

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA ____
VARA CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO**

**DISTRIBUIÇÃO URGENTE
PEDIDO DE LIMINAR**

**CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE
SERVIÇOS - CEBRASSE**, qualificada na inclusa procuração, por seu
advogado infra-assinado (doc. 1), vem, respeitosamente, à presença de
Vossa Excelência, impetrar

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO
COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR**

contra o Ilustríssimo Senhor **DELEGADO DA
RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO**, que poderá ser
notificado a prestar informações na Avenida Prestes Maia, nº 733, CEP:
01031-001, São Paulo/SP, pelos motivos que passa a expor:

1. DOS FATOS

Em um momento no qual crescem as demissões por
conta da queda do nível de atividade, resultado da crise financeira
internacional, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva assinou, em
13/01/2009, o Decreto nº 6.727/09, que permitiria a cobrança de
contribuição previdenciária sobre o pagamento do aviso prévio indenizado.

Segundo informou a Receita Federal na mídia (doc. 2),
a alíquota do INSS no aviso prévio indenizado passará a ser pago tanto pelo
empregador quanto pelo empregado. O empregador pagará uma alíquota de
20% e o trabalhador será tributado entre 8% e 11%, dependendo do valor
de seu salário. A Receita Federal informou ainda que *estuda* se fará uma
cobrança retroativa aos últimos cinco anos, o que agrava o abuso.

Assim, não restou alternativa à Impetrante, senão ingressar com *writ* preventivo para obstar que a autoridade coatora promova a cobrança desta exação ilegal e abusiva.

2. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A Impetrante é uma entidade nacional de classe, congregando entidades de prestadores de serviços de todo o Brasil.

Neste mister, a Impetrante, cumprindo obrigação constitucional e estatutária, tem como objetivo, direito e obrigação defender o setor de serviços em geral, de modo a propiciar o desenvolvimento dessa importantíssima atividade econômica, que é fundamental para o crescimento econômico e social do país, pois gera renda, serviços, tributos, é o que mais cria empregos e pequenos empresários, e é o mais eficiente em inclusão social.

A matéria já está pacificada na jurisprudência, conforme se pode depreender: “*A associação regularmente constituída e em funcionamento pode postular em favor de seus membros ou associados, não precisando de autorização especial em assembléia geral, bastando a constante do estatuto*” (STF, RT 720/310).

3. DO DIREITO

O aviso prévio constitui uma garantia do contrato de trabalho por prazo indeterminado e deve ser observado por aquele que deseja por fim ao pacto laboral, quer seja o empregado (comunicando o empregador), quer seja o empregador (comunicando o empregado).

A disciplina do aviso prévio encontra-se nos arts. 487 a 491 da CLT, lembrando que, em face do que dispõe o art. 7º, XXI da Constituição Federal, o prazo mínimo do aviso passou a ser de 30 dias.

A Lei nº 8.212, quando foi editada em 24 de julho de 1991, ao tratar do *salário-de-contribuição* (art. 28), definiu o que seria tributável para as diversas categorias de segurados (empregado, incluso). Esta lei EXPRESSAMENTE excluiu o aviso prévio indenizado da

incidência de contribuição (art. 28, § 9º, alínea e da Lei nº 8212/91), conforme podemos ver na redação original desse dispositivo:

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração efetivamente recebida ou creditada a qualquer título, durante o mês em uma ou mais empresas, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no § 8º e respeitados os limites dos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo;

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para a comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

III - para o trabalhador autônomo e equiparado, empresário e facultativo: o salário-base, observado o disposto no art. 29.

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

a) as cotas do salário-família recebidas nos termos da lei;
b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) os abonos de férias não excedentes aos limites da legislação trabalhista;

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;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado;

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com a lei específica.”.

Podemos notar ainda que as parcelas tributáveis seriam aquelas que (no caso, para os empregados) teriam nítido caráter de repercussão salarial (e não indenizatório – aí inclusos, por exemplo, as ajudas de custo quando excediam o valor de 50 % do salário).

Posteriormente, a Lei nº 9.528/97 alterou a Lei nº 8.212/91, dispondo acerca de quais as verbas pagas aos trabalhadores não teriam a incidência do INSS. Contudo, dentre as verbas indenizatórias citadas pela nova lei, não constou mais o aviso prévio indenizado.

Não obstante, a Lei nº 9.528/97 trouxe nova redação ao inciso I do art. 28 da Lei nº 8.212/91 quanto ao conceito de salário-de-contribuição, estabelecendo que a contribuição previdenciária deveria incidir somente sobre a remuneração paga ao empregado destinada a retribuir o trabalho.

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;

Assim, não há que se falar em incidência de INSS sobre o aviso prévio indenizado, já que o pagamento deste decorre da despedida imediata, e não da retribuição do trabalho.

Portanto, partindo do princípio de que a norma atual revoga a norma anterior, entendemos que permanece a não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Em nosso ordenamento jurídico, seja na legislação trabalhista, previdenciária, penal, civil e etc., há inúmeras lacunas ou "brechas" das quais o Estado se utiliza para se beneficiar de alguma maneira. É justamente desta lacuna ou "brecha" que a Previdência está se utilizando para mais uma vez tentar onerar os trabalhadores e as empresas.

O aviso prévio indenizado, assim como a multa do FGTS, tem natureza indenizatória, e mesmo sem serem citados pela Lei nº 9.528/97, é pacífico o entendimento de que não têm incidência de INSS.

Tanto é que o Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), em seu art. 214, § 9º, V, "f", mesmo após a Lei nº

9.528/97, continuou determinando a não incidência do INSS sobre o aviso prévio indenizado.

Também o TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST) entende que não há cobrança de tributo sobre qualquer parcela indenizatória. Podemos observar nos julgados abaixo decisões unânimes acerca da não incidência de INSS sobre o aviso prévio indenizado e nem sobre o 13º salário indenizado, entendendo os Ministros daquela Corte que o aviso prévio indenizado não é parte do salário-de-contribuição, por se tratar de uma verba indenizatória:

SÚMULA 368 DO TST - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (inciso I alterado) - Res. 138/2005, DJ 23, 24 e 25.11.2005 (...) *As demais parcelas discriminadas, quais sejam, aviso prévio indenizado, férias indenizadas e FGTS + multa de 40% possuem natureza indenizatória. Conseqüentemente, não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária.* Juiz Relator: José Luciano Alexo da Silva (PROC. Nº TRT-00641-2005-161-06-00-2 - RO - Data 15-02-2006).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INSS. ACORDO JUDICIAL. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PARCELA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA. DESPROVIMENTO. Não há impedimento legal para que as partes transacionem o pagamento apenas de verbas de natureza indenizatória, nas quais não há incidência de contribuição previdenciária. Uma vez que o eg. Tribunal Regional entendeu pelo caráter indenizatório da verba referente a aviso prévio indenizado, não há que se falar em violação dos artigos 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, 487, § 1º, da CLT e 150 § 6º e 195, I, a, da CRFB/88. O Regional negou provimento ao recurso ordinário da autarquia previdenciária, consignando que o fato gerador das contribuições previdenciárias somente ocorre com o pagamento de salário (art. 195, a, da CF), não havendo como atribuir natureza salarial ao aviso prévio indenizado, vez que não é exaustiva a enumeração das parcelas que não integram o salário de contribuição, prevista no artigo 28, § 9º, da Lei 8.212/91, até porque dela não consta, por exemplo, a indenização compensatória de 40% do FGTS, sobre a qual obviamente não incide a contribuição previdenciária e que, igualmente, encontra-se enumerada dentre as parcelas indenizatórias previstas no artigo 214, § 9º, alínea a e d do Decreto 3.048/99, o qual inclui o aviso prévio indenizado nas parcelas não

sujeitas à contribuição previdenciária. (PROC. Nº TST-AIRR-170/2005-066-03-40.7. Relator JUIZ CONVOCADO JOSÉ RONALD C. SOARES. Data 28-02-2007).

AVISO PRÉVIO INDENIZADO – NÃO-INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO PREVIDENCIÁRIA – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA ALÍNEA 'F' DO § 9º DO ARTIGO 214 DO DECRETO 3.048/99 – O aviso prévio indenizado, conquanto possua natureza jurídica salarial para fins de anotação em carteira e de contagem do tempo de serviço do empregado, foi expressamente excluído da base de cálculo do salário-de-contribuição devido à Previdência Social Oficial pela alínea "f" do § 9º do artigo 214 do Decreto nº 3.048/99. Essa regra persiste até os dias atuais porque a Lei 9.528, de 10 de dezembro de 1997, ao dar nova redação a diversos artigos da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, não inseriu expressamente o aviso prévio indenizado entre as parcelas trabalhistas que integram o salário-de-contribuição, isto é, não lhe atribuiu, expressamente, a natureza jurídica salarial, levando-se à conclusão lógica de que assim quis o legislador. Ademais, o só fato de essa rubrica não constar expressamente na alínea "e" do § 9º do artigo 28 da Lei 8.212/91 não pode ser considerado como intenção do legislador de inseri-la no salário-de-contribuição. (TRT 23ª R. – RS 00938.2004.031.23.00-4 – Cuiabá – Rel. Juiz Edson Bueno – DJMT 24.02.2005 – p. 27).

AVISO PRÉVIO INDENIZADO – NATUREZA JURÍDICA – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – Em que pese o aviso prévio indenizado não integrar o rol isentivo do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, a parcela possui flagrante natureza indenizatória, estando, portanto, isento da contribuição social (TRT 12ª R. – RO-V 01272-2003-028-12-00-8 – (04064/2005) – Florianópolis – 3ª T. – Relª Juíza Ligia Maria Teixeira Gouvêa – J. 06.04.2005).

AVISO PRÉVIO INDENIZADO – INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – Embora não esteja o aviso prévio indenizado relacionado no § 9º, do art. 28, da Lei 9.212/91, é parcela efetivamente indenizatória e, por isso, sobre esta não incide a contribuição previdenciária. Ademais, o Decreto nº 3.048/99, regulamentador da Lei 8.212/91, continua a trazer o aviso prévio indenizado como verba sobre a qual não incide o tributo (art. 214, §9º, 'f'). (TRT 23ª R. – RS 00845.2004.004.23.00-7 – Cuiabá – Relª Juíza Leila Calvo – DJMT 31.05.2005 – p. 50).

AVISO PRÉVIO INDENIZADO – NATUREZA – SALÁRIO

CONTRIBUIÇÃO – INEXISTÊNCIA DE LEI EXPECÍFICA
– *O aviso prévio indenizado não tem natureza salarial originariamente, já que não é pago em contrapartida ao labor prestado. Ele constitui indenização pela sua não concessão. Portanto, para que houvesse incidência da contribuição previdenciária, era preciso lei dispondo expressamente nesse sentido, diante do princípio da reserva leg*”. (TRT 15ª R. – RO 01079-2003-031-15-00-3 – (12168/2005) – (Proc. Orig. 01079/2003) – 5ª T. – Rel. Juiz Nildemar da Silva Ramos – DOESP 01.04.2005).

Decisão neste mesmo sentido também foi tomada pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (**AIRR 154/2003-731-04-40.0**), que negou agravo de instrumento ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A hipótese de recolhimento da contribuição foi afastada, segundo o relator Guilherme Bastos, diante da natureza estritamente indenizatória da parcela paga ao trabalhador.

O objetivo da autarquia federal era o de obter no TST o reconhecimento da incidência da contribuição sobre o valor pago a título de aviso prévio indenizado a um ex-empregado. A cobrança havia sido afastada pela primeira instância trabalhista gaúcha e, posteriormente, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul).

O entendimento do Regional foi pelo da inviabilidade do recolhimento de contribuição sobre a parcela indenizatória:

“Registre-se, por oportuno, que não vinga a tese da natureza salarial do aviso prévio indenizado, pois consoante a alínea “f” do inciso V, do parágrafo 9º, do artigo 214 do Decreto 3.048/99 referida parcela não integra o salário de contribuição, portanto não há falar em incidência de contribuição previdenciária”.

A manifestação foi questionada pelo INSS com base em dispositivos do Código Tributário Nacional (artigos 116 e 123 do CTN), que limitariam a liberdade das partes para a transação das parcelas do contrato de trabalho. O INSS argumentou, ainda, que a isenção da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado foi afastada pela Lei nº 9.528 de 1997.

No TST, o relator Guilherme Bastos reforçou a inviabilidade da cobrança da contribuição e afastou a alegação do INSS ao registrar que a legislação posterior sobre o tema – Lei nº 9.528, de 1997 –

silenciava quanto ao fato de o aviso prévio indenizado integrar ou não o chamado salário-de-contribuição:

“Recorde-se que o Decreto nº 3.048/99, o qual regulamenta a lei mencionada, exclui a parcela aviso prévio do salário de contribuição. Sabe-se que o decreto não pode contrariar a lei a qual regulamenta, até em obediência à hierarquia entre as fontes formais de direito, entretanto, repita-se, a lei é silente”.

O relator Guilherme Bastos ainda concluiu seu voto com menção à natureza da parcela que gerou o recurso do INSS:

“Como o aviso prévio indenizado não cuida de retribuição ao trabalho prestado, tampouco de compensação por tempo à disposição do empregador, configurando-se em indenização pelo serviço não prestado, resta evidente a sua natureza não-salarial, pois não há salário sem trabalho efetivamente prestado”.

A legislação tributária, por outro lado, sempre tratou como isento o aviso prévio indenizado, até para efeito de imposto de renda, como se vê no Regulamento (Decreto nº 3.000, artigo 39, XX).

O aviso prévio indenizado é uma indenização pela perda que o empregado sofre com a despedida imotivada. Indenizações, como regra, não se sujeitam a encargos, posto que não são remuneração, lucro ou ganho de capital. Servem para recompor o patrimônio que foi afetado. Isso é que justifica a não cobrança de tributos e contribuições previdenciárias sobre as indenizações pagas a ex-presos políticos, as decorrentes de sinistros, as relativas a desapropriações, danos morais, etc.

A empresa paga o aviso prévio como uma indenização em razão de rescisão abrupta do contrato do trabalho. Como a empresa não fornece os 30 dias para o emprego se desligar, ela é obrigada por lei a indenizá-lo no valor de um salário.

De fato, a Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997, que deu nova redação ao art. 28 da Lei nº 8.212/91, suprimiu o aviso prévio indenizado do rol das verbas não integrantes do salário-de-contribuição.

No entanto, a omissão legislativa não leva ao entendimento de que esta parcela (aviso prévio indenizado) passou a constituir verba sujeita à incidência da contribuição social, até porque não detém natureza salarial. O seu pagamento não advém de contraprestação a labor prestado. Trata-se de uma indenização por ausência de comunicação prévia à data do desligamento, obrigação imposta ao empregador visando oportunizar ao empregado a busca de nova colocação no mercado.

Assim, é de rigor que a autoridade apontada como coatora seja obstada de promover a cobrança da exação ora impugnada.

4. DO PEDIDO DE LIMINAR

Está claro, pois, que a cobrança de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado é abusiva e ilegal. Se o *fumus boni iuris* consiste na manifesta violação à lei, o risco de dano está no grave prejuízo financeiro para os associados do Impetrante, que estão na iminência de terem que pagar esta abusiva exação pretendida (doc. 2).

Assim, considerando o iminente risco de dano, e em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e segurança jurídica, requer-se a concessão de **medida liminar** para determinar à autoridade coatora que se abstenha de promover a cobrança de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, até o final desta lide.

5. DO PEDIDO FINAL

Diante de todo o exposto, e **após a concessão da medida liminar nos termos acima**, requer-se seja notificada a autoridade apontada como coatora, requisitando-lhe que preste as **informações** que entender cabíveis, prosseguindo-se o curso da presente demanda, ouvido o Ministério Público, até final decisão, na qual deverá ser **concedida a segurança em definitivo**, para que a autoridade coatora se abstenha de cobrar dos associados do Impetrante a contribuição previdenciária sobre o valor pago à título de aviso prévio indenizado.

Protesta provar por todos os meios em Direito admitidos.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (Um mil reais).

Pede Deferimento.

São Paulo, 20 de janeiro de 2009.

PERCIVAL MARICATO
OAB/SP 42.143

DIOGO TELLES AKASHI
OAB/SP 207.534

ROL DE DOCUMENTOS:

Doc. 1: Procuração, Estatuto Social, Ata de Eleição e CNPJ;

Doc. 2: Notícias sobre a iminência da cobrança ilegal.