

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.355 - SP (2019/0332849-3)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : VIBROPAC INDUSTRIA E COMERCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
ADVOGADO : MARIA EDNALVA DE LIMA - SP152517
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto por VIBROPAC INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. CONTRIBUIÇÃO AO FGTS.

I - Entendo que deve ser reconhecida a ilegitimidade passiva da caixa Econômica Federal, arguida em contrarrazões, com sua exclusão da lide.

II - A legitimidade para fiscalizar o recolhimento das contribuições ao FGTS, efetuar as respectivas cobranças e exigir os créditos tributários é do Ministério do Trabalho e da Procuradoria da Fazenda Nacional, ainda que seja permitido celebrar convênio para tanto.

III - Observo, também, que se por um lado a CEF, que é operadora do sistema e tem como uma de suas atribuições a manutenção e controle das contas vinculadas (artigo 7º, inciso I, da Lei nº 8.036/90), tem legitimidade para responder às ações em que os titulares das referidas contas questionam os critérios de correção monetária e juros (Súmula 249 do Superior Tribunal de Justiça), de outro isso não atribui legitimidade para responder às ações em que os contribuintes do FGTS questionam a própria contribuição ou seus acessórios.

IV - Considerando que o FGTS não tem natureza jurídica de imposto nem de contribuição previdenciária, dada sua natureza e destinação, não se pode dar igual tratamento à não integração de rubricas da folha de salários de verbas de caráter indenizatório à sua base de cálculo, tal qual às contribuições previdenciárias.

V - Decorre de previsão legal no artigo §6º, do artigo 15, da Lei nº 8.036/90, de forma taxativa, a não inserção de rubricas no conceito de remuneração para fins de incidência da contribuição ao FGTS. As verbas requeridas não estão legalmente excluídas da incidência.

Improcedência do pedido.

VI - Apelação da CEF provida. Apelação da União e remessa oficial providas. Apelação da impetrante desprovida" (fls. 721/722e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles julgados, nos seguintes termos:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.

1. Os embargos de declaração destinam-se a sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material de que esteja eivado o julgado.
2. Com efeito, o v. acórdão apreciou a questão posta nos autos, porém omitiu-se no tocante ao pedido de compensação dos montantes indevidamente recolhidos.
3. O voto condutor, não obstante faça menção à não composição das férias indenizadas, e verbas derivadas, da base de cálculo da contribuição ao FGTS, não tratou da compensação por entender prejudicado o tema, o que merece ajuste.
4. Tenho como incabível a compensação da espécie, considerando que as contribuições do FGTS não possuem natureza jurídica tributária e são de titularidade do trabalhador empregado.
5. Embargos de declaração conhecidos e providos em parte para integrar o julgado quanto ao pedido de compensação" (fl. 738e).

A parte recorrente aponta violação ao art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90.

Sustenta que há similaridade entre a base de cálculo das contribuições previdenciárias e das contribuições para o FGTS, portanto, ante a natureza indenizatória das verbas pagas a título de auxílio-doença e auxílio acidente, terço constitucional de férias, férias indenizadas (abono pecuniário), aviso prévio indenizado, adicional de hora extra, férias gozadas, salário-maternidade e adicional noturno, não poderia ser determinada a incidência do FGTS.

Alega, também, violação ao art. 5º, XII, da Lei 8.036/90, eis que o referido dispositivo, "regulamentado pela Resolução nº 341/2000, do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço permite a compensação entre créditos do empregador e débitos resultantes de competência em atraso, se os créditos decorrem de depósitos relativos a trabalhadores não optantes"(fls. 761/762e).

Requer, ao final, a reforma do acórdão recorrido.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 770/775e), foi o Recurso Especial admitido pelo Tribunal de origem (fls. 777/779e).

A irresignação não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela parte ora recorrente, em que postula o afastamento do recolhimento do FGTS sobre verbas pagas pela empresa aos seus empregados, que entende serem de natureza indenizatória.

Concedida, parcialmente, a segurança (fls. 540/550e), recorreram a impetrante, a Fazenda Nacional e a Caixa Econômica Federal.

O Tribunal de origem deu provimento à apelação da Caixa Econômica Federal, para reconhecer sua ilegitimidade passiva, deu provimento ao apelo da Fazenda Nacional e negou provimento ao apelo da impetrante (fls. 714/722e).

Daí a interposição do presente Recurso Especial.

Cinge-se a controvérsia a analisar a possibilidade de inclusão, na base de cálculo do FGTS, dos valores pagos a título de auxílio-doença e auxílio acidente, terço constitucional de férias, férias indenizadas (abono pecuniário), aviso prévio indenizado, adicional de hora extra, férias gozadas, salário-maternidade e adicional noturno.

Na esteira do entendimento firmado nesta Corte, o FGTS, por não ter natureza de imposto ou de contribuição previdenciária, não tem a sua base de cálculo atrelada à natureza jurídica da verba paga ao trabalhador, sendo devida a inclusão de todas as parcelas que não se enquadrem no art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90. A título ilustrativo, cita-se o seguinte precedente:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. FGTS. DISCUSSÃO ACERCA DA INCLUSÃO DA IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA E DO AUXÍLIO CRECHE EM SUA BASE DE CÁLCULO.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O FGTS trata-se de um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Assim, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência do FGTS.

3. A importância paga pelo empregador durante os primeiros quinze dias que antecedem o afastamento por motivo de doença, incidem na base de cálculo do FGTS por decorrência da previsão no artigo 15, §

5º, da Lei 8.036 e artigo 28, II do Decreto 99.684.

4. No âmbito doutrinário, Sérgio Pinto Martins ensina que incide o FGTS sobre a verba em comento, pois "o inciso II do art. 28 do Decreto n. 99.684 estabelece que o FGTS incide sobre a remuneração paga pela empresa na licença para tratamento de saúde de até 15 dias. A empresa deve pagar o salário do empregado nos 15 primeiros dias do afastamento deste por motivo de doença (§ 3º do art. 60 da Lei n. 8.213)". Ressalte-se que entendimento em sentido contrário implica prejuízo ao empregado que é o destinatário das contribuições destinadas ao Fundo, efetuadas pelo empregador.

5. A análise da legislação de regência (art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90, c/c o art. 28, § 9º, "s", da Lei 8.212/91) impõe conclusão no sentido de que o auxílio-creche (da mesma forma que o reembolso-creche) não integra a base de cálculo do FGTS. A suposta distinção entre o reembolso-creche (que não integra o salário de contribuição em razão de expressa previsão legal) e o auxílio creche, especialmente para fins de incidência de contribuição previdenciária, não encontra amparo na jurisprudência desta Corte, que se firmou no sentido de que "o Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição" (Súmula 310/STJ). Assim, a alegada distinção no que se refere à forma pela qual o empregado auferir a verba - na forma de reembolso ou auxílio -, por si só, não justifica a adoção de regime diverso.

6. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.448.294/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/12/2014).

Dessarte, ante os termos do art. 15, § 6º, da Lei 8.036/90, somente as parcelas elencadas no art. 28, § 9º, da Lei 8.212/91 não podem compor a base de cálculo do FGTS.

Assim, não havendo expressa vedação legal, não se afigura possível a exclusão da incidência do auxílio-doença e auxílio acidente, terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, adicional de hora extra, férias gozadas, salário-maternidade e adicional noturno.

Nesse sentido, segue pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere dos precedentes abaixo transcritos:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CONTRIBUIÇÃO PARA FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE, FÉRIAS GOZADAS,

AVISO-PRÉVIO INDENIZADO, TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS E PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AUXÍLIO-DOENÇA/ACIDENTE.

1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissa o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o FGTS trata de um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Logo, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência da contribuição ao FGTS. Precedentes.

3. **O rol do art. 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 é taxativo. Assim, da interpretação sistemática do referido artigo e do art. 15, caput e § 6º, da Lei n. 8.036/90, verifica-se que, somente em relação às verbas expressamente excluídas pela lei, não haverá a incidência do FGTS. Desse modo, impõe-se a incidência do FGTS sobre o aviso-prévio indenizado, o terço constitucional de férias gozadas, os quinze primeiros dias de auxílio-doença/acidente, o salário-maternidade e sobre as férias gozadas.** Precedentes. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.499.609/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/06/2015).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. BASE DE CÁLCULO. TERÇO DE FÉRIAS. AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. INCIDÊNCIA.

1. 'O FGTS trata-se de um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Assim, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência do FGTS' (REsp 1.448.294/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15/12/2014).

2. 'Legítima a incidência de FGTS sobre o terço constitucional de

férias, visto que apenas as verbas expressamente elencadas em lei podem ser excluídas do alcance de incidência do referido Fundo' (REsp 1.384.024/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3/3/2015).

3. Não havendo nenhuma previsão legal expressa que exclua as verbas relativas ao terço de férias, horas extras, aviso-prévio indenizado e auxílio-doença, não há como afastá-las da base de cálculo das contribuições ao FGTS.

4. A desproporção entre o valor da causa e o arbitrado a título de honorários advocatícios não denota, necessariamente, irrisoriedade da verba honorária, que deve se pautar na análise da efetiva complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelo causídico no patrocínio dos interesses do cliente. Tal análise das circunstâncias adstritas ao caso concreto, como é sabido, compete às instâncias de origem, não podendo ser objeto de recurso especial em homenagem à já mencionada vedação da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 1.472.734/AL, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/05/2015).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO AO FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS, VALORES PAGOS NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA, AVISO PRÉVIO INDENIZADO E HORAS EXTRAS. CABIMENTO.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou que devem integrar a base de cálculo do FGTS as verbas referentes aos quinze primeiros dias pagos ao empregado anteriores ao auxílio-doença, ao aviso prévio indenizado, às horas extras e ao terço constitucional de férias.

2. O FGTS é direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possui caráter de imposto nem de contribuição previdenciária. Assim, impossível sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) na aplicação do FGTS.

3. A importância paga pelo empregador durante os primeiros quinze dias que antecedem o afastamento por motivo de doença incide na base de cálculo do FGTS por decorrência da

previsão no art. 15, § 5º, da Lei 8.036 e no art. 28, II do Decreto 99.684. Precedente: REsp 1.448.294/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.12.2014.

4. **Pacificou-se o posicionamento de que apenas verbas expressamente delineadas em lei podem ser excluídas do alcance de incidência do FGTS. Desse modo, impõe-se a incidência do FGTS sobre o terço constitucional de férias, horas-extras e aviso prévio indenizado, pois não há previsão legal específica acerca da sua exclusão, não podendo o intérprete ampliar as hipóteses legais de não incidência.** Precedentes: REsp 1.436.897/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.12.2014; REsp 1.384.024/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 3.3.2015.

5. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 1.486.093/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2015).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. FGTS. BASE DE CÁLCULO. INCIDÊNCIA SOBRE AUXÍLIO-ACIDENTE/DOENÇA, AVISO PRÉVIO INDENIZADO, FÉRIAS GOZADAS E O RESPECTIVO TERÇO CONSTITUCIONAL, HORAS EXTRAS, SALÁRIO MATERNIDADE E ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E NOTURNO.

1. O FGTS é um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais de índole social e trabalhista, não possuindo caráter de imposto e nem de contribuição previdenciária. Assim, não é possível a sua equiparação com a sistemática utilizada para fins de incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda, de modo que é irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória/compensatória) para fins de incidência do FGTS.

2. A importância paga pelo empregador durante os primeiros quinze dias que antecedem o afastamento por motivo de doença, incidem na base de cálculo do FGTS por decorrência da previsão no artigo 15, § 5º, da Lei 8.036 e artigo 28, II do Decreto 99.684.

3. **Pela interpretação sistemática da norma de regência, verifica-se que somente em relação às verbas expressamente excluídas pela lei é que não haverá a incidência do FGTS. Desse modo, impõe-se a incidência do FGTS sobre o terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, férias gozadas, salário maternidade, horas extras, adicionais de**

insalubridade, periculosidade e noturno.

4. Agravo interno não provido" (AgRg no REsp 1.572.239/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/04/2016).

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. LEI 7.418/85. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA.

1. **É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que 'se o auxílio-transporte é pago em pecúnia, e não por meio de vales, como determina a Lei nº 7.418/85, o benefício deve ser incluído no salário de contribuição para efeito de incidência da contribuição previdenciária e do FGTS' (REsp 873.503/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 1º/12/2006).**

2. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 802.552/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/09/2008).

Considerando que o acórdão recorrido está em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ, incidem, na espécie, as Súmulas 83 e 568 do STJ.

Por fim, ressalto que, quanto às férias indenizadas, o Tribunal de origem entendeu que falta ao contribuinte interesse de agir (fl. 719e), e, quanto à compensação, que tal instituto exige que as pessoas sejam ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, bem como, que não se admite compensação em prejuízo de terceiro (fl. 737e).

Entretanto, tais fundamentos não foram impugnados pela parte recorrente, nas razões do Recurso Especial. Portanto, incide, na hipótese, a Súmula 283/STF, que dispõe: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".

A propósito:

"TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA - COBRANÇA DE ANUIDADE E DE TAXA DE ANOTAÇÃO DE FUNÇÃO TÉCNICA - FILIAL LOCALIZADA NA MESMA JURISDIÇÃO DA RESPECTIVA MATRIZ - REQUISITOS - MULTA - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AO FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO - SÚMULA 283/STF.

(...)

4. Ausente a impugnação a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, o recurso especial não merece ser

conhecido, por lhe faltar interesse recursal. Inteligência da Súmula 283 do STF, aplicável, por analogia, ao recurso especial.

5. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, parcialmente provido" (STJ, REsp 1.299.897/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/05/2013).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, nego-lhe provimento.**

I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora