

**PROCESSO**

0019071-16.2011.4.03.6100

Autos com (Conclusão) ao Juiz em 31/07/2012 p/ Sentença

\*\*\* Sentença/Despacho/Decisão/Ato Ordinatório

Tipo : A - Com mérito/Fundamentação individualizada /não repetitiva

Livro : 2 Reg.: 140/2014 Folha(s) : 260

Vistos etc.. Trata-se de ação ordinária ajuizada por Heleno & Fonseca Construtécnica S.A. em face da União Federal e Caixa Econômica Federal (CEF) visando a devolução de contribuição ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de 10% sobre demissões sem justa causa, recolhida nos termos do art. 1º da Lei Complementar 110/2001, entre março/2001 e setembro/2011. Em síntese, a parte-autora sustenta que a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas - APEOP (de quem é filiada) obteve êxito em Mandado de Segurança Coletivo (nº 2001.61.00.030231-9) que combateu a contribuição ao FGTS de 10% de que trata o art. 1º da Lei Complementar 110/2001. Ante ao trânsito em julgado daquela ação, e temendo a prescrição, a parte-autora pede a devolução do que pagou a esse título em demissões sem justa causa entre março/2001 e setembro/2011. A CEF contestou (fls. 3984/3999), assim como a União Federal (fls. 4034/4050). Réplicas às fls. 4006/4028 e 4074. As partes pediram o julgamento antecipado da lide (fls. 4052, 4057/4058 e 4077). É o breve relato do que importa. Passo a decidir. Iniciando, no que concerne à legitimidade passiva, combinando o previsto no art. 3º, caput, da Lei Complementar 110/2001, com o disposto na Lei 8.036/1990, bem como com o expresso no art. 1º, da Lei 8.844/1994, compete ao Ministério do Trabalho a fiscalização e apuração das contribuições ao FGTS ora combatidas. Complementando, o art. 11, III, da Lei 10.593/2002, firma a atribuição dos Auditores Fiscais do Trabalho para verificar o recolhimento do FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação, motivo pelo qual a União Federal, por ser a pessoa jurídica de direito público a qual os órgãos em tela estão vinculados, deve estar no pólo passivo da presente demanda. Assim, a CEF é parte ilegítima nesta ação. É verdade que essa instituição financeira tem responsabilidade por gerenciar o produto da arrecadação das exações instituídas pela Lei Complementar 110/2001 (particularmente o pagamento dos expurgos inflacionários indevidamente levados a efeito em planos econômicos, que justificam a cobrança ora combatida), mas isso não a converte em parte legítima para figurar no pólo passivo de ação judicial que questiona a própria exigência da exação. Inaplicável, assim, o contido na Súmula 249, do E.STJ. A ilegitimidade da CEF para o pólo passivo de feitos envolvendo as contribuições da Lei Complementar 110/2001 está pacificada no E.STJ, como se pode notar no RESP 200800678233 - RESP - RECURSO ESPECIAL - 1044783, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, v.u., DJE de 16/06/2008: "ADMINISTRATIVO. FGTS. LC110/01.CONTRIBUIÇÕESSOCIAIS. ILEGITIMIDADEPASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. 1. A Caixa Econômica Federal é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de demanda visando à inexigibilidade das contribuições sociais previstas nos artigos 1º e 2º da LC 110/01. Precedentes: REsp 670608 / PB, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ 03.08.2006; AGA 806837 / RS, 1ª T., Min. Denise Arruda, DJ 31.05.2007; REsp 901737/SP, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2007; REsp 674.871/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 01.07.2005; REsp 593.814/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 19.09.2005 2. Recurso especial a que se nega provimento." Desse modo, o feito deve ser extinto sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva, com relação a Caixa Econômica Federal (CEF),

nos termos do art. 267, VI, do CPC. No que tange à lide em face da União Federal, o feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil (CPC). Estão presentes as condições da ação, bem como os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual. Oportunamente, verifico que o feito foi processado com observância do contraditório e ampla defesa, inexistindo situação que possa a levar prejuízo aos princípios do devido processo legal. Sendo certa a natureza tributária (contribuições sociais gerais) da exação devida pelos contribuintes ao FGTS na forma da Lei Complementar 110/2001, no que concerne ao perecimento do direito à recuperação do indébito, o Código Tributário Nacional (CTN, Lei Complementar por recepção para tratar de normas gerais tributárias, conforme o art. 146, III, "c", da Constituição), em seu art. 168 do CTN, estabelece prazo quinquenal (contado da extinção definitiva do crédito tributário) para que o ressarcimento de pagamentos indevidos seja pleiteado pelos sujeitos passivos respectivos (mediante restituição administrativa, repetição judicial, ou por compensação, distintos apenas quanto ao mecanismo de devolução). Durante os 30 primeiros anos de vigência do CTN, considerou-se extinto o crédito tributário pelo pagamento, independentemente da modalidade de lançamento ao qual o tributo estivesse sujeito. Porém, em meados da década de 1990, a orientação jurisprudencial se modificou em se tratando de tributos sujeitos à lançamento por homologação (caracterizado pelo fato de o sujeito passivo promover o cálculo e o recolhimento do tributo antes da conferência e lançamento pelo Fisco). A partir de então, a posição dominante no E.STJ, passou a entender que a extinção definitiva ocorria com a homologação expressa ou tácita dos procedimentos realizados pelo sujeito passivo (cálculo e recolhimento, nos termos do art. 150 e parágrafos, do CTN), daí porque a contagem do prazo de 5 anos para a recuperação do indébito (art. 168, I, combinado com o art. 165, ambos do CTN) deveria iniciar da homologação promovida pela autoridade fiscal competente (ou expressa, ou tácita, vale dizer, 5 anos mais 5 anos, contados do fato gerador). Nesse sentido, decidiu a 1ª Seção do E.STJ, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial - ERESP 346467/DF (no RESP 2002/0043497-0), DJ de 30/06/2003, p. 0125, Rel. Min. Francuilli Netto, v.u.. Embora muitas vezes sejam feitas referências ao prazo de 10 anos para recuperar o indébito com apoio nesse entendimento do E.STJ, na verdade o prazo sempre foi quinquenal, contado do lançamento por homologação, expresso ou tácito. Como geralmente a homologação é tácita (5 anos após a ocorrência do fato gerador), aí considerava-se a extinção da obrigação tributária (art. 156, VII, do CTN) e o início do prazo de perecimento para a recuperação do indébito. Sempre tive entendimento diverso do E.STJ, pois, em condições normais, atos homologatórios têm natureza declaratória. Assim, o lançamento por homologação, ainda que constitutivo do crédito tributário, reporta-se à data do cálculo e recolhimento a serem homologados, regendo-se pela legislação então vigente (art. 144, do CTN), motivo pelo qual homologam-se atos passados promovidos pelo contribuinte (5 anos após o fato gerador, no caso de lançamento tácito), daí porque a extinção do crédito se dá ao tempo do pagamento. Porém, em razão de a jurisprudência do E.STJ ter se consolidado noutro sentido, curvei-me a ela, em favor da unificação do Direito, da pacificação dos litígios e da otimização da prestação jurisdicional. Ocorre que foi editada a Lei Complementar 118, DOU de 09.02.2005, com finalidade expressamente interpretativa, a qual, em seu art. 3º, para fins de prazo de recuperação de indébito (art. 168, I, do CTN), previu que "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." Conforme expressa previsão do art. 4º, dessa Lei Complementar 118/2005, a interpretação dada pelo art. 3º terá efeitos retroativos (ou seja, desde o início da vigência do CTN). A despeito da possibilidade de essa Lei Complementar 118/2005 operar efeitos pretéritos, é certo que ela é aplicável para o futuro, tendo como parâmetro o término da vacância de 120 contados de sua publicação (DOU de 09.02.2005), vale dizer, a partir de 10.06.2005 (inclusive). Tendo em vista que o E.STJ entende que a regra de compensação é processual, as disposições da Lei Complementar 118/2005, no tocante à recuperação do indébito, aplicam-se apenas aos pleitos judiciais ou administrativos formulados a partir de 10.06.2005 (inclusive). O E.STF sedimentou entendimento pela aplicação do prazo quinquenal da Lei Complementar 118/2005 somente para ações ajuizadas a partir de 10.06.2005 (inclusive), tendo em vista que a vacância prevista nessa lei promoveria segurança jurídica ao novo prazo de perecimento para a recuperação de débitos tributários, como se pode notar no RE 566621/RS, Relª. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, m.v., com Repercussão Geral, DJe-195 Divulg 10-10-2011 Public 11-10-2011: "DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/05, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. 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. Aplicação do art. 543-B, 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. No REsp 1269570/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012, DJe 04.06.2012 (e nos respectivos embargos de declaração), a Primeira Seção do E.STJ se filiou ao entendimento do E.STF para superar entendimento diverso anteriormente afirmado pela mesma Seção no REsp. n.1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, tudo nos termos do art. 543-C, 7º, II, do CPC.. Afinal, para fins de interrupção ou de renovação do prazo para recuperação de indébitos, enquanto vigentes os mencionados preceitos do CTN, não vejo meios de conferir efeito constitutivo de direito à decisão proferida pelo E.STF em controle de constitucionalidade concentrado ou incidental (à exceção das partes diretamente envolvidas na relação jurídica processual, obviamente). O mesmo se pode dizer quanto à edição de Resolução do Senado Federal (a pretexto do art. 52, X, da Constituição), tudo sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica que justifica a pacificação dos litígios pela decadência e prescrição. Do contrário, o Direito estaria assistindo àquele que não diligencia por seus interesses, mesmo após vários anos. Lembro que o inverso é verdadeiro, qual seja, a declaração de constitucionalidade de cobrança de exação, por decisão do E.STF, não dá prazo adicional para a fazenda pública proceder ao lançamento ou promover a execução de crédito tributário (não obstante os termos do art. 741, parágrafo único, do CPC, na redação dada pela MP 2.180-35, de 24.08.2001, cujos efeitos se prolongam na forma do art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11.09.2001). Não há que se falar em prazo vintenário pois a exação em tela não pode ser vista como obrigação civil ou outra qualquer, mas sim como obrigação tributária, ainda na parte paga indevidamente, porque a cobrança da mesma se deu sob justificativa de ser tributo. Ante ao exposto, tendo em vista a data do ajuizamento deste feito e a documentação acostada aos autos, deve ser garantido o direito potencial à recuperação do indébito considerando o prazo de 05 anos da extinção da obrigação tributária pelo pagamento (nos moldes da Lei Complementar 118/2005), observada a data de distribuição desta ação para a verificação desse perecimento. Ocorre que o pedido deve ser julgado improcedente. Tratando exatamente do tema nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.556-DF e 2.568-DF, Rel. Min. Moreira Alves, em 09.10.2002, o E.STF reconheceu a constitucionalidade das contribuições sociais gerais exigidas nos moldes da Lei Complementar 110/2001, em especial o FGTS de 10% em razão de demissão de empregados sem justa causa. O E.STF reconheceu apenas a inconstitucionalidade dessa exação no tocante ao princípio da anterioridade previsto no art. 150, III, "b", da Constituição, vale dizer, o art. 14, I e II, da Lei Complementar 110/2001 é inconstitucional ao pretender que as exigências dos arts. 1º e 2º dessa lei incidam no ano de 2001 (embora seja certa a validade em relação aos fatos geradores que ocorreram a partir de 1º.01.2002). Ao julgar a ADI 2556/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno do E.STF, m.v., DJe-185, concluiu: "Ementa: Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor

previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. A segunda contribuição criada pela LC 110/2001, calculada à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, extinguiu-se por ter alcançado seu prazo de vigência (sessenta meses contados a partir da exigibilidade - art. 2º, 2º da LC 110/2001). Portanto, houve a perda superveniente dessa parte do objeto de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade. Esta Suprema Corte considera constitucional a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, b da Constituição). O argumento relativo à perda superveniente de objeto dos tributos em razão do cumprimento de sua finalidade deverá ser examinado a tempo e modo próprios. Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em relação ao artigo 2º da LC 110/2001 e, quanto aos artigos remanescentes, parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, caput, no que se refere à expressão "produzindo efeitos", bem como de seus incisos I e II." O mesmo E.STF, ao julgar a ADI 2568-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, m.v., DJ de 20.09.2012, declarou a inconstitucionalidade do artigo 14, caput, da Lei Complementar 110/2001 no que se refere à expressão "produzindo efeitos", bem como de seus incisos I e II, para que esse tributo não seja cobrado no ano-base de 2001, ao mesmo tempo em que foi reconhecida a válida imposição a partir do ano de 2002. Como é pacífico, as decisões definitivas de mérito proferidas em ADIs, pela procedência ou improcedência do pedido, têm eficácia erga omnes, efeito ex tunc (salvo modulações, o que não houve no caso dos autos) e efeito vinculante, impondo o cumprimento pelos membros do Judiciário, além da própria Administração Pública, o mesmo se dando com liminares (todavia, apenas se deferidas e, em regra, com efeito ex nunc). Assim, é imperativo acolher o julgado pelo E.STF nas mencionadas ADIs, sob pena do cabimento da ação de reclamação para preservação da autoridade das decisões do Pretório Excelso (prevista no art. 102, I, "I", da Constituição Federal). A coisa julgada obtida pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas - APEOP (de quem a parte-autora é filiada desde 1961, fls. 39/42) no Mandado de Segurança Coletivo nº 2001.61.00.030231-9 (fls. 44/96) não viabiliza o pleito formulado nos autos. O direito brasileiro contemporâneo está repleto de disposições normativas e de interpretações judiciais no sentido da necessária prevalência das orientações pacificadoras do Supremo Tribunal Federal em relação às coisas julgadas "acidentais" que contrariam o entendimento daquela Corte. A admissão da ação rescisória (art. 485, V, do Código de Processo Civil, com a não aplicação da Súmula 343 do E.STF), a ação declaratória de nulidade de sentença (conhecida como Querela Nullitatis), a impugnação ao cumprimento das coisas julgadas (ou simplesmente "cumprimento de sentença") do art. 475-L e 1º, do Código Processual Civil e os embargos à ação de execução de coisa julgada nos termos previstos no art. 741, II, parágrafo único, do mesmo Código Processual Civil (observada a Súmula 487 do E.STJ), são exemplos da necessidade de aplicação das orientações pacificadoras do E.STF em favor da composição de litígios e da afirmação da unidade do Direito. Por isso, a despeito do argumento da prescrição apresentado na inicial desta ação, creio que a parte-autora realmente não teria êxito em pleitear a devolução do indébito na via administrativa, pois a União Federal e quem mais possa ter gestão sobre os recursos reclamados neste feito estarão sujeitos ao efeito vinculante derivado das decisões do E.STF nas ADIs 2.556-DF e 2.568-DF. De outro lado, é de duvidosa viabilidade a possibilidade de a parte-autora pugnar pelo cumprimento de

sentença ou pela ação de execução de julgado nos autos do Mandado de Segurança Coletivo nº 2001.61.00.030231-9, uma vez que dentre os vários obstáculos para tanto estariam as possibilidades de impugnação ou de embargos previstas no art. 475-L, 1º, e no art. 741, II, parágrafo único, ambos do CPC. A verdade é que, propondo esta ação ordinária (ação de conhecimento) na qual aduz a própria inconstitucionalidade da contribuição ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) de 10% de que trata o art. 1º da Lei Complementar 110/2001, entre março/2001 e setembro/2011, a parte-autora reabre a discussão de mérito para ficar exposta, primeiro, à prescrição quinquenal e, segundo, aos insuperáveis efeitos vinculantes das mencionadas ADIs. Não bastasse, ao propor a presente ação de conhecimento a parte-autora dá fundamento ao entendimento de que se desliga do resultado coletivo do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.030231-9 para perseguir resultado processual individual, já que é essa a consequência de quem propõe ações individuais nessas condições de também estar potencialmente exposta a ações coletivas. Por fim, se a parte-autora pretende se servir da coisa julgada coletiva do Mandado de Segurança nº 2001.61.00.030231-9, é óbvio que a presente ação de conhecimento de cunho condenatório não pode ser tida como sucedâneo de cumprimento de sentença ou de ação de execução de sentença do Mandado de Segurança Coletivo nº 2001.61.00.030231-9, mesmo porque o resultado seria equivalente ao presente (então também com apelo ao art. 475-L e art. 741 do CPC), tudo para fazer prevalecer o decidido pelo E.STF nas ADIs 2.556-DF e 2.568-DF. Ante ao exposto, com relação a Caixa Econômica Federal (CEF), JULGO EXTINTO O PROCESSO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO, nos termos do art. 267, VI do CPC, por ilegitimidade passiva. No mais, em relação à União Federal, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado. Honorários em 10% do valor da condenação, devidos na proporção de 05% para a CEF e de 05% para a União Federal. Custas ex lege. Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos. P.R.I. e C.

Disponibilização D.Eletrônico de sentença em 27/03/2014 ,pag 0