária / Tributária
Autor : Associação dos Professores Universitários do Recôncavo - UPUR
Ré : União e Outra
Juiz Federal : Evandro Reimão dos Reis

S E N T E N Ç A

Associação dos Professores Universitários do Recôncavo - APUR, inscrita sob CNPJ n° 11.879.131/0001-07, ajuizou ação ordinária com pedido de tutela, contra **União** e a **Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB**, objetivando a suspensão definitiva e repetição do indébito referente ao recolhimento indevido de contribuições previdenciária (Plano de Seguridade Social – PSS) e imposto de renda (IR) incidente sobre o terço constitucional de férias dos servidores públicos substituídos vinculados ao quadro da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB.

Alegou, em síntese, que os substituídos são professores da Universidade Federal do Recôncavo Baiano e percebem, após o decurso do período aquisitivo de férias, a respectiva remuneração acrescida de adicional de um terço de sua remuneração mensal, em atenção às disposições contidas nos artigos 7°, inciso XVII, da Constituição Federal e artigo 76, da Lei n° 8.112/90. Contudo, são descontadas das respectivas remunerações contribuições para a seguridade social (PSS) e imposto de renda (IR). Os referidos descontos configuram incidência tributária não permitida, indo de encontro às decisões dos tribunais superiores e da Turma Nacional de Uniformização – TNUJEFs.

Agravo de instrumento noticiado às fls. 78

Tutela antecipada indeferida às fls. 165/167.

Citada, a União (Fazenda Nacional) apresentou contestação às fls.192/202, alegando, ser indiscutível a possibilidade de incidência do desconto para a seguridade social sobre o terço de férias, uma vez que não há previsão legal da exclusão. O terço constitucional de férias possui natureza eminentemente salarial, integrando a remuneração do servidor, devendo incidir a contribuição para a seguridade social. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é amplamente majoritária no sentido da incidência previdenciária sobre o adicional constitucional de férias dada a natureza remuneratória da verba. Quanto ao imposto de renda, aduz que a Constituição, em seu artigo 153, inciso III, prevê o seu pagamento sobre rendas e proventos de qualquer natureza, tendo o acional de terço de férias natureza remuneratória e não indenizatória, de modo que toda vez que houver aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica nascerá a obrigação tributária correlata ao imposto sobre a renda. Por fim, asseverou que no tocante a repetição de indébito há de registrar a prescrição da pretensão restitutiva de qualquer parcela anterior ao quinquênio que antecede ao ajuizamento desta ação.

A Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – UFRB apresentou contestação às fls. 203/234, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do sindicato autor; sua ilegitimidade passiva; a ausência de interesse de agir ante a impossibilidade de vincular por meio de ações cíveis de caráter coletivo pretensões que envolvam tributos, bem como em decorrência da exclusão do adicional de férias da base de cálculo da contribuição do servidor público, não havendo obrigação de fazer a cumprir. Alegou ainda a ausência de pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo em vista da falta de autorização específica para a propositura da demanda coletiva e lista de filiados do sindicato autor acompanhada dos respectivos endereços. Por fim a limitação dos efeitos da sentença aos servidores substituídos domiciliados no âmbito da competência territorial do órgão jurisdicional. Aduziu como prejudicial de mérito a decadência em vista do prazo de cinco anos a contar da extinção do crédito tributário, que in casu ocorreu com o pagamento, aplicando o disposto nos artigos 156, 165 e 178 do Código Tributário Nacional; prescrição quinquenal das parcelas anteriores ao ajuizamento da demanda. No mérito, asseverou que

o terço de férias tem cunho remuneratório e o adicional de férias não estava excluído da base de contribuição para o plano de seguridade social do servidor público, somente sendo indevido o desconto a partir de julho de 2012, quando entrou em vigor a Lei n°12.688/2012. O adicional de férias é base legal de cálculo de imposto de renda, pois se enquadra entre os vencimentos e como tal é inserido no conceito de renda, não estando expressamente incluída no rol de verbas isentas.

Réplica às fls. 240/268.

Instadas, fls. 238, a parte autora não se manifestou acerca da produção de provas, fls. 272; a Universidade Federal do Recôncavo Baiano e a União (Fazenda Nacional) nada requereram, fls. 271 e 273, respectivamente.

DECIDO.

Inicialmente, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa do autor, por não apresentação de atos constitutivos e ausência de comprovação de registro junto ao Ministério do Trabalho, porquanto tais documentos foram juntados às fls. 16v/50.

Da mesma forma, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da Universidade Federal do Recôncavo – UFRB, porquanto é ela a responsável pelo recolhimento dos tributos em questão e pelo repasse dos respectivos valores a União.

A presença da universidade-ré, na qualidade de agente arrecadador e fiscalizador da exação controvertida, com poderes para exigir o tributo e impor sanções ao contribuinte, no polo passivo da lide condiciona a eficácia da sentença, pois, ausente, não estaria sujeita aos efeitos do julgado. No particular, em caso de procedência do pedido, deve ser a ela direcionada ordem no sentido de cessar ou abster-se de realizar as retenções indevidas, sob pena do mandamento judicial tornar-se inexequível.

Saliente-se, ainda, tratar-se de autarquia federal dotada de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa e financeira consubstanciada na tarefa de realizar os pagamentos dos proventos dos seus servidores com as devidas retenções.

Neste sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA - GAE. DESCONTO RETROATIVO. MUDANÇA DE CRITÉRIO JURÍDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA.
1 A legitimidade passiva da União Federal decorre de sua condição de sujeito ativo da obrigação tributária. Também há que se reconhecer a legitimidade do órgão que retém e repassa a contribuição hostilizada, para fins mandamentais. 2. (...). 3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF4, Primeira Turma, AC 1999.71.02.004545-1, Relator JOEL ILAN PACIORNIK, D.E. 17/06/2008)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE EXECUTIVA. DESCONTO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Reconheço a legitimidade passiva da União Federal para figurar no feito em que se discute o recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas sobre os vencimentos dos servidores federais, pois a ela, na qualidade de sujeito ativo tributário, cabe a tarefa de restituílas, quando julgadas indevidas. Também é de ser reconhecida a legitimidade passiva da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), uma vez que se trata de autarquia federal dotada de personalidade jurídica própria, com autonomia administrativa e financeira consubstanciada na tarefa de realizar os pagamentos dos proventos dos seus servidores com as devidas retenções.
2. (...). 3. Apelação da União Federal, recurso adesivo da UFSM e remessa oficial improvidas. (TRF4, AC 1999.71.02.004339-9, Relator Álvaro Eduardo Junqueira, Primeira Turma, DJ 20/07/2005 Página: 430)

"PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO DE INANTIVOS. SUSPENSÃO E RESTITUIÇÃO. UNIÃO E UNIVERSIDADE FEDERAL. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. CPC, ARTIGO 47 E PARÁGRAFO ÚNICO.
1. A União e a Universidade Federal são litisconsortes passivos necessários em ação onde se pleiteia pedidos correlatos de sustação dos descontos da contribuição previdenciária de servidores inativos e da restituição dos efetuados indevidamente. Inadmissível a exclusão da Universidade do feito. Recurso conhecido e provido. (RESP 450359/MG, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJU 19.05.2003).

De outra parte, argui ainda a universidade-ré ausência de interesse de agir, eis que a hipótese em debate nos autos representaria relação estritamente patrimonial e individual, entre o Estado-fisco e o contribuinte, não cabendo, portando, a atuação do sindicato em substituição ao interesse dos professores substituídos.

Contudo, a legitimidade extraordinária dos sindicatos abrange tanto a defesa de interesses difusos quanto os individuais, conforme preconizado no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, sendo necessária a pertinência da lide com as suas finalidades

institucionais, nada obstando que se tratem de interesses individuais homogêneos relacionados à matéria tributária, como é o caso dos autos.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

"TRIBUTÁRIO. SINDICATO . INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE. AÇÃO PELO RITO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A GRATIFICAÇÃO NATALINA. CÁLCULO EM SEPARADO. LEGALIDADE DO DECRETO 612/92. LEIS 8.212/91 (ARTIGOS 22 E 28, §5º) E 8.620/93 (§ 2º DO ART. 7º). HONORÁRIOS.
1. A Lei Maior, em seu art. 8º, inciso III, cria a possibilidade genérica de organização sindical ingressar em juízo na defesa dos interesse de seus membros e filiados. Trata-se de substituição processual dos integrantes da categoria, e tal substituição não depende de autorização dos sindicalizados.
2. Quanto aos interesses defendidos pelo sindicato, sua legitimidade extraordinária abrange tanto os difusos quanto os individuais, conforme expressa autorização do inciso III do artigo 8º da CF/88. Por interesse individual deve ser considerado o homogêneo, isto é, aquele que, embora individual, vincula-se à categoria ou a parte dela, autorizando a sua defesa coletiva e, portanto, a incidência constitucional.
3. O requisito que se exige do sindicato é a íntima ligação da lide com as suas finalidades institucionais, voltada à defesa de seus sindicalizados.
4. Resta legitimidade ao sindicato ainda que tais direitos individuais homogêneos não estejam afetos à totalidade dos integrantes da categoria. Precedentes do STF e STJ.
5. É plenamente possível que sindicato use de ação pelo rito ordinário para defesa de interesses individuais homogêneos de sua categoria em matéria tributária. (...) (TRF 4ª Região, AC Processo: 200470000406590/PR, 2ª Turma, j. 27/09/2005, DJU: 03/11/2005, p. 537, Rel. Dirceu de Almeida Soares , v.u)

"MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - DIREITO PROCESSUAL CIVIL - EXTINÇÃO LIMINAR POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E INADEQUAÇÃO DA AÇÃO MANDAMENTAL - LEGITIMIDADE DE SINDICATO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - TABELA DE IMPOSTO DE RENDA DA LEI 8.177/91 - ANULAÇÃO DA SENTENÇA - APELAÇÃO DA IMPETRANTE PROVIDA.
I - O sindicato tem legitimidade para impetração de mandado de segurança coletivo em favor dos integrantes da respectiva categoria, mesmo em matéria tributária, quando se vislumbra que a questão afeta interesse dos membros da categoria considerados coletivamente (não individualmente), mesmo que o interesse não seja exclusivo, próprio e específico da categoria, tratando-se de substituição processual prevista no art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (independente de autorização expressados representados).
II - Legitimidade do sindicato impetrante e adequação da ação mandamental coletiva no caso em exame, que objetiva, em favor de seus representados, a concessão de segurança que recolheça a ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência do IRPF com base na Tabela Progressiva instituída pela Lei nº 8.177/91, a partir de março de 1991, sob fundamentos de ofensa aos princípios da legalidade (porque ao ser extinto o BTN teria sido extinta também a referida Tabela), da progressividade do IR, da capacidade contributiva, vedação ao

confisco e da isonomia. Precedentes do STF, do STJ e deste TRF-3ª Região (3ª Turma).
III - Quanto ao outro fundamento da sentença, relativo à suposta "impossibilidade jurídica do pedido" (porque considerou o juízo que seria absurda a tese de inexistência da tabela do IRPF), trata-se de questão de mérito que, na época em que proferida a sentença, não admitia o indeferimento liminar da ação e, ainda, não considerou o juízo os demais fundamentos trazidos na impetração para impugnar a tabela progressiva do IR.
IV - Apelação da impetrante provida, anulando a sentença recorrida e determinando seu retorno ao juízo de origem para o devido processamento da ação." (TRF 3ª Região, AMS 68519, Processo: 92030261664/SP, 2ª Seção, j. 15/03/2007, Documento: TRF300114239, DJU: 22/03/2007, p. 459, Rel. Juiz Souza Ribeiro, v.u)

De outra parte, rejeito também a alegação de ausência de pressuposto para o desenvolvimento válido e regular do processo, tendo em vista que a relação nominal de seus associados e indicação dos respectivos endereços foi exibida às fls. 157/162v.

Outrossim, a natureza jurídica da autora é, em verdade, uma seção sindical do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino superior (ANDES). E como tal atua conforme as atribuições do artigo 47, do Estatuto do ANDES, dentre elas a de: **"representar e defender perante as autoridades administrativas e judiciais os interesses gerais e individuais da categoria docente de sua jurisdição nas questões que lhes sejam específicas, observado o disposto no parágrafo único do artigo 35."**

Nisso, se por um lado, nos termos do artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal, apenas os sindicatos detêm legitimidade ampla para atuar como substituto processual na defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria que representa, por outro lado, as seções sindicais, no caso a demandante que se constitui parte integrante do ANDES gozam também dessa prerrogativa sindical, razão pela qual não necessita de autorização específica de seus substituídos para propositura de demanda coletiva.

Assim, possui legitimidade ampla para defender, em juízo, os direitos e interesses dos integrantes da categoria que representam, não havendo necessidade de juntada de autorização ou de procuração própria para o ajuizamento da ação.

Por fim, acolho em parte a preliminar de ausência de interesse de agir quanto ao pedido de exclusão do adicional de férias da base de cálculo da contribuição.

Em 18 de julho de 2012, sobreveio a Lei Federal nº 12.668, que, dentre outras disposições, estabeleceu que o valor referente ao adicional de férias percebido pelo servidor público federal não estaria mais sujeito à incidência da contribuição previdenciária descontada para o Plano de Seguridade do Servidor (PSS). Com efeito, o referido ato normativo, em seu artigo 29, ao alterar o texto da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, excluiu expressamente da base de cálculo daquela contribuição o adicional de férias, como se observa da redação conferida ao artigo 4º, da Lei nº 10.887/2004:

> **"Art. 4º - A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: (Redação dada pela Lei nº 12.618, de 2012)**
> **.....**
> **§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:**
> **.....**
> **X - o adicional de férias; (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)"**

Ocorre, todavia, que, ao determinar que a lei entraria em vigor na data de sua publicação (que se deu em 19 de julho de 2012), o legislador não solucionou a questão dos descontos ocorridos anteriormente à sua vigência, deixando em aberto, com sua omissão, a discussão acerca da legalidade/constitucionalidade da incidência dessa contribuição anteriormente ao advento da Lei nº 12.688/2012.

Assim, remanesce a autora apenas interesse de agir quanto ao pedido de afastamento da contribuição previdenciária sobre terço constitucional de férias no período anterior a 19 de julho de 2012 (limitação temporal), com devolução das respectivas parcelas.

Portanto, cinge-se a controvérsia nos autos a aferir se é devida a incidência de imposto de renda de pessoa física (IRPF) e contribuição previdenciária (PSS) sobre o terço constitucional de férias pagos aos servidores públicos.

Passo ao exame inicialmente do pedido de desoneração da contribuição previdenciária incidente sobre o terço de férias, por entender que onera o contribuinte sem o devido respaldo no sistema contributivo, ou seja, mesmo que seja tributada a parcela, esse valor não se incorpora aos proventos de aposentadoria.

Em manifestações judiciais alhures havia consignado o entendimento de que a vantagem percebida a título de adicional de férias (terço constitucional) possui explícita natureza remuneratória e retributiva do trabalho, daí que comporia a remuneração do empregado e, portanto, sujeita à incidência da contribuição previdenciária patronal.

Nisso, estatui o artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal:

> **"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:**
> .....
> **XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;"** (grifou-se).

O recebimento da vantagem em apreço não teria a finalidade de compensar/recompor prejuízo do trabalhador, mas se trataria de verdadeira parcela integrante da remuneração garantida em nível constitucional e paga em retribuição ao serviço prestado, com habitualidade e sem caráter indenizatório.

Quanto às férias, tendo sido usufruídas, o terço constitucional manteria idêntica natureza. Se, por outro lado, tiver período indenizado (10 dias), o terço se revestiria do mesmo caráter indenizatório, proporcional ao período pago, posto que decorrente do próprio direito de férias que, ante a impossibilidade de fruição, mereceria reparação.

Admitir compreensão contrária seria desconhecer e desprezar conceitos técnico-tributários consagrados, utilizados sem oposição e que configuram o fato imponível gerador do gravame em apreço, qual seja, a obtenção de renda e não de indenização. Ademais, tal isenção também estaria prevista no artigo 28, § 9º, alínea d, da Lei nº 8.212/91, bem como Decreto nº 3.048/99.

Assim, entendia que não configurado o caráter indenizatório da vantagem de férias gozadas e seu respectivo terço constitucional, porquanto de natureza remuneratória, são passíveis de composição da base de cálculo para incidência da contribuição.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C, do Código de Processo Civil então vigente) no julgamento do REsp nº 1.230.957 - RS (2011/0009683-6) afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional (terço constitucional) concernente às férias gozadas:

> **"PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTES VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.**
> **1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.**
> **1.1 Prescrição.**
> **O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no sentido de que, "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". No âmbito desta Corte, a questão em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, "para as ações ajuizadas a partir de**
> **9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN".**
> **1.2 Terço constitucional de férias.**
> **No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97). Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: "Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas".**
> .....

> **2.4 Terço constitucional de férias.**
> **O tema foi exaustivamente enfrentado no recurso especial da empresa(contribuinte), levando em consideração os argumentos apresentados pela Fazenda Nacional em todas as suas manifestações. Por tal razão, no ponto, fica prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional.**
> **3. Conclusão.**
> **Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.**
> **Recurso especial da Fazenda Nacional não provido.**
> **Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.** (REsp. 1.230.957/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 17.03.2014, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC e Res 8/STJ) (grifou-se)

Tal julgado vai ao encontro à posição do Supremo Tribunal Federal - STF a respeito do afastamento da exação sobre o adicional de 1/3 sobre férias:

> **"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - INCIDÊNCIA - ADICIONAL DE UM TERÇO (1/3) SOBRE FÉRIAS (CF, ART. 7º, XVII) - IMPOSSIBILIDADE - DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**
> **- 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 587941 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/09/2008)**

O Código de Processo Civil impõe ao juiz observar os acórdãos de resolução de demanda repetitiva proferidos em julgamento de recursos especial repetitivo, conforme artigo 927, inciso III, razão pela qual, com ressalva do meu entendimento pessoal, reconheço não mais incidir contribuição previdenciária sobre adicional de férias gozadas ou indenizadas à vista do precedente acima reproduzido.

Por outro lado, cumpre examinar o cabimento de tributação de imposto de renda sobre a referida verba.

O artigo 43, do Código Tributário Nacional assim dispõe acerca das hipóteses de incidência do imposto sobre a renda:

> **"Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:**

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. (...)"

Por seu turno, o artigo 16, da Lei n° 4.506/64, preceitua que serão classificados como rendimentos de trabalho assalariado, para fins de incidência do imposto de renda, todas as espécies de remuneração por trabalho ou serviços prestados no exercício de empregos, cargos ou funções, como, por exemplo, vencimentos, adicionais, abonos, gratificações, consoante elencado nos incisos I, II e III.

Desta forma, a partir dos referidos dispositivos, é possível concluir que o adicional constitucional de férias caracteriza aquisição de renda (como rendimento do trabalho), eis que somente é percebido por aqueles que possuem vínculo empregatício (aqui abarcados também os cargos, empregos e funções públicas). Assim, ainda que não sejam prestados efetivamente serviços durante o período de férias, o aludido adicional não perde o seu caráter remuneratório, devendo ser considerado um produto do trabalho.

O referido acréscimo à remuneração recebida pelo trabalhador no período referente às férias é um direito social previsto pelo inciso XVII, do artigo 7º, da Constituição Federal, e tem por finalidade conferir ao trabalhador um aumento da sua remuneração durante o período das férias, a fim de lhe garantir a oportunidade de ter momentos necessários ao restabelecimento do equilíbrio físico e mental.

O recebimento de tal valor, assim como o das férias gozadas, decorre da normal fruição da relação jurídica existente entre o trabalhador e o seu órgão empregador, razão pela qual tem a mesma natureza do salário, sendo oponível em face do empregador, que deve adimplir essa obrigação mediante retribuição pecuniária.

Assim, dispõe o artigo 148 da Consolidação das Leis do Trabalho: "**A remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial, para os efeitos do art. 449.**"

O fato de a verba não constituir ganho habitual e de ser destinada, em tese, ao desenvolvimento de atividades que minimizem os efeitos "do desgaste natural sofrido

pelo trabalhador" não a transforma em indenização, justamente porque constitui acréscimo na remuneração em período específico e fundamental para o trabalhador, que são as férias, ao passo que aquela visa à reposição do patrimônio daquele que sofre lesão a algum direito.

No caso, a qualidade remuneratória da verba, portanto, resta configurada apenas pelos substituídos processuais serem docentes, e não pelo efetivo exercício das respectivas atribuições do cargo, mesmo porque pensar de forma contrária seria admitir, por exemplo, que a importância recebida pelo empregado a título de férias não teria qualidade remuneratória (o que não se coadunaria com o artigo 148, da Consolidação das Leis Trabalhistas) - já que não há prestação do trabalho durante o descanso - e, portanto, isenta da incidência do tributo em tela.

O recebimento de adicional de férias configura aquisição de disponibilidade econômica e, portanto, acréscimo patrimonial ao trabalhador, sendo certo não haver isenção tributária a afastar a exação, nos termos do artigo 43 do Diploma Tributário.

O terço de férias concedido aos trabalhadores tem, portanto, nítida natureza tributária, pois o fato gerador é o recebimento de renda pelo trabalho prestado, nos exatos termos do inciso I, do artigo 43, do Código Tributário Nacional.

Tal controvérsia foi ainda dirimida por meio do Resp 1459779/MA julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 22 de abril de 2015, sob a sistemática de recurso repetitivo (artigo 543-C, do Código de Processo Civil de1973), sendo oportuno reproduzir a ementa:

> **"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ADICIONAL DE 1/3 (UM TERÇO) DE FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO.**
> **1. A jurisprudência tradicional do STJ é pacífica quanto à incidência do imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas. Precedentes: Pet 6.243/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 13/10/2008; AgRg no AREsp 450.899/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11/03/2014; AgRg no AREsp 367.144/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/02/2014; AgRg no REsp 1.112.877/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 03/12/2010; REsp 891.794/SP, Rel. Ministro TeoriAlbino Zavascki, Primeira Turma, DJe 30/03/2009; entre outros.**
> **2. A conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim,**

com a existência, ou não, de acréscimo patrimonial, que, como visto, é patente quando do recebimento do adicional de férias gozadas.
3. Recurso especial provido, divergindo do voto do Sr. Ministro Relator."

Igualmente:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA. 1. Discute-se a incidência de Imposto de Renda sobre o terço constitucional percebido por trabalhador, em virtude de férias regularmente fruídas.
2. A jurisprudência da Primeira Seção deste Tribunal encontra-se consolidada no sentido de que incide Imposto de Renda sobre o terço constitucional de férias gozadas. 3. Conforme disposto no acórdão recorrido, o pagamento das férias gozadas ostenta caráter remuneratório e salarial. É o que expressamente dispõe o 148 da CLT: "A remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial, para os efeitos do art. 449". 4. O recorrente invoca como reforço argumentativo precedente do STJ na PET 7.296, Rel. Min. Eliana Calmon. Esclareço que o objeto da PET 7.296/PE foi a inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária. Logo, estava em discussão regime jurídico de espécie tributária diversa. Naquele julgamento, o STJ decidiu realinhar sua jurisprudência para acompanhar os precedentes do STF, nos quais o afastamento da incidência de contribuição previdenciária se deu pelo fundamento de que o terço constitucional não se incorpora à remuneração do segurado para fins de aposentadoria e, por isso, não seria legítima a tributação. Não se afirmou que ele não representa acréscimo patrimonial para fins de caracterização do fato gerador do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (art. 43 do CTN). 5.Agravo Regimental não provido." (STJ, 2ª T, AGARESP 367144, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 28/02/14).

"AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. EXISTÊNCIA. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA. DECISÃO PRECÁRIA EM CONFRONTO COM ORIENTAÇÃO PREDOMINANTE NESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. OCORRÊNCIA DO EFEITO MULTIPLICADOR. PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO
I - Consoante a legislação de regência (v. g. Leis n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. II - Em conformidade com o entendimento jurisprudencial dessa Corte, assim como do eg. Supremo Tribunal Federal, na decisão que examina o pedido de suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um juízo mínimo de delibação do mérito contido na ação originária. III - Causa grave lesão à economia pública a decisão que reconhece, em caráter precário e em contradição com a orientação predominante neste eg. STJ, que o adicional de um terço da remuneração das férias gozadas não está sujeito à incidência do Imposto de Renda IV - No caso dos autos, além da comprovada lesão à economia pública, ficou demonstrado o potencial efeito multiplicador que a manutenção do r. ato decisório oriundo do eg. Tribunal de origem poderia gerar, pois pode beneficiar qualquer classe de trabalhadores. Pedido de

suspensão deferido. Agravo Regimental desprovido. (STJ, CE, AgRg na SLS 1901, Rel. Min. Felix Fischer, Data de julgamento: 20/08/14).

Diferentemente seria se o trabalhador, não obstante já tivesse adquirido o direito às férias, não viesse a delas usufruir, ou seja, quando o empregado ou servidor recebe o terço constitucional de férias convertido em pecúnia, decorrentes de férias não gozadas, em que se trata de verba indenizatória (reparação pelo não exercício regular do direito), sendo intangível à tributação pelo imposto de renda

.

Nisso, perfilha a Súmula nº 386, do Superior Tribunal de Justiça: **"São isentas de imposto de renda as indenizações de férias proporcionais e o respectivo adicional".**

De outra parte, o recurso representativo de controvérsia REsp nº 1.111.223/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22/04/2009:

> **"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. VERBAS RECEBIDAS A TÍTULO DE FÉRIAS PROPORCIONAIS E RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL. RECURSO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08.**
> **1. Os valores recebidos a título de férias proporcionais e respectivo terço constitucional são indenizações isentas do pagamento do Imposto de Renda. Precedentes: REsp 896.720/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 01.03.07; REsp 1.010.509/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 28.04.08; AgRg no REsp 1057542/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 01.09.08; Pet 6.243/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 13.10.08; AgRg nos EREsp 916.304/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJU de 08.10.07. 2. Recurso representativo de controvérsia, submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. 3. Recurso especial provido."**

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da PET n° 7.296, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, em que se discutiu a incorporação do terço constitucional de férias no salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária, seguiu o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, o qual afasta a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional baseado no fato de que tal verba não integra a remuneração do servidor para fins da aposentadoria:

> **"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS. NATUREZA SALARIAL. INCIDÊNCIA.**
> **1. Discute-se a incidência de Imposto de Renda sobre o terço constitucional percebido por trabalhador, em virtude de férias regularmente fruídas.**

> **2. A jurisprudência da Primeira Seção deste Tribunal encontra-se consolidada no sentido de que incide Imposto de Renda sobre o terço constitucional de férias gozadas.**
> **3. Conforme disposto no acórdão recorrido, o pagamento das férias gozadas ostenta caráter remuneratório e salarial. É o que expressamente dispõe o 148 da CLT: "A remuneração das férias, ainda quando devida após a cessação do contrato de trabalho, terá natureza salarial, para os efeitos do art. 449".**
> **4. O recorrente invoca como reforço argumentativo precedente do STJ na PET 7.296, Rel. Min. Eliana Calmon. Esclareço que o objeto da PET 7.296/PE foi a inclusão do terço constitucional de férias no salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária.**
> **Logo, estava em discussão regime jurídico de espécie tributária diversa. Naquele julgamento, o STJ decidiu realinhar sua jurisprudência para acompanhar os precedentes do STF, nos quais o afastamento da incidência de contribuição previdenciária se deu pelo fundamento de que o terço constitucional não se incorpora à remuneração do segurado para fins de aposentadoria e, por isso, não seria legítima a tributação. Não se afirmou que ele não representa acréscimo patrimonial para fins de caracterização do fato gerador do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física (art. 43 do CTN).**
> **5. Agravo Regimental não provido."** (AgRg no AREsp 367.144/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 28/02/2014)

Não se afirmou, portanto, que o terço constitucional de férias usufruídas não configuraria acréscimo patrimonial para fins de caracterização do fato gerador do IRPF, sendo hipóteses distintas, razão pela qual legítima sua incidência.

Assim, fazem jus os substituídos do autor apenas ao não pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias (gozadas ou indenizadas), bem como do imposto de renda a onerar o referido adicional decorrente apenas de férias não usufruídas (conversão em pecúnia).

Em relação à decadência para repetição do indébito, o artigo 168, do Código Tributário Nacional, estatui:

> **"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:**
> **I - nas hipóteses dos incs. I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;**
> **II - na hipótese do inc. III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."**

A leitura do dispositivo conduz à necessária e simples conclusão de que o prazo para se pleitear a restituição de tributo extingue-se com o decurso de cinco anos da data do respectivo pagamento. Trata-se de prazo que começa a fluir imediatamente após o pagamento porquanto não depende de nenhuma providência de quem quer que seja (sujeito ativo, passivo ou terceiro) para ser exigida a devolução do valor recolhido indevidamente.

No particular, em magistério doutrinário, asseriu Carlos da Rocha Guimarães:

> **"Com efeito, o que o art. 168 do CTN declara extinguir-se com o decurso do prazo é o direito de pleitear a restituição, e não o direito à restituição.**
> **O direito de pleitear é o exercício da pretensão que tanto pode ser de pleitear administrativamente (direito de petição) como de pleitear judicialmente (direito de ação).**
> **Nos dois casos especificados no citado art. 168, o direito de pedir a restituição nasce automaticamente na data do pagamento, ou na data em que se tenha tornado definitiva a decisão que tiver acolhido a defesa do contribuinte contra a exigência fiscal.**
> **Assim, o crédito contra o Fisco nasce por força de lei, não se fazendo necessário o exercício de qualquer direito potestativo por parte do credor para pedir a restituição.**
> **Trata-se do direito a uma prestação, direito já constituído, pela própria ilegalidade da cobrança."** (apud Prescrição e Decadência, Editora Forense, 2ª edição, p. 229). (grifou-se).

No mesmo sentido, colhe-se a seguinte jurisprudência:

> **"TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. COFINS. PRESCRIÇÃO (DECADÊNCIA).**
> **1. Tem o contribuinte o prazo (decadencial) de cinco anos para pedir a restituição do tributo pago indevidamente, contado a partir do recolhimento (art. 168, I - idem), mesmo nos casos de lançamento por homologação.**
> **2. O prazo decadencial, também qüinqüenal, previsto para a homologação do lançamento (art. 150, § 4º), não interfere na contagem (termo inicial) do prazo de repetição, para ampliá-lo, pois se trata de prazo destinado à Administração. Não quis a lei dar ao contribuinte prazo repetitório superior a cinco anos (cf. ad instar. Decreto nº 20.910/32 - art. 1º).**
> **3. Apelação improvida."** (TRF da 1ª Região, AC nº 1998.01.00.077752-0/DF, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ, 14.05.99, p. 122). (grifou-se).

De outra parte, por extrema relevância, convém enfatizar que o eventual silêncio ou falta de homologação pelo Fisco do lançamento nos tributos que reclamam essa importante atividade estatal não faz deslocar o prazo quinquenal para depois do transcurso do lapso de cinco anos deferido à Fazenda para homologar, conforme o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Pátrio.

A interpretação que fixa o início da contagem do prazo após consumado o marco temporal reservado à homologação não se coaduna com o artigo 168, do Diploma Tributário, daí seu conteúdo interpretativo judicial contra legem, a par de ferir o artigo 146, inciso III, letra b, da Constituição Federal, que remete ao domínio exclusivo de lei complementar a disciplina de prescrição/decadência tributária. E a interpretação que assim estabelece o início representa atividade legislativa, o que é defeso ao magistrado.

A respeito, salientou o Ministro Celso de Mello, em lapidar voto:

> **"Os magistrados e Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, por isso mesmo, ainda que sob o fundamento de isonomia, o benefício da exclusão do crédito tributário em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem da isenção. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO)."** (STF, AGRAG 142.348-1/MG, fls. 415). (grifou-se).

De mais a mais, estatuiu o artigo 3º, da Lei Complementar nº 118/2005:

> **"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."**

Assim, restou sedimentado que nas demandas ajuizadas até 08/06/2005 ainda incide a regra dos "cinco mais cinco" para a restituição de tributo sujeito ao lançamento por homologação (artigo 150, § 4º c/c o artigo 168, inciso I, do Código Tributário), ou seja, de dez anos a contar do fato gerador.

Para as ações ajuizadas após o término da vacatio legis da Lei Complementar nº 118/05, no entanto, o prazo decadencial/prescricional de cinco anos conta-se da data do pagamento antecipado do tributo, na forma dos artigos 150, § 1º e 168, inciso I, ambos do referido diploma tributário c/c artigo 3º, da Lei Complementar nº 118/05.

Desse modo, o direito de requerer a restituição ou mesmo compensação dos pretensos créditos formados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação está prescrito.

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE em parte o pedido apenas para reconhecer a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o terço constitucional de férias (gozadas ou indenizadas) anteriormente ao advento da Lei n° 12.668 de 18/07/2012, bem como do imposto de renda a onerar o referido adicional decorrente apenas de férias não usufruídas (conversão em pecúnia) e, assim, aos substituídos da autora tem direito subjetivo à devolução/compensação dos valores recolhidos a tais títulos, corrigidos nos termos do artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, ressalvada a prescrição.

De conseguinte, há resolução do mérito, conforme artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil. Há sucumbência recíproca.

Comunique-se ao relator do agravo de instrumento noticiado às fls. 78 o julgamento desta demanda.

Sentença sujeita ao duplo grau necessário, pelo que, oportunamente, subam os autos à Instância Revisora (artigo 496, inciso I, do Código de Processo Civil).

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Salvador, 10 de outubro de 2016.

EVANDRO REIMÃO DOS REIS
Juiz da 10ª Vara

LHAN-R/SPV