



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA MM. VARA
FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP.**

CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CIESP, associação civil de fins não econômicos, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Paulista, nº. 1313, 14º andar, CEP: 01.311-923, inscrito no CNPJ sob o nº. 62.226.170/0001-46, representado pelos advogados subscritos conforme procuração anexa (doc.01) vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com base no art. 5º, incisos LXIX e LXX, alínea “b” da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº. 1.533/51, **impetrar** o presente

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

contra ato ilegal e abusivo a ser praticado pelo **Ilmo. Superintendente da Secretaria da Receita Federal da 8ª Região que compreende o Estado de São Paulo** ou quem faça suas vezes na presente coação impugnada, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.



I. DOS FATOS

A Constituição da República, por meio do art. 195, outorgou à União competência para instituir contribuição social sobre:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) **a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados**, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

(...)” – Destacamos.

Portanto, é reservada à União competência para tributar o empregador e o empregado, cuja base de cálculo da exação será a folha de salário e os demais rendimentos do trabalho.

Como condição para o exercício da competência, a Constituição determina a edição de lei ordinária, como único veículo introdutor hábil à instituição do tributo:



“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
(...)” – Destacamos.

Nesse passo, a União instituiu contribuição social, nos limites estabelecidos pelo art. 195 da Lei Maior, por meio da Lei nº 8.212/91:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das **remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título**, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, **destinadas 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.
(...)” – Destacamos.

“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;

(...)”

Do cotejo das normas citadas, verifica-se que a tributação somente será



lícita, se incidir sobre os rendimentos destinados a retribuir o trabalho.

Noutros termos, a tributação, por meio dessa modalidade, somente poderá alcançar a renda destinada a retribuir o trabalho do empregado e trabalhador avulso.

O conceito de renda trazido ao lume por Roque Antonio Carrazza¹:

“É que, de acordo com a Constituição, a *renda* (tanto quanto os *proventos de qualquer natureza*) deve representar um ganho ou riqueza nova.”

Por isso, não integra a base de cálculo do tributo qualquer recebimento, pelo empregado ou trabalhador avulso que possua natureza jurídica indenizatória.

Tanto assim é verdade, que a Lei nº. 8.212/91, art. 28, I, §9º, item 9, diz que não se considera contribuição os valores recebidos a título de indenização, de que trata o art. 9º, da Lei nº. 7.238/84.

§9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;

(...)” – Destacamos.

O art. 9º, da Lei nº. 7.238/84, regula o aviso prévio indenizado:

“Art 9º - O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele optante ou não pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.” – Destacamos.



Dessa forma, é forçoso concluir que não há amparo legal para fazer integrar a base de cálculo da contribuição social o montante recebido pelo empregado a título de aviso prévio indenizado.

Ocorre que a União expediu o Decreto nº. 6.727/09, que revogou o inciso V, §9º, do art. 214 do Decreto nº. 3.048/99, que regulamentava a Lei nº. 8.212/91, determinando que incidiria contribuição social sobre o aviso prévio indenizado:

“Art. 1º Ficam revogados a alínea “f” do inciso V do § 9º do art. 214, o art. 291 e o inciso V do art. 292 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999.”

Porém, conforme será enfrentado no mérito, a exigência da contribuição social incidente sobre o aviso prévio indenizado fere a lei e a Constituição da República.

II. DO CABIMENTO DA AÇÃO

O instrumento ora impetrado está disciplinado no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal Brasileira de 1988 e na Lei nº. 1533/51.

Aduz o inciso supracitado da Carta Magna que *“conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por hábeas corpus ou hábeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”*.

Este é o meio adequado para reparar direito líquido e certo prejudicado ou ameaçado, protegendo-o de lesão ou ameaça de lesão, sendo que direito líquido

¹ Curso de Direito Constitucional Tributário, 23ª Ed. Malheiros, p. 684.



e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência e está apto a ser exercido no momento da impetração.

O pedido tem por pressuposto o reconhecimento incidental da ilegalidade do Decreto nº. 6.727/09, que alterou o Decreto nº. 3.048/99, que autoriza a autoridade coatora a exigir do impetrante e dos seus associados o pagamento de contribuição social previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado dos seus empregados ou de seus associados, cujas materialidades não estão previstas no art. 195 da Constituição da República e, por conseqüência, na Lei nº. 8.212/91.

Conforme será demonstrado em tópico oportuno, a contribuição deverá incidir somente sobre verbas recebidas pelo empregado por força do trabalho realizado ou pelo tempo à disposição de seu empregador, não para as verbas de natureza indenizatória, como é o caso do aviso prévio indenizado, valor pago pelo empregador quando ele demitir sem justa causa um empregado sem o cumprimento do aviso prévio de 30 dias.

Há que ressaltar que o mandado de segurança é um remédio constitucional amplamente utilizado para a proteção de direito individual ou coletivo violado por ato de qualquer autoridade, excetuando-se ato que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, decisão ou despacho judicial para o qual haja recurso processual eficaz ou possa ser corrigido através de correção e ato disciplinar, salvo praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial. (artigo 5º da Lei do *writ*)

Assim, torna perfeitamente cabível a via ora impetrada para a defesa dos direitos do impetrante e dos seus associados para que não recolham a contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, como outrora a Lei



explicitava.

Apenas a título de esclarecimento do *mandamus* a ser impetrado, este pode ser preventivo ou repressivo, o que depende da verificação do cometimento ou não de determinada ilegalidade. O preventivo pode ser impetrado contra ameaça de direito líquido e certo, e o repressivo quando a ilegalidade já foi cometida.

O mandado de segurança preventivo é o meio cabível para defender o direito líquido e certo do empregador para que este deixe de recolher a contribuição previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado em caso de demissão de funcionários.

Esta medida tem sido muito utilizada em matéria tributária, principalmente para proteger o contribuinte da cobrança de tributos inconstitucionais.

Segundo o professor Hely Lopes Meirelles “embora não seja cabível o mandado de segurança contra lei em tese (Súmula n. 266 do STF), a edição de nova legislação sobre a tributação traz em si a presunção de que a autoridade competente irá aplicá-la. Assim, a jurisprudência admite que o contribuinte, encontrando-se na hipótese de incidência tributária prevista na lei, impetre o mandado de segurança preventivo, pois há uma ameaça real e um justo receio de que o fisco efetue a cobrança do tributo.”²

Corroborando com o entendimento supramencionado, é pacífico no Tribunal Regional Federal da Terceira Região, o acatamento de mandado de segurança preventivo, com finalidade análoga à da presente ação:

² Mandado de Segurança, 31ª Edição, 2008, Malheiros Editores, p.28.



TRIBUTÁRIO: MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SUSPENSÃO DO RECOLHIMENTO.PARCELAS INDENIZATÓRIAS. NATUREZA. NÃO INCIDÊNCIA. MEDIDAS PROVISÓRIAS 1523/96 E 1596/97. LEI 8212/91, ARTS. 22 § 2º E 28 §§ 8º E 9º. REVOGAÇÃO. LEI 9528/97. ADIN 1659-8/DF. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

I - O mandado de segurança preventivo é adequado para suspender a exigibilidade de contribuição social incidente sobre verbas de natureza indenizatória pagas aos empregados, bem como declarar incidentalmente a inconstitucionalidade ou ilegalidade de medida provisória (MP 1523/96 e 1596/97).

II - Os pagamentos de natureza indenizatória tais como aviso prévio indenizado, indenização adicional prevista no artigo 9º da 7238/84 (dispensa nos 30 dias que antecedem o reajuste geral de salários) e férias indenizadas não compõem a remuneração, donde inexigível a contribuição previdenciária sobre essas verbas. Precedentes.

III - O Colendo STF suspendeu liminarmente em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 1659-8) os dispositivos previstos nas MP's 1523/96 e 1596/97, os quais cuidam da incidência da contribuição previdenciária sobre parcelas indenizatórias, além de terem sido revogados pela Lei de conversão 9528/97, embora a referida ADIN tenha sido julgada prejudicada a final, em virtude da perda de objeto da mesma.

IV - Destarte, a impetrante possui o direito líquido e certo de suspender a exigibilidade das contribuições, especialmente o aviso prévio indenizado e a indenização adicional da Lei 7238/84, cuja concessão parcial do mandamus foi correta e deve ser mantida, negando-se provimento à apelação e à remessa oficial.

V - Apelação do INSS e remessa oficial improvidas.”³ Grifamos e destacamos.

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - CABIMENTO - LEI QUE INSTITUI COBRANÇA DE TRIBUTOS - FINSOCIAL - LEI n.º 7.689/88.

1. O mandado de segurança preventivo não investe contra lei em tese, pois tem por escopo evitar a imposição de medidas

³ TRF 3ª REGIÃO, AMS Nº 191811, SEGUNDA TURMA, DES. REL. CECILIA MELLO.



punitivas pela autoridade impetrada.

2. Com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, a qual alterou dispositivos do Código de Processo Civil referentes a recursos e ao reexame necessário, dentre eles o acréscimo do § 3º ao art. 515, na hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito, é permitido ao Tribunal julgar desde logo a lide, se a causa versar questões exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

3. Todavia, não é essa a hipótese destes autos, eis que não houve regular processamento do mandado de segurança em primeiro grau de jurisdição, a teor dos artigos 7º e 10 da Lei nº 1.533/51, razão pela qual se impõe a anulação da sentença e a devolução dos autos à origem para o prosseguimento regular do feito.”⁴ – Destacamos.

No mesmo sentido os seguintes julgados, proferidos pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região: AMS nº. 291141, Sexta Turma, Des. Rel. Lazarano Neto; AMS nº. 191882, Segunda Turma, Des. Rel. Cecilia Mello; AMS nº. 97030522947, Quarta Turma, Des. Rel. Newton de Lucca.

Deste modo, a via mandamental adequada é o mandado de segurança, revestido de caráter preventivo, visto antecipar-se à ocorrência da violação do direito a que se pretende defender.

Diante o exposto, resta evidente a interposição do presente mandado de segurança coletivo, de forma preventiva, com o fim de que lhe seja conferida liminar, obstando a incidência da norma, para que o impetrante e os seus associados sejam desobrigados a recolher a contribuição sobre a indenização paga ao empregado a título de aviso prévio e, ao final, seja concedida pelo Poder Judiciário a segurança definitiva, declarando a ilegalidade e a inconstitucionalidade da exigência fiscal em comento.



III. DA LEGITIMIDADE ATIVA

A Lei Maior outorga à impetrante a competência para representar os seus associados em ação de mandado de segurança coletivo:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

(...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”** – Destacamos.

A impetrante é entidade civil, associativa, de direito privado, sem fins lucrativos, de duração indeterminada, regida pelo seu Estatuto anexo (doc.02), fundada em 28 de março de 1928, que tem entre suas finalidades e objetivos defender de forma permanente e intransigente os interesses da indústria e de seus associados.

Logo, preenche o impetrante as condições previstas na Lei das Leis para a impetração de mandado de segurança coletivo, revelando que possui legitimidade ativa para valer-se desse remédio constitucional.

⁴ TRF 3ª REGIÃO, AMS Nº 135286, SEXTA TURMA, MAIRAN MAIA.



Mais do que uma prerrogativa, é um dever, pelo disposto no seu Estatuto, a impetração do presente mandado de segurança coletivo.

IV. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A legislação determina a impetração de mandado de segurança contra ato de violação ou ameaça de sofrê-la de autoridade, chamada de autoridade coatora, que é o impetrado do *writ*.

De acordo com o §1º do artigo 1º da Lei do *mandamus* “consideram-se autoridades, para efeitos desta Lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente o que entender com essas funções”.

Sempre que houver concessão da ordem, deverá existir, em contrapartida, quem suportará os ônus.

O professor Hely Lopes Meireles considera autoridade coatora “a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado, e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução (...). Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas consequências administrativas”.⁵

Tendo em vista que o ato deverá ser impetrado em face da autoridade que tenha poderes e meios para corrigir a ilegalidade impugnada, o presente *mandamus* tem como impetrado o **Ilmo. Superintendente da Secretaria da Receita Federal da 8ª Região que compreende o Estado de São Paulo,**

⁵ Mandado de Segurança, 31ª Edição, 2008, Malheiros Editores, p.66.



conforme explicitado abaixo.

A análise do conteúdo das disposições normativas da Portaria 125/09 que aprova o Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal permite concluir que o **Ilmo. Superintendente da Secretaria da Receita Federal da 8ª Região** é a autoridade competente para exigir e fazer cumprir, no âmbito do Estado de São Paulo (onde está estabelecido o impetrante e os seus associados), a norma que determina a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

Outrossim, o artigo 190 do Regimento aprovado pela Portaria a que faz menção estabelece que:

“Art. 190. Às Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil - SRRF compete, quanto aos tributos e contribuições administrados pela RFB, inclusive os destinados a outras entidades e fundos, no âmbito da respectiva jurisdição, gerenciar o desenvolvimento das atividades de arrecadação, controle e recuperação do crédito tributário, de interação com o cidadão, de comunicação social, de fiscalização, de controle aduaneiro, de tecnologia e segurança da informação, de programação e logística, de gestão de pessoas, de planejamento, avaliação, organização e modernização, bem assim supervisionar as atividades das unidades subordinadas e dar apoio técnico, administrativo e logístico e às subunidades das Unidades Centrais localizadas na região fiscal.”

Seguindo o mesmo entendimento, coaduna o artigo 5º do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, Portaria nº 125/09, *in verbis*:

“Art. 5º As DRF, classificadas e localizadas conforme os Anexo I, são subordinadas ao Superintendente da Receita Federal do Brasil da respectiva região fiscal.”

Sendo assim, nos termos do Regimento, incumbe à Superintendência da Receita Federal o exercício das atividades mencionadas acima no território de



São Paulo. E não tendo o órgão competência para exercício de qualquer função estatal compete ao agente público lotado no cargo de **Ilmo. Superintendente da Secretaria da Receita Federal da 8ª Região que compreende o Estado de São Paulo** o exercício das referidas funções, (ou quem faça suas vezes na presente coação impugnada).

V. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Antes de adentrar ao cerne da questão, faz-se necessário a exposição de histórico sintético da legislação em comento.

O artigo 195, incisos I e II da Constituição Federal dispõe que a seguridade social será financiada por toda a sociedade e o pagamento das contribuições sociais, feita pelo empregador, incidem sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

À luz da Constituição Federal, a Lei nº. 8.212 de 24 de julho de 1991 veio a disciplinar a matéria, instituindo o plano de custeio da previdência social e estabelecendo que a contribuição previdenciária incidirá, ao empregado, sobre o salário-contribuição definido pelo inciso I do artigo 28 e ao empregador, sobre as remunerações definidas pelo inciso I do artigo 22, que seguem *in verbis*:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, **destinadas 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”

“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.” **(grifos nossos)**

A compreensão dos artigo acima citado, estabelecia que a importância recebida a título de aviso prévio indenizado não integrava o salário-contribuição.

Desta forma, a contribuição previdenciária incidirá sobre o salário percebido pelo empregado **por força do seu trabalho realizado ou pelo tempo à disposição do empregador**. Não há que se falar em incidência da contribuição sobre o aviso prévio indenizado tendo em vista ser um período não trabalhado, nem tão pouco à disposição do empregador.

A Medida Provisória 1523-11 de 25 de agosto de 1997 alterou os dispositivos da Lei 8.212/91, dentre eles os artigos 22 e 28, estabelecendo que:

"Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de (...)

2º Para os fins desta Lei, integram a remuneração os abonos de qualquer espécie ou natureza, bem como as parcelas



denominadas indenizatórias pagas ou creditadas a qualquer título, inclusive em razão da rescisão do contrato de trabalho, ressalvado o disposto no § 9º do art. 28.

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

(...)

§ 8º. Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total:

(...)

b) os abonos de qualquer espécie ou natureza e as parcelas denominadas indenizatórias pagas ou creditadas a qualquer título, inclusive em razão da rescisão do contrato de trabalho, ressalvado o disposto no § 9º deste artigo"

Assim, importa dizer que o aviso prévio indenizado passou a integrar a base sobre qual incide a contribuição previdenciária tendo em vista o termo “os abonos de qualquer espécie ou natureza” e “as parcelas denominadas indenizatórias”.

Diante dessa alteração legislativa, a Confederação Nacional da Indústria – CNI propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº. 1659), com pedido de liminar pretendendo a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 22, §2º e 28, §9º, alíneas “d” e “e”, ambos da Lei 8.212/91, na redação que lhes deu origem a Medida Provisória 1523-11 de 25/08/97. A liminar foi concedida, consoante decisão abaixo transcrita:

“O Tribunal, por votação unânime, suspendeu o processo da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto às alíneas ‘d’ e ‘e’ do § 9º do art. 28, da lei nº. 8.212, de 24.7.91, com a redação dada pela medida provisória nº. 1523-13, de 23.10.97, e, ainda, **por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc, até a decisão final da ação, o § 2º do art. 22, da citada lei nº. 8.212/91, com redação dada pela medida provisória nº. 1596-14, de 10.11.97.** Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Srs. Min. Celso de Mello, Presidente, e Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Sr. Min. Carlos Velloso, Vice-Presidente.”



A mencionada ADIN foi julgada em fevereiro de 2007, e o Relator Ministro Joaquim Barbosa julgou prejudicada a ação, com a perda do objeto pela promulgação da Lei nº. 9.528 de 10 de dezembro de 1997.

A referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 9.528/97 e sofreu veto nos dispositivos que alargavam inconstitucionalmente a incidência da contribuição previdenciária prevista nos artigos 22 e 28, in verbis:

"Art.22
(...)
§ 2º (VETADO)
(...)"

"Art. 28
(...)
§ 8º Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total:
a) o total das diárias pagas, quando excedente a cinqüenta por cento da remuneração mensal;
b) (VETADO)
c) as gratificações e verbas, eventuais concedidas a qualquer título, ainda que denominadas pelas partes de liberalidade, ressalvado o disposto no § 9º."

Referida lei alem de vetar o disposto no §2 do artigo 22 e alínea "b" do artigo 28 suprimiu o termo "aviso prévio" da alínea "e" do §9 do artigo 28. Não houve revogação ou alteração, apenas uma omissão no esclarecimento quanto o aviso prévio integrar ou não o salário-contribuição. *In verbis*:

"§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)
e) as importâncias:

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;



3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;
4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;
5. recebidas a título de incentivo à demissão;
6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;
7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;
8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;
9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984”

A omissão causou dúvidas e questionamentos acerca da posição da legislação sobre o tema. Com a exclusão do aviso prévio, pela Lei 9.528/97, a União adotou a incidência da contribuição previdenciária sobre o mesmo, quando indenizado.

Porém, o próprio artigo 28, no inciso I, da Lei 8.212/91 é claro no sentido de que o aviso prévio indenizado não integra o salário-contribuição, já que o mesmo não é a remuneração destinada a retribuir o trabalho do empregado, bem como não se presta a retribuir período em que o empregado fique à disposição do empregador. Se o aviso prévio é indenizado, não há dias trabalhados, não há dias à disposição do empregador, não é salário-contribuição, logo não haverá incidência da contribuição previdenciária.

Em 06 de maio de 1999 foi promulgado o Decreto 3.048 que aprova o Regulamento da Previdência Social, surgindo, novamente, o aviso prévio indenizado como não integrante do salário-contribuição, na alínea “f”, inciso V, § 9º do artigo 214.

“§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:
(...)
V - as importâncias recebidas a título de:
(...)
f) aviso prévio indenizado.”



Em que pese os Tribunais entenderem da mesma forma, a discussão continuou acalorada em torno do tema. É forçoso constatar que a jurisprudência majoritária julga descabida a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça, e o extinto Tribunal Federal de Recursos se posicionaram no sentido da não incidência da mencionada contribuição previdenciária, como segue:

RECURSO DE REVISTA. UNIÃO. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO.

A parcela relativa ao aviso prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição, porquanto objetiva retribuir obrigação não adimplida, concernente ao aviso prévio não concedido. Evidenciada a natureza indenizatória da verba em questão, não se há de falar em incidência da contribuição previdenciária sobre a parcela, nos termos do artigo 214, §9º, inciso V, alínea “f”, do Decreto nº3.048/1999. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista que não se conhece (TST; RR 801/2005-037-01-00.9; Sétima Turma; Relator Min. Pedro Paulo Manus; DEJT 07/11/2008)

ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

O salário-de-contribuição, conforme definido no art. 28 da Lei 8.212/91, perfaz-se pela soma dos rendimentos pagos ao empregado, com a finalidade de retribuir os serviços efetivamente prestados, como também pelo tempo à disposição do empregador, não se incluindo nessa soma o aviso prévio indenizado, uma vez que este é uma compensação pelos serviços não prestados, consistindo no pagamento de uma indenização pela sua não-concessão. Logo, o aviso prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição, dada a sua evidente natureza indenizatória. Recurso de Revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST; RR-142/2003-731-04-00-1; Relator Ministro João Batista Brito Pereira; DJ 16/05/2008)



RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. IMPOSSIBILIDADE. É pacífico o entendimento nesta Corte de que, mesmo após a alteração do artigo 28, § 9º, -e-, da Lei nº 8.212/91 pela Lei nº 9.528/97, que suprimiu o aviso prévio indenizado do rol das parcelas que não integram o salário-de-contribuição, não há como se cogitar de incidência das contribuições previdenciárias sobre esta parcela, em razão de o Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 214, § 9º, alínea -f-, prever expressamente que o aviso prévio indenizado não integra o salário de contribuição. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST; RR 277/2005-612-05-00-7; Oitava Turma; Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro; DJU 19/09/2008)

RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. ACORDO JUDICIAL. O entendimento da SBDI-1/TST é no sentido de que sobre a parcela recebida a título de aviso-prévio indenizado não incide contribuição previdenciária, já que tal parcela possui caráter eminentemente indenizatório, porquanto o seu pagamento visa compensar o resguardo do prazo garantido em lei para se obter novo emprego. Assim, não se enquadra o aviso-prévio indenizado na concepção de salário de contribuição definida no inciso I do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, na medida em que não há trabalho prestado no período pré-avisado, não havendo, por consequência, falar em retribuição remuneratória por labor envidado. Óbice do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333/TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 578/2004-039-01-00, PUBLICAÇÃO: DJ - 19/12/2008).

ACORDO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO. IMPOSSIBILIDADE. Embora a Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.528/97, não mais relacione no § 9º do seu art. 28 o aviso prévio indenizado entre as verbas insuscetíveis de contribuição previdenciária, é imperioso que se conclua que, em se tratando de rubrica de cunho eminentemente indenizatório, tal parcela não se insere na definição legal de salário-de-contribuição prevista no inciso I do próprio art. 28 da Lei nº 8.212/91. (TRT 12ª Região; RO 00556-2008-038-12-00-9; Primeira Turma; Relator Juiz Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira; Julg. 05/11/2008; DOESC 13/11/2008)



Aviso prévio indenizado. Contribuição previdenciária. Não incidência. O Decreto n. 3.048/99, em seu art. 214, parágrafo 9º, inciso V, alínea "f", bem como a Instrução Normativa INSS/DC n. 100/03, ambos em vigor, são expressos ao declarar que o aviso prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição. Portanto, trata-se, como o seu próprio nome indica, de verba de natureza indenizatória, sobre ela não incidindo contribuição previdenciária. Recurso da Autarquia ao qual se nega provimento. (TRT 2ª R., RO 02296200531502009, 10ª T, Relª Marta Casadei Momezzo, DOE 22.2.08).

ACORDO HOMOLOGADO. RELAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. As verbas previstas nos arts. 27, j, e 34, parte final, da Lei nº 4.886/65 - indenização pela rescisão do contrato de representação comercial e indenização relativa ao aviso-prévio - não sofrem incidência de contribuição previdenciária, pois tratam-se de parcelas de caráter indenizatório (art. 214, §9º, inc. V, alínea f e m, do Decreto nº 3.048/99). Tendo as partes firmado o acordo discriminando tais parcelas, as quais estão em coerência com as postuladas na inicial, não merece prosperar o pedido da União, de incidência de contribuição previdenciária sobre o valor acordado. (TRT 12ª R.; RO 03883-2007-027-12-00-8; Terceira Turma; Rel. Juiz Gilmar Cavalheri; Julg. 15/10/2008; DOESC 03/11/2008).

RECURSO ORDINÁRIO DA UNIÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. A natureza do aviso-prévio indenizado não é transmutada em salarial pela simples omissão da Lei, mesmo porque esta não apresenta um rol exaustivo de parcelas não salariais, mas sim enumerativo. Provimento negado. (TRT 4ª R.; RO 00518-2005-571-04-00-2; Terceira Turma; Rel. Des. Luiz Alberto de Vargas; Julg. 07/10/2008; DOERS 20/10/2008).

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. FÉRIAS INDENIZADAS. AUXÍLIO-DOENÇA. NATUREZA JURÍDICA. PEDIDO DECLARATÓRIO E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA.1. Não incide contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória recebidas pelo empregado, como no caso do aviso prévio indenizado e das férias indenizadas. 2. O auxílio-doença pago pelo empregador não



tem natureza salarial, mas sim previdenciária, pois não remunera a prestação da atividade laboral, eis que o empregado encontra-se afastado do serviço para tratar de sua saúde, sendo indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre tais verbas. 3. Em se tratando de repetição de indébito, é indispensável a comprovação do efetivo pagamento do tributo que se pretende repetir, cabendo ao autor contribuinte a prova do fato constitutivo do direito alegado (art. 333, I, do CPC). 4. Na hipótese dos autos não houve prova do recolhimento do tributo e da natureza indenizatória das verbas. 5. Apelação parcialmente provida. (TRF 2ª R.; AC 95.02.23562-2; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Barata; Julg. 01/04/2008; DJU 08/04/2008; Pág. 128)

LEI Nº 8.212/91. CONTRIBUIÇÃO À SEGURIDADE SOCIAL. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO. HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO. TERMO INICIAL. PRAZO QUINQUENAL. INCIDÊNCIA. ADICIONAL NOTURNO-INSALUBRIDADE. HORAS EXTRAS. SALÁRIO-MATERNIDADE. SALÁRIO-FAMÍLIA. NÃO-INCIDÊNCIA. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. GRATIFICAÇÃO POR LIBERALIDADE. FÉRIAS INDENIZADAS. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. INCUMBÊNCIA. PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. 1. O prazo prescricional (como também o decadencial, quando o direito potestativo deve ser exercido judicialmente) flui a partir do dia em que o autor poderia buscar o provimento jurisdicional, porquanto reunidas todas as CONDIÇÕES DA AÇÃO 2. Nos casos de repetição após auto-lançamento, o termo inicial do prazo prescricional é o efetivo pagamento do indébito, como expressamente prevê o CTN (artigo 168, I). 3. O contribuinte tem o prazo decadencial de cinco anos para pleitear a restituição do tributo pago a maior, contado a partir do recolhimento indevido (artigo 168, inciso I, do CTN), mesmo nas hipóteses de lançamento por homologação. 4. Não é possível estender ao contribuinte o lapso temporal reservado à Fazenda Pública, até porque não estão em condições semelhantes. 5. A data de cada recolhimento mensal espontâneo do tributo indevido ou a maior que o devido é o termo a quo do respectivo lapso decadencial. 6. Como as contribuições foram realizadas no período compreendido entre 01/91 e 02/2003 e a presente ação foi ajuizada em 24/06/2003, resta configurada a caducidade do direito à devolução de parte dos valores pagos. 7. O que caracteriza a natureza da parcela é a habitualidade, que lhe confere o



caráter remuneratório e autoriza a incidência de contribuição previdenciária. 8. Na esteira do RESP 486697/PR, é pacífico no âmbito do Colendo Superior Tribunal de Justiça que incide contribuição previdenciária sobre os adicionais noturno (Súmula nº 60), de insalubridade e sobre as horas-extraordinárias de trabalho, em razão do seu caráter salarial: 9. O STJ pacificou entendimento no sentido de que o salário-maternidade constitui parcela remuneratória, sobre a qual incide a contribuição previdenciária, mas não sobre o pagamento dos quinze dias que antecedem o benefício de auxílio-doença. 10. Salário-família é benefício previdenciário previsto nos artigos 65 a 70 da Lei nº 8.213/91 e consoante a letra a), § 9º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/91, não integra o salário-de-contribuição. 11. A incidência da contribuição previdenciária sobre a gratificação por liberalidade depende da habitualidade com que esta é paga. Se é habitual, integra a remuneração e sobre ela recai a contribuição. Em caso contrário, quando não há habitualidade, não integra a remuneração e sobre ela não recai a contribuição. 12. As férias e o terço constitucional indenizados não integram o salário-de-contribuição, a teor da letra d), § 9º, do artigo 28, da Lei nº 8.212/91. 13. Previsto no §1º, do artigo 487 da CLT, exatamente por seu caráter indenizatório, o aviso prévio indenizado não integra o salário-de-contribuição e sobre ele não incide a contribuição. 14. O salário educação é contribuição de intervenção no domínio econômico e não há incidência de contribuição à seguridade social sobre ele e nem consta nos autos que isso tenha ocorrido. 15. Nos termos do artigo 333, do Código de Processo Civil, I, cabe à autora o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito e, no presente caso não restou demonstrado nos autos se havia ou não a habitualidade propalada pela demandante, pelo que, em momento próprio para a produção de provas, isso deveria ter sido demonstrado pela via material ou testemunhal. 16. A autora limitou-se a juntar várias guias de recolhimento, que só demonstram que houve contribuição à Previdência Social, sem qualquer discriminação de valores. As folhas de pagamentos emitidas pela empresa, refletem somente os pagamentos feitos aos seus obreiros, inclusive de forma geral, sem individualização e são apenas indícios relativos a esses lapsos temporais, em nada corroborando as afirmativas contidas na peça preambular. 17. Prescrição quinquenal reconhecida de ofício. Apelação da autora improvida. (TRF 3ª R.; AC 1292763; Proc. 2000.61.15.001755-9; SP; Rel. Des. Fed. Henrique Geaquinto Herkenhoff; DEJF 20/06/2008; Pág. 363).



“Contribuição previdenciária. SAT. Fundamento constitucional. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Auxílio-doença. Quinze primeiros dias de afastamento. Auxílio-acidente. Salário-maternidade. Adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade e periculosidade. Precedentes.1. Recursos especiais interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e por Cremer S/A e outro, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo o qual: Contribuição previdenciária sobre remuneração. Prescrição. LC. n. 118/2005. Natureza da verba. Salarial. Incidência. Salário-maternidade. Auxílio-doença. Auxílio-acidente. Aviso-prévio indenizado. Adicionais. Noturno. Insalubridade. Periculosidade. Natureza indenizatória. Auxílio-doença nos primeiros quinze dias de afastamento. Aviso-prévio indenizado, auxílio-creche. Abono de férias. Terço de férias indenizadas. O disposto no artigo 3º da LC nº 118/2005 se aplica tão-somente às ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005, já que não pode ser considerado interpretativo, mas, ao contrário, vai de encontro à construção jurisprudencial pacífica sobre o tema da prescrição havida até a publicação desse normativo. As verbas de natureza salarial pagas ao empregado a título de auxílio-doença, salário-maternidade, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e horas-extras estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária. Já os valores pagos relativos ao auxílio-acidente, ao aviso-prévio indenizado, ao auxílio-creche, ao abono de férias e ao terço de férias indenizadas não se sujeitam à incidência da exação, tendo em conta o seu caráter indenizatório. O inciso II do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Lei nº 9.528/1997, fixou com precisão a hipótese de incidência (fato gerador), a base de cálculo, a alíquota e os contribuintes do Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT, satisfazendo ao princípio da reserva legal (artigo 97 do Código Tributário Nacional). O princípio da estrita legalidade diz respeito a fato gerador, alíquota e base de cálculo, nada mais. O regulamento, como ato geral, atende perfeitamente à necessidade de fiel cumprimento da Lei no sentido de pormenorizar as condições de enquadramento de uma atividade ser de risco leve, médio e grave, tomando como elementos para a classificação a natureza preponderante da empresa e o resultado das estatísticas em matéria de acidente do trabalho. O regulamento não impõe dever, obrigação, limitação ou restrição porque tudo está previsto na Lei regulamentada (fato gerador, base de cálculo e alíquota). O que ficou submetido ao critério técnico do Executivo, e não ao arbítrio, foi a determinação dos graus de risco das



empresas com base em estatística de acidentes do trabalho, tarefa que obviamente o legislador não poderia desempenhar. Trata-se de situação de fato não só mutável mas que a Lei busca modificar, incentivando os investimentos em segurança do trabalho, sendo em consequência necessário revisar periodicamente aquelas tabelas. A Lei nem sempre há de ser exaustiva. Em situações o legislador é forçado a editar normas "em branco", cujo conteúdo final é deixado a outro foco de poder, sem que nisso se entreveja qualquer delegação legislativa. No caso, os Decretos que se seguiram à edição das Leis 8.212 e 9.528, nada modificaram, nada tocaram quanto aos elementos essenciais à hipótese de incidência, base de cálculo e alíquota, limitaram-se a conceituar atividade preponderante da empresa e grau de risco, no que não desbordaram das Leis em função das quais foram expedidos, o que os legitima (artigo 99 do Código Tributário Nacional). Recurso Especial DO INSS: I. A pretensão do INSS de anular o acórdão por violação do art. 535, II do CPC não prospera. Embora tenha adotado tese de direito diversa da pretendida pela autarquia previdenciária, o julgado atacado analisou de forma expressa todas as questões jurídicas postas em debate na lide. Nesse particular, especificou de forma didática as parcelas que não se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária, tendo em conta o seu caráter indenizatório. Recurso Especial das empresas: I. Se o aresto recorrido não enfrenta a matéria dos arts. 165, 458, 459 do CPC, tem-se por não-suprido o requisito do prequestionamento, incidindo o óbice da Súmula nº 211/STJ. II. A matéria referente à contribuição destinada ao SAT foi decidida com suporte no julgamento do RE n. 343.446/SC, da relatoria do eminente Min. Carlos Velloso, DJ 04/04/2003. A revisão do tema torna-se imprópria no âmbito do apelo especial, sob pena de usurpar a competência do egrégio STF. III. Não há violação do art. 535 do CPC, quando o julgador apresenta fundamento jurídico sobre a questão apontada como omissa, ainda que não tenha adotado a tese de direito pretendida pela parte. IV. Acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas discutidas no Recurso Especial das empresas recorrentes, destaco a linha de pensar deste Superior Tribunal de Justiça: a) auxílio-doença (nos primeiros quinze (15) dias de afastamento do empregado): - A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio doença, uma vez que tal verba não tem natureza salarial. (RESP 768.255/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 16/05/2006). - O



empregado afastado por motivo de doença, não presta serviço e, por isso, não recebe salário, mas, apenas uma verba de caráter previdenciário de seu empregador, durante os primeiros 15 (quinze) dias. A descaracterização da natureza salarial da citada verba afasta a incidência da contribuição previdenciária. Precedentes. (RESP 762.491/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 07/11/2005). - A diferença paga pelo empregador, nos casos de auxílio-doença, não tem natureza remuneratória. Não incide, portanto, contribuição previdenciária. (RESP 951.623/PR, Desta Relatoria, DJ de 11/09/2007). b) salário maternidade: - Esta Corte tem entendido que o salário-maternidade integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias pagas pelas empresas. (RESP 803.708/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 02/10/2007). - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o salário-maternidade tem natureza remuneratória, e não indenizatória, integrando, portanto, a base de cálculo da contribuição previdenciária. (RESP 886.954/RS, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29/06/2007). c) adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade e periculosidade: Tributário. Contribuição previdenciária dos empregadores. Arts. 22 e 28 da Lei n.º 8.212/91. Salário. Salário-maternidade. Décimo-terceiro salário. Adicionais de hora-extra, trabalho noturno, insalubridade e periculosidade. Natureza salarial para fim de inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária prevista no ART. 195, I, DA CF/88. Súmula nº 207 do STF. Enunciado n. 60 do TST. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário maternidade (Súmula n.º 207/STF). 2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado N.º 60). 3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária. 4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n.º 8.212/91, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade. 5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido. (RESP 486.697/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 17/12/2004). d) auxílio-acidente: Tal parcela, constitui benefício pago exclusivamente pela previdência social, nos termos do art. 86, § 2º, da Lei n. 8.212/91, pelo que não há falar em incidência de contribuição previdenciária. 2. Em face do exposto: - NEGO provimento ao



Recurso Especial do INSS e; CONHEÇO PARCIALMENTE do apelo nobre das empresas autoras e DOU-LHE provimento apenas para afastar a exigência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio-doença, nos primeiros quinze (15) dias de afastamento do empregado do trabalho. (STJ; REsp 973.436; Proc. 2007/0165632-3; SC; Primeira Turma; Rel. Min. José Augusto Delgado; Julg. 18/12/2007; DJU 25/02/2008; Pág. 290).

“Súmula nº 79: Contribuição Previdenciária - Indenização de Aviso Prévio - Incidência
Não incide a contribuição previdenciária sobre a quantia paga a título de indenização de aviso prévio.” (DJ 24-04-81)

Apesar da farta jurisprudência no sentido da não incidência da contribuição, e da legislação coadunar neste sentido, a controvérsia e discussão sobre a matéria persistiu, e em 13 de janeiro de 2009 o Decreto nº 6.727 revogou a alínea “f” do inciso V do §9º do artigo 214 do Decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999 e passou a vigorar com o intuito de trazer a exigência da contribuição previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado já que o dispositivo revogado excluía essa hipótese de incidência, conforme segue *in verbis*:

“Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:
(...)
§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:
(...)
V - as importâncias recebidas a título de:
(...)
f) aviso prévio indenizado;”

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto na Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e na Lei no 11.457, de 16 de março de 2007,
DECRETA:
Art. 1º Ficam revogados a alínea “f” do inciso V do § 9º do art. 214, o art. 291 e o inciso V do art. 292 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999.
Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua



publicação.

Brasília, 12 de janeiro de 2009; 188o da Independência e 121o da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Guido Mantega”

Diante desse breve histórico, passa a Impetrante a demonstrar que o Decreto nº 6.727/09 é inconstitucional e ilegal no que tange a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, senão vejamos.

VI. DO DIREITO LIQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE E SUAS ASSOCIADAS

Diante do exposto, fica claro que ao revogar o dispositivo que excluía o aviso prévio indenizado do conceito de salário-de-contribuição o Decreto nº 6.727/09 pretendeu a incidência da contribuição previdenciária recaísse sobre essas verbas. O entendimento da Impetrante é no sentido que, ao assim proceder, o referido ato do Executivo se revela manifestamente inconstitucional, uma vez que a própria natureza indenizatória do aviso prévio indenizado veda o alcance da incidência das contribuições previdenciárias sobre tais rubricas.

Vejamos o estabelecido pelo artigo 195 da Constituição Federal e pelo artigo 22 e 28 da Lei n. 8.212/91:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência



social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º - A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

§ 4º - A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º - As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

§ 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-deobra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

§ 10. A lei definirá os critérios de transferência de recursos



para o sistema único de saúde e ações de assistência social da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e dos Estados para os Municípios, observada a respectiva contrapartida de recursos.

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas.

§ 13. Aplica-se o disposto no § 12 inclusive na hipótese de substituição gradual, total ou parcial, da contribuição incidente na forma do inciso I, a, pela incidente sobre a receita ou o faturamento.”

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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”

“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;”

Diante das disposições legislativas acima transcritas é nítido que a



contribuição previdenciária é incidente sobre a remuneração paga em razão da prestação do serviço ou do período em que o trabalhador fica à disposição do empregador.

Para melhor entendimento a Impetrante se socorre da legislação trabalhista, que conceitua o termo remuneração:

"Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º. Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador."

"Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas".

Portanto remuneração é o conjunto das atribuições econômicas devidas e pagas diretamente pelo empregador, em dinheiro ou utilidades, como contraprestação aos serviços prestados ou pelo tempo em que o empregado ficou à disposição da empresa.

O Professor Sérgio Pinto Martins conceitua o termo remuneração da seguinte forma:

"(...) um conjunto de retribuições recebidas pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer as



suas necessidades vitais básicas e de sua família”⁶.

Para corroborar com a tese da Impetrante é transcrito a seguir o entendimento do Professor Amauri Mascaro Nascimento quanto a natureza habitual das remunerações em razão do trabalho do empregado:

“A exigência fundamental expressada na lei brasileira para que uma obrigação in natura tenha natureza salarial é a habitualidade, com o que ficam excluídas as concessões meramente eventuais, não continuadas; não há critérios legais definidores das condições objetivas que devem estar presentes em cada caso para que se conclua se a vantagem é habitual ou eventual, daí ficar a solução do problema confiada ao entendimento que prevalecer mas que não poderá afastar-se de um raciocínio lógico indicativo de só é habitual uma prática constante, permanente e eventual(...)”⁷

Diante do exposto, somente é possível uma única conclusão no sentido de que a remuneração tem natureza de contraprestação do empregador pelos serviços prestados pelo empregado ou pelo tempo que este ficou à disposição de seu empregador. Esse é externado tanto pela legislação quanto pela doutrina. Assim, fácil se verifica que não é qualquer pagamento que poderá servir de base de incidência da contribuição previdenciária ora discutida.

Não é demais lembrar que o aviso prévio indenizado, não obstante o seu nome já identificar sua natureza indenizatória, consiste unicamente em indenização paga ao empregado em virtude da dispensa do cumprimento da jornada de trabalho pelo período do aviso prévio. É faculdade do empregador amparada pela legislação brasileira, o pagamento de indenização para a dispensa do empregado em relação ao cumprimento do aviso prévio.

Para reforçar sua argumentação a Impetrante traz o entendimento do

⁶ Direito do Trabalho”, São Paulo, Atlas, 22ª ed.,2006

⁷ Curso de Direito do Trabalho”, São Paulo, Ed. Saraiva, 12ª



significado do termo “indenização” consolidado na doutrina civilista de nosso país:

“Em qualquer hipótese, o montante da indenização não pode ser inferior ao prejuízo, em atenção ao princípio segundo o qual a reparação do dano há de ser integral. Há de atentar para a gravidade da falta e as suas conseqüências, bem como para a natureza do dano. Por outro lado, tendo a indenização por objeto reparar o dano, o montante da indenização não pode ser superior ao prejuízo, pois, se for, as perdas e danos convertem-se em enriquecimento (de lucro copiando), o que confronta o princípio da equivalência, rompendo o binômio dano-indenização.”⁸

“Se se caracterizar a responsabilidade, o agente deverá ressarcir o prejuízo experimentado pela vítima. Desse modo, fácil é perceber que o primordial efeito da responsabilidade civil é a reparação do dano, que o ordenamento jurídico impõe ao agente. A responsabilidade civil tem, essencialmente, uma função reparadora ou indenizatória. Indenizar é ressarcir o dano causado, cobrindo todo o prejuízo experimentado pelo lesado.”⁹

E pelas razões acima expostas que não se pode falar em remuneração, quando do recebimento de indenização pela dispensa de cumprimento do aviso prévio, mas sim de mera recomposição do prejuízo sofrido.

Diante de toda a exposição a cerca da natureza da indenização fácil se verifica que o pagamento de aviso prévio indenizado não é remuneração recebida pelo empregado para retribuir o seu trabalho ou período que este ficou à disposição do empregador, constitui verdadeira compensação que o empregado teria direito em razão da ruptura unilateral do contrato. A legislação impõe o instituto do aviso prévio e quando esse se materializa em indenização é nítida a natureza de reposição patrimonial.

ed., 1996, pg.480

⁸ Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, pg. 312, Editora Forense

⁹ Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, pg. 13, Editora Saraiva



A Impetrante destaca ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à natureza indenizatória do Aviso prévio indenizado, *in verbis*:

"A contribuição para o FGTS não incide sobre o quantum pago a título de aviso prévio, por seu caráter indenizatório. Precedentes: RE 76.700, 75.289, 73.720 e 74.092"¹⁰

Nos termos do artigo 195 da Constituição Federal e dos artigos 22 e 28 da Lei nº 8.212/91, bem como embasada em toda a jurisprudência trazida pela Impetrante não é possível admitir a incidência da contribuição previdenciária atacada pelo presente *mandamus*.

A Impetrante destaca que caminha no mesmo sentido as decisões de primeiro grau que enfrentaram a matéria. Vejamos a decisão liminar proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.61.00.002725-3 que tramita na Justiça Federal de São Paulo, *in verbis*:

"O Decreto nº 6.727/2009 revogou a alínea 'f' do inciso V do §9º do art. 214, o art. 291 e o inciso V do art. 292, do Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, ensejando, desta forma, a incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, na alíquota de 20% (vinte por cento) a cargo da empresa e de 8% a 11% (oito a onze por cento) a cargo do trabalhador dependendo do valor da renda.

Tenho, porém, que tal verba (aviso prévio indenizado) não constitui fato gerador das contribuições previdenciárias por não se destinar à retribuição do trabalho, nos termos do artigo 22, inciso I da Lei nº 8212/91.

(...)

O periculum in mora está presente na iminência da impetrante pagar aviso prévio indenizado a alguns trabalhadores dispensados sem justa causa e conseqüentemente ser obrigada a reter contribuição previdenciária ora atacada.

III – Isto posto, DEFIRO a liminar para suspender a

¹⁰ RE nº 89.328-8/SP, DJ 09/06/78, Rel. Min. Cordeiro Guerra



exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre o aviso prévio indenizado a ser pago pela impetrante aos trabalhadores dispensados sem justa causa, com base no artigo 151, IV, do CTN, até ulterior deliberação.”

Não bastassem todas as razões expostas até o presente momento é nítida a incompatibilidade do quanto disposto no Decreto nº 6.727/09 e as disposições trazidas pela Lei nº 8.212/91, conforme já exposto no tópico “**V. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA**”.

A Constituição Federal impõe em seu artigo 5º, inciso II, o princípio da legalidade que impede a possibilidade de criação, modificação ou supressão de norma já existente sem a competente Lei, vejamos:

“Art. 5º omissis.

(...)

II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO em sua obra “*Direito Administrativo*”, 10ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 1998, página 61, assevera que “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto ele depende da lei.”

Da mesma forma dispõe o art. 150 da Constituição Federal, e, ainda, o art. 97, I do Código Tributário Nacional, que impede que a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exijam ou o aumentem tributo sem lei que o estabeleça. Nesse sentido é o entendimento do A. Superior Tribunal de Justiça em relação á impossibilidade de decretos inovarem na esfera jurídica, revogando dispositivos de leis, vejamos:



PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 37, § 3º DO DECRETO 70.235/72. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. REVOGAÇÃO PELO DECRETO 75.445/75. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA.

(...)

3. O Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 97, VI, a imprescindibilidade de lei formal para versar sobre a exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, encerrando o princípio da estrita legalidade tributária, razão pela qual encontra-se eivada de ilegalidade a supressão, pelo Decreto 75.445/75, do "pedido de reconsideração", previsto no suso mencionado dispositivo

legal.

4. Impende salientar que o Decreto 70.235/72, por ser fruto de delegação legislativa, ostenta natureza de lei ordinária, o que implica que o pedido de reconsideração nele previsto tem origem e caráter legal, traduzindo manifestação de índole legislativa, razão pela qual não poderia ser suprimido por legislação de hierarquia inferior, que ostenta natureza meramente regulamentar.

(...)

(REsp 877352 / SP, Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 15/09/2008)

Não resta outra conclusão se não a de que o Decreto nº 6.727/09 não poderia revogar o disposto no art. 214, § 9º, V, "f" do Decreto nº 3.048/99, sob pena de afronta ao princípio constitucional da legalidade e afronta a própria Lei 8.212/91 que define as hipóteses de incidência da contribuição previdenciária.

VII – DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR (“FUMUS BONI IURIS” E “PERICULUM IN MORA”)

A Impetrante acredita que ficou demonstrado durante toda a sua exposição, fundada em legislação, doutrina e jurisprudência, a ilegalidade e inconstitucionalidade que cercam a incidência ora atacada e entende estar nitidamente demonstrado a presença do “fumus boni iuris” no caso em tela,



primeiro requisito para a concessão da medida liminar.

O “periculum in mora”, segundo requisito para a concessão da medida liminar, encontra-se na iminente possibilidade de em caso de necessidade de demissões a Impetrante e suas associadas incorrerem em mais um custo. Cumpre a Impetrante lembrar que a civilização moderna encontra-se envolvida em uma das maiores crises da história da humanidade cujos efeitos não são passíveis de dimensionamento pelos melhores estudiosos do assunto. Não pode ser admitido que em um momento como esse a Impetrante e suas associadas tenha que onerar ainda mais suas despesas.

A realidade é que as demissões somente estão ocorrendo em razão de impossibilidade econômica trazida pelo novo cenário mundial.

Diante das razões expostas é nítida a presença dos pressupostos para concessão da medida liminar, nos termos do art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, encontram-se evidentemente presentes.

VIII – DO PEDIDO

Em face do exposto, a Impetrante requer que V. Exa. se digne a:

- a) Conceder a medida liminar, nos termos do artigo 7º inciso II da Lei nº 1.533/51, dando-se a esta os efeitos do artigo 151, inciso IV do Código Tributário Nacional, para suspender a exigibilidade dos créditos oriundos das contribuições previdenciárias patronais, em razão da exclusão da base de cálculo das verbas referentes ao aviso prévio indenizado, desde o início de vigência do Decreto nº 6727/09 e doravante;



- b) Seja oficiado o Sr. Superintendente Regional da Receita Federal da 8ª. Região em que compreende o Estado de São Paulo, com endereço na Av. Prestes Maia, 733, 11º andar, Santa Efigênia, São Paulo – SP, ou quem faça suas vezes, na presente ação impugnada, para que se abstenha, por si ou por seus agentes, de lavrar auto de infração, penalidades ou qualquer ato tendente a punir a Impetrante e as empresas a ela associadas em razão da concessão da liminar ora pretendida;

- c) Determinar a expedição de ofício à D. Autoridade Impetrada, notificando-a a prestar as informações que julgar necessária, no prazo legal;

- d) Determinar a intimação do I. representante do Ministério Público para oferecimento de seu parecer;

- e) Conceder em definitivo a segurança pleiteada, para reconhecer o direito da Impetrante e de suas associadas de não incluir as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado na base de cálculo das contribuições previdenciárias patronais, tanto em relação ao passado como em relação ao presente e futuro, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 6.727/09; e

- f) Reconhecer o direito à compensação dos valores eventualmente recolhidos a título de contribuições previdenciárias sobre as verbas de aviso prévio indenizado, devidamente corrigidos com a aplicação da Taxa SELIC, nos termos do procedimento de compensação atualmente disciplinado pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96 c/c a IN 900/08, ou outro que sobrevenha, caso mais benigno à Impetrante e às suas associadas.



Requer, por fim, que as publicações sejam efetuadas em nome dos advogados **FÁBIO GUIMARÃES CORRÊA MEYER, WANESSA PORTUGAL ROMANO E AMANDA HUNGER SANTANA** inscritos, respectivamente, na OAB/SP sob n.º.s 221.366, 279.794 e 278.888, todos com endereço na Avenida Paulista, 1313, 13º andar, São Paulo – SP.

Os patronos da Impetrante declaram a autenticidade dos documentos ora anexados, nos termos do art. 544, § 1º, e do art. 365, inc. IV, ambos do Código de Processo Civil.

Dá-se ao presente o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para efeitos meramente fiscais.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 14 de abril de 2009.

FÁBIO CORRÊA MEYER

OAB/SP n.º. 221.366

WANESSA PORTUGAL ROMANO

OAB/SP n.º. 279.794

AMANDA HUNGER SANTANA

OAB/SP n.º. 278.888