

**PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I - CAPITAL SP SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SAO
PAULO 2ª VARA CÍVEL**

1999.61.00.033033- 1 - ASSOCIACAO DOS JUIZES FEDERAIS DE SAO PAULO E MATO GROSSO DO SUL - AJUFESP(SP018614 - SERGIO LAZZARINI E SP151439 - RE NATO LAZZARINI) X UNIAO FEDERAL(Proc. 295 - ROBERIO DIAS) Trata-se de ação ordinária coletiva, com pedido de antecipação de tutela, objetivando- se garantir aos associados da autora o direito de não serem submetidos ao desconto do Imposto de Renda Pessoa Física incidente sobre férias não gozadas e convertidas em abono pecuniário, nos termos facultados pelo 1º do art. 78 da Lei nº 8.112/90, bem como o de compensar tais valores com débitos do mesmo tributo. Requereu, em sede de antecipação de tutela, o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente recolhidos com valores vincendos do mesmo tributo, retidos na fonte pagadora, até a exaustão dos respectivos créditos. O pedido de antecipação de tutela foi concedido (fls. 57-59). Em face de referida decisão, foi interposto agravo de instrumento pela ré, distribuído sob nº 1999.03.00.042364- 0, ao qual foi inicialmente negado o pedido de efeito suspensivo (fls. 116-118) e posteriormente negado o seguimento (fls. 170- 177). A ré apresentou contestação (fls. 70-75), sustentando, preliminarmente, a inexistência de documentos que comprovem o efetivo recolhimento dos valores discutidos, o que impossibilitaria a repetição dos mesmos. No mérito, sustenta não haver amparo legal para a pretensão da autora, pugnano pela improcedência do pedido. Réplica às fls. 77- 79. Às fls. 80-92, foi juntada certidão expedida pelo Diretor da Secretaria Administrativa da Justiça Federal de Primeira Instância - Seção Judiciária do Estado de São Paulo, contendo informações relativas aos descontos realizados em folha de pagamento dos juizes federais, a título de imposto de renda retido na fonte, relativamente a parcelas pagas em virtude de conversão em pecúnia de períodos relativos a férias dos magistrados. As partes não requereram dilação probatória (fls. 102 e 105-verso). Às fls. 107-113, foi juntada arguição de incompetência absoluta formulada pela ré, através da qual se requereu a remessa dos autos ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso I, letra n, da CF/88, bem como a nulidade dos atos decisórios proferidos até então, consoante o 2º do art. 113 do CPC. Referido pedido foi indeferido (fls. 114-114-verso) . Em face dessa decisão foi interposto agravo de instrumento pela ré, distribuído sob nº 2000.03.00.006811- 0, o qual foi inicialmente recebido com efeito suspensivo (fls. 125- 126). Recentemente, foi negado seguimento ao referido recurso (fls. 178-182) e, assim, vieram os autos conclusos para sentença. É o relatório. Decido. Preliminares: Inicialmente, ratifico as decisões referentes à competência deste juízo para processo e julgamento do feito por seus próprios fundamentos. Sustenta a ré a carência de ação por parte da autora, ante a inexistência de documentos nos autos que comprovem o efetivo recolhimento dos valores discutidos, o que impossibilitaria a repetição dos mesmos. Todavia, postula a autora na

inicial direito de seus associados efetuarem a compensação de valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda, com valores vincendos do mesmo tributo retido na fonte pagadora. Para tanto, os documentos essenciais são apenas aqueles aptos a demonstrar o preenchimento das condições da ação, o que é possível de se verificar no caso pelo mero enquadramento dos substituídos na hipótese legal indicada na petição inicial. Não bastasse isso, os documentos de fls. 80-92 supririam a eventual irregularidade processual. Ademais, o efetivo recolhimento do imposto de renda por parte dos associados da autora e o respectivo encontro de contas devem ser verificados tão-somente no momento do cumprimento da sentença ou de sua antecipação, quando então serão necessários documentos específicos para comprovação de valores. Improcede, portanto, a preliminar aventada. Assim, presentes os pressupostos processuais pertinentes e condições da ação, passo a analisar o mérito.

Mérito: Prescrição: Tratando-se de compensação ou de repetição de indébito tributário, incide a regra do art. 168 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a pretensão de restituição prescreve com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165 do CTN, da data da extinção do crédito tributário; II - na hipótese do inciso 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. No caso, tratando-se de autolançamento, a jurisprudência do Eg. STJ pacificou-se no sentido de que tal prazo para o pedido de repetição ou de compensação tem seu marco inicial imediatamente após a homologação pelo Fisco expressa ou tácita. É o que se denominou de tese dos 5+5 anos. A aplicação da LC 118/2005 somente seria possível para as ações ajuizadas após o início de sua vigência ocorrida aos 09 de junho de 2005, o que não se observa. Destarte, deve ser fixado em 10 anos contados retroativamente a partir da propositura da ação o prazo prescricional. No mérito propriamente dito, como cediço, quer em sede doutrinária, quer em sede jurisprudencial, pacificou-se o entendimento no sentido de que a competência da União para a tributação da renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III, da Constituição Federal) restringe-se apenas e tão-somente aos chamados acréscimos patrimoniais, assim entendida a aquisição de disponibilidade de riqueza nova. Não constitui acréscimo patrimonial, então, aquelas verbas de natureza eminentemente indenizatórias, ou seja, aquelas que visam a recompor os danos sofridos no decorrer da relação de trabalho. Não basta, contudo, que a determinadas verbas se atribua a denominação verba indenizatória para, ipso facto, torná-la insuscetível de tributação. É indispensável que ela tenha por finalidade recompor um prejuízo sofrido pelos associados da autora, o que deve ser comprovado pela mesma. Feitas essas considerações iniciais, passo à análise da natureza da verba referida pela autora.

ABONO DE FÉRIAS NÃO USUFRUÍDAS o abono de férias não gozadas em questão era previsto no 1º do art. 78 da Lei nº 8.112/90, revogado pela Lei nº 9.527/97, que dispunha: Art. 78 (..) 1º É facultado ao servidor converter 1/3 (um terço) das férias em abono pecuniário, desde que o requeira com pelo menos 60 (sessenta) dias de antecedência. As férias anuais remuneradas são conquista social de todos os trabalhadores com fundamentos os mais diversos, mas essencialmente o mérito refletido na necessidade de descanso periódico do trabalho para recuperação da fadiga. Quando não gozadas por necessidade de serviço, evidente o prejuízo na saúde do trabalhador e, assim, caracterizada como indenizatória a verba recebida como abono por tal período. Nesse sentido, a Súmula nº 125 do Eg. Superior Tribunal de Justiça: O pagamento de férias não gozadas por necessidade de serviço não está sujeito à incidência do Imposto de Renda. No que pertine ao recebimento de férias em pecúnia por opção do próprio interessado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também é pacífica no sentido da não incidência do IR. Eis as ementas ilustrativas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS. ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS. ENTENDIMENTO DESTES STJ PELA NÃO- INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO-OCORRÊNCIA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. INVIABILIDADE (SÚMULA 7/STJ).1. De acordo com o art. 535, I, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são cabíveis quando houver obscuridade na sentença ou no acórdão, hipótese, contudo, não-ocorrente no caso em apreço, em que o Tribunal de origem decidiu, de maneira clara e inteligível, a questão referente à forma de devolução do indébito tributário. 2. A pretensão da Fazenda Nacional de que incida o Imposto de Renda sobre as importâncias recebidas a título de abono pecuniário de férias está em desconformidade com a orientação jurisprudencial predominante neste Tribunal. Entendimento fundado na premissa de que tais verbas possuem caráter indenizatório. Precedentes. 3. Conforme já proclamou a Segunda Turma, ao julgar o REsp 812.685/SC, sob a relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, não há por que falar em julgamento extra petita e, por conseguinte, em ofensa aos arts. 128 e 460 do CPC, se o ato decisório recorrido guarda congruência com o pedido consignado na petição inicial. A teor do disposto nos arts. 165 do CTN e 66, 2º, da Lei n.8.383/91, fica facultado ao contribuinte o direito de optar pelo pedido de restituição, podendo ele escolher a compensação ou a modalidade de restituição via precatório.4. A fixação dos honorários advocatícios com fundamento no 4º do art. 20 do Código de Processo Civil dar-se-á pela apreciação equitativa do juiz, em que se evidencia um conceito não somente jurídico, mas também subjetivo, porque representa um juízo de valor, efetua do pelo magistrado, dentro de um caso concreto. Assim, reavaliar o critério adotado pelo Tribunal de origem para o arbitramento da verba honorária ensejaria a análise de matéria fática, o que não se coaduna com o apelo excepcional, consoante enunciam as Súmulas 7/STJ e 389/STF.5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 670.251/PE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 211)TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - ABONO PECUNIÁRIO DE FÉRIAS - CARÁTER INDENIZATÓRIO - NÃO-INCIDÊNCIA DO TRIBUTO - ART. 43 DO CTN - INAPLICABILIDADE - ITER ATIVOS PRECEDENTES. 1. A impossibilidade de os recorridos usufruírem dos benefícios criados pelo empregador ou por opção deles, titulares, gera a indenização; porque, negado o direito que deveria ser desfrutado in natura, surge o substitutivo da indenização em pecúnia. O dinheiro pago em substituição a essa recompensa não se traduz em riqueza nova, nem tampouco em acréscimo patrimonial, mas apenas recompõe o patrimônio do empregado, que sofre prejuízo por não exercer esse direito.2. Não resta configurado, portanto, acréscimo patrimonial - hipótese de incidência do imposto de renda prevista no art. 43 do Código Tributário Nacional. 3. Uma vez convertido 1/3 de férias em dinheiro, ainda que por opção do servidor, tal conversão, indubitavelmente, constitui-se em parcela indenizatória, mesmo porque a conversão só é deferida se interessar à Administração. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.(RMS 18.750/AC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 07/11/2006 p. 281)Dessa forma, acompanhando o posicionamento já pacificado no âmbito do Eg. Superior Tribunal de Justiça, tenho que procedem as alegações da parte autora. Reconhecido o direito ao indébito tributário, cabível o pedido de compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda, incidente sobre as férias não gozadas e convertidas em abono pecuniário, com valores vincendos do mesmo tributo, retidos na fonte pagadora.Isto porque o art. 66 da lei n. 8.383/91, com redação dada pela Lei 9.069/95, assim dispõe: Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando

resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. 1 A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. No caso, o pedido está perfeitamente enquadrado ao previsto no dispositivo legal visto. Por tais motivos, procede o pedido da autora. Ressalte-se, no entanto, a necessidade das compensações serem efetivadas considerando o ajuste anual do IRPF. Correção monetária e juros de mora. A correção monetária dos valores envolvidos incidirá desde a data do pagamento indevido, a teor da Súmula 162, do Superior Tribunal de Justiça, e da Súmula 46, do extinto Tribunal Federal de Recursos, e deverá ser efetuada com a utilização dos índices definidos na Resolução n.º 561/2007 do Eg. CJF para a repetição de indébito, incluindo os expurgos nela previstos. Dessa forma, os juros moratórios somente incidirão, no caso, no período de utilização da Taxa SELIC. Em razão da natureza mista da SELIC, que representa tanto a desvalorização da moeda como o índice de remuneração de juros reais, não é possível sua cumulação com outro índice de correção monetária ou taxa de juros moratórios. Ante o exposto, Confirmo a decisão de antecipação de tutela de fls. 57-59, mantida pelo Eg. TRF da 3.ª Região às fls. 171-177, e JULGO PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 269, I do Código de Processo Civil, para garantir aos substituídos, observada a prescrição decenal na forma acima determinada, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda incidente sobre a parcela de férias não gozadas e convertidas em abono pecuniário, durante a vigência do art. 78, 1, da Lei n. 8.112/90, devidamente corrigidos nos termos da Resolução n.º 561/2007 do Eg. CJF, sendo que os juros de mora já estão abrangidos pela utilização da Taxa Selic. Condene a ré ao ressarcimento das custas e ao pagamento de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00, devidamente corrigidos nos termos da Resolução n.º 561/2007 do Eg. CJF, tendo em vista tratar-se de questão meramente de direito, bem como do valor dado à causa. Sentença sujeita ao reexame necessário. Encaminhe-se cópia por correio eletrônico ao Eg. TRF da 3ª Região, conforme determina o Provimento CO GE N.º 64, de 28 de abril de 2005, comunicando à Exma. Sra. Dra. Desembargadora Federal Relatora dos Agravos de Instrumento n.ºs 1999.03.00.042364- 0 e 2000.03.00.006811- 0 (3ª Turma), o teor desta sentença, com nossas homenagens. P. R. I. C.