

SENTENÇA

Vistos, etc.

FILIPE CORTES DE MENEZES, qualificado nos autos do processo em epígrafe, através de seu advogado, ajuizou **Ação Declaratória de Inexigibilidade de Tributos**, em face do **Estado de Sergipe**, também qualificado, alegando que o Réu desconta contribuição do Imposto de Renda sobre o valor referente ao Terço de Férias. A verba tem natureza indenizatória e, por isso, não deveria incidir tal desconto. Os descontos efetuados entre os anos de 2011 e 2014 perfazem a quantia total de R\$ 2.082,63 (dois mil oitenta e dois reais e sessenta e três centavos). Requereu o julgamento procedente do pedido para que o Réu se abstenha de efetuar o desconto de Imposto de Renda sobre o Terço de Férias, e a repetir o indébito dos valores já descontados. Juntou documentos.

Citado, o Réu apresentou contestação sustentando que o Imposto de Renda incide sobre renda e proventos que geram acréscimo patrimonial, exceto sobre as verbas indenizatórias. Neste sentido, sustentou que o Terço de Férias não tem conteúdo reparador, mas sim natureza jurídica de adicional para desfrute do período de descanso e, por isso, deve incidir o desconto. Só não deve haver desconto sobre as férias não gozadas e o respectivo terço, porque adquirem natureza indenizatória. Não deve haver incidência de contribuição previdenciária sobre o terço de férias ante o fato que não irá compor o fundo a ser pago ao aposentado, mas não por possuir natureza indenizatória.

Instada a se manifestar, a Autora refutou que o terço ferial não tem natureza remuneratória, e que por isso não deve incidir o desconto de Imposto de Renda.

O MPE deixou de opinar por ausência de interesse público primário.

É o relatório.

Passo a **decidir**.

Trata-se de Ação de Repetição de Indébito ajuizada por **FILIPE CORTES DE MENEZES** em face do Estado de Sergipe, na qual pretende que o Réu se abstenha de descontar Imposto de Renda sobre o terço de Férias, bem como que repita o indébito dos valores já descontados, por se tratar de verba indenizatória.

Neste sentido, o pedido do Autor se resume ao reconhecimento de que o terço ferial possui natureza indenizatória e não remuneratória, pelo que não deve incidir o desconto do Imposto de Renda.

Observa-se que o Autor não deseja qualquer manifestação judicial sobre o tributo ou o Ente cuja competência é da União, mas apenas em face do Ente/Réu, que efetua o desconto do tributo e a quem compete analisar o que é ou deixar de ser verba remuneratória ou indenizatória.

Embora pela ordem técnica de enfrentamento das ideias numa sentença a questão

competência preceda a legitimidade, necessito analisar esta para passar àquela.

Constitui a legitimidade ad causam uma das condições da ação relativa tanto ao autor quanto ao réu, já que as partes devem ser legítimas.

É, de fato, o poder jurídico de conduzir validamente um processo no qual se discute determinado litígio ou segundo **Alfredo Buzaid** "*a legitimidade é a pertinência subjetiva da ação*". Logo, pode-se afirmar, de maneira singela, que possui legitimidade ativa o titular da pretensão posta em juízo e legitimidade passiva aquele que se encontra sujeito àquela pretensão. Todavia, **a legitimidade somente é aferível diante de uma situação específica, deduzida em juízo.**

Desse modo, os litigantes possuirão legitimidade quando se verificar, a partir de uma análise abstrata, a semelhança entre as partes envolvidas na situação conflituosa e aquelas postas em juízo.

Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamine discorrem com brilhantismo sobre o tema:

“Autor e réu devem ser partes legítimas. Isso quer dizer que, quanto ao primeiro, deve haver ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo. O autor, para que detenha legitimidade, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo (art. 6.º do CPC). Quanto ao réu, é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.”

Para que se compreenda a legitimidade das partes, é preciso estabelecer um vínculo entre o Autor da ação, a pretensão trazida a juízo, e o Réu. Terá de ser examinada a situação conflituosa apresentada pelo autor. Em princípio, cumprirá o requisito da legitimidade das partes na medida em que aquele que figura no polo oposto do conflito apresentado pelo autor corresponda ao que figura no processo na posição de Autor e Réu.

Nota-se que, para aferição da legitimidade, não importa saber se procede ou não a pretensão do autor; não importa saber se é verdadeira ou não a descrição do conflito por ele apresentada. Isso constituirá o próprio julgamento de mérito. A aferição da legitimidade processual antecede logicamente o julgamento do mérito.

Como dito, a relação jurídica tributária no que pertine a imposto de renda de pessoa física, como obrigação legal é estabelecida com a União. Contudo, a insurgência do Autor não é quanto à existência ou recolhimento do imposto, mas sim, quanto à análise feita pelo Réu ao considerar que o terço de Férias é uma Verba Remuneratória.

A jurisprudência tem fixado o entendimento que os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas para figurarem no polo da ação de repetição de indébito tributário por desconto de Imposto de Renda retido na fonte, tendo inclusive o STJ editado a Súmula 447:

Súmula 447: “Os Estados e o Distrito Federal são partes legítimas na ação de

restituição de imposto de renda retido na fonte proposta por seus servidores.”

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Ano de 2013

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE A ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES DO TJDFT IMPUGNA O ATO DO PRESIDENTE DAQUELE TRIBUNAL DENEGATÓRIO DO PEDIDO DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O AUXÍLIO-CRECHE. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE O PRESIDENTE DO TJDFT E O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL. ANULAÇÃO DO PROCESSO. 1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 989.419/RS (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.12.2009), de acordo com a sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que "os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam ao reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte". A jurisprudência desta Corte também se firmou no sentido da inexistência de interesse da União e da ilegitimidade das autoridades federais para figurar no pólo passivo de mandados de segurança impetrados por servidores estaduais ou municipais visando a impedir a retenção na fonte do imposto de renda pelos Estados, Municípios, suas autarquias ou fundações. **REsp 1377480 / DF RECURSO ESPECIAL 2013/0053860-0. Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. DJe 01/10/2013.**

Ano de 2012

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA QUE VISA IMPEDIR A RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA E DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE IMPORTÂNCIA PAGA A MEMBRO DO MPDFT. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO MPDFT E O DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL NO DISTRITO FEDERAL. 1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 989.419/RS (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.12.2009), de acordo com a sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que "os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam ao reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte". O mesmo entendimento aplica-se às ações judiciais que buscam afastar a retenção na fonte do imposto de renda sob a alegação de hipótese de não incidência. A jurisprudência desta Corte também se firmou no sentido da inexistência de interesse da União e da ilegitimidade das autoridades federais para figurar no pólo passivo de mandados de segurança impetrados por servidores públicos estaduais ou municipais visando a impedir a retenção na fonte do imposto de renda pelos Estados, Municípios, suas autarquias ou fundações. **Resp 1314773 / DF RECURSO ESPECIAL 2012/0073115-7. Relator Ministro MAURO**

CAMPBELL MARQUES. Dje 23/05/2012.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DA FEDERAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MATÉRIA ANALISADA SOB O RITO DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Os Estados da Federação são partes legítimas para figurar no pólo passivo das ações propostas por servidores públicos estaduais, que visam o reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte. (...) Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008." (REsp 989419/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, Dje 18/12/2009). 2. É da Justiça Estadual a competência para decidir demandas propostas por servidores públicos estaduais questionando a incidência de imposto de renda sobre seus vencimentos. Agravo regimental do Estado do Rio de Janeiro provido. Agravo regimental da Fazenda Nacional prejudicado. **AgRg no REsp 1302435 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0313966-3. Relator Ministro HUMBERTO MARTINS. DJe 03/04/2012.**

Ano de 2011

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. AUXÍLIO-CONDUÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de reconhecer a ilegitimidade passiva da União e, conseqüentemente, a legitimidade do ente federativo, em ação proposta por servidor público estadual visando à restituição de Imposto sobre a Renda retido na fonte, bem como à competência da Justiça Estadual para o julgamento do feito. 2. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar o Resp 989.419/RS, da relatoria do Min. Luiz Fux (DJe de 18.12.09), sob o rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008, ratificou o entendimento "de que a legitimidade passiva ad causam nas demandas propostas por servidores públicos estaduais, com vistas ao reconhecimento do direito à isenção ou à repetição do indébito relativo ao imposto de renda retido na fonte, é dos Estados da Federação, uma vez que, por força do que dispõe o art. 157, I, da Constituição Federal, pertence aos mesmos o produto da arrecadação desse tributo". 3. Agravo Regimental de Beatriz Miranda Petrucci não provido. 4. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul não provido. **AgRg no AgRg no REsp 1154912 / RS AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0165630-7. Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES. DJe 13/09/2010.**

O fundamento da legitimidade e competência da Justiça Estadual é o fato de que à União coube legislar sobre o imposto, mas cabe aos Estados efetuar o pagamento dos seus servidores e reter a título de Imposto de Renda a verba que classificar como remuneratória. Assim rejeito a arguição de incompetência do juízo e

reconheço a legitimidade do Estado de Sergipe para figurar no polo passivo da demanda.

Ponto crucial que deve ser destacado quanto a **produção de provas**, diz respeito ao rito empregado no feito. Nesta Comarca está instalado o Juizado da Fazenda Pública, cuja competência é desta Vara Cível.

A Lei nº 12.153/2009 informa:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.(...)

§ 4o No foro onde estiver instalado Juizado Especial da Fazenda Pública, a sua competência é absoluta.

Ante o caráter absoluto da competência, o feito deve seguir o rito do Juizado da Fazenda Pública.

Não tendo havido protesto de produção de prova oral tempestivamente e considerando que a matéria é completamente de direito, o feito deve seguir para julgamento.

Quanto ao **mérito** da demanda, sustenta o Autor que o Réu retem verba, ao incidir Imposto de Renda sobre terço de Férias.

O réu não impugnou a incidência do Imposto de Renda sobre o terço ferial, ao contrário, firmou sua regularidade, afirmando que o tributo deve incidir sobre verba de natureza remuneratória e não incidir apenas sobre as verbas indenizatórias. Ponderou que o terço de férias é uma *remuneração* para melhor gozo do período, assumindo em princípio a natureza jurídica de remuneração, transmudando-se em indenizatória apenas quando as férias não forem gozadas. Sustentou que pensar diferente seria o mesmo que reconhecer que o salário é uma indenização pelo dano causado ao trabalhador e não uma contraprestação pelo serviço.

A questão posta ao juízo para decisão está adstrita em analisar se a verba paga a título de terço ferial é remuneratória ou indenizatória.

A jurisprudência tem travado discussões quanto a natureza do terço de férias. Existe a admissão de que o terço de férias gozadas, assume feição de verba remuneratória e para as férias não gozadas seriam classificadas como verbas indenizatórias. Dizem os doutos colegas que o marco está no gozo do benefício.

O próprio STJ apresenta decisões divergentes. A segunda Turma reconhece que incide Imposto de Renda apenas ao benefício gozado, já a primeira seção no AgRg na Rcl 9887 / DF AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 2012/0193137-

O, manifestou-se contaria a Incidência de Imposto de Renda sobre o terço de férias, gozadas ou não gozadas.

Assumido que a falta do gozo transmuda a natureza jurídica da verba, também nos induz a acreditar que a falta de pagamento tempestivo de verba cuja natureza é salarial, revelaria uma verba indenizatória, conseqüentemente excluindo a incidência do Imposto de Renda. Contudo, não é isto que acontece. A jurisprudência à Unanimidade informa que a verba salarial é evidentemente remuneratória e mesmo quando paga acumuladamente e extemporaneamente está sujeita a incidência do Imposto de Renda.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NATUREZA REMUNERATÓRIA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA. VERBA SALARIAL PAGA EXTEMPORÂNEA E ACUMULADAMENTE. 1. "Os valores a serem pagos em razão de decisão judicial trabalhista, que determina a reintegração do ex empregado, assumem a natureza de verba remuneratória, atraindo a incidência do imposto sobre a renda. Isso porque são percebidos a título de salários vencidos, como se o empregado estivesse no pleno exercício de seu vínculo empregatício." (REsp 1142177/RS, submetido ao rito previsto no art. 543-C do CPC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe25/08/2010) 2. Os valores recebidos a título de férias proporcionais e respectivo terço constitucional são indenizações isentas do pagamento do Imposto de Renda. (REsp 1111223/SP, submetido ao rito previsto no art. 543-C do CPC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009) 3. In casu, as verbas percebidas a título de equiparação salarial do cargo de delegado de polícia com o de Procurador do Estado ostentam natureza eminentemente salarial, razão pela qual sobre elas incide o imposto de renda. 4. "O Imposto de Renda incidente sobre os benefícios pagos acumuladamente deve ser calculado de acordo com as tabelas e alíquotas vigentes à época em que os valores deveriam ter sido adimplidos, observando a renda auferida mês a mês pelo segurado. Não é legítima a cobrança de IR com parâmetro no montante global pago extemporaneamente." (REsp 1118429/SP, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 14/05/2010) 5. Deveras, da leitura do voto condutor, deduz-se que o Tribunal considerou a verba percebida (equiparação salarial) como indenizatória, em virtude de seu pagamento extemporâneo. A alusão à transação judicial consubstanciou mero reforço de argumento, de modo a enfatizar que a remuneração propriamente dita, sobre a qual incidirá o imposto, já fora paga anteriormente, ou seja, quando da percepção da remuneração, máxime por tratar-se de verba que configura reparação pela isonomia salarial dos delegados com os procuradores. 6. O juízo de admissibilidade recursal é ato discricionário do relator. 7. Agravo regimental desprovido. **AgRg no REsp 1146129 / MA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0120785-7. Relator Ministro LUIZ FUX DJe 03/11/2010.**

Ora, se o salário cuja verba é remuneratória não tem a natureza alterada por conta da inexistência do pagamento tempestivo, porque o terço ferial deveria assumir natureza diversa por conta do gozo ou não gozo?! Ou o terço de férias assume natureza remuneratória ou indenizatória. Não pode apresentar naturezas distintas

apenas por uma questão temporal ou de gozo. A ausência de gozo apenas torna a natureza mais facilmente inidentificável, apenas pelo fato de que assume natureza de pecúnia, embora o terço seja sempre pago em dinheiro. Não se trata da venda do período de descanso. O gozo é apenas o sagrado descanso FÍSICO.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a natureza jurídica do terço de férias, quanto ao recolhimento de **contribuição previdenciária**, asseverou que o terço ferial é verba indenizatória visto que não integra ao fundo de pagamento do trabalhador aposentado. A conclusão com a máxima *venia*, foi mais do que óbvia. Se determinada verba não será utilizada no computo de pagamento pelo INSS, em contrapartida, fica vedado ao Órgão cobrar por ele.

Seguindo a decisão do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento para afirmar que ao terço de férias não deve incidir contribuição previdenciária por não integrar a aposentadoria e por consequência possui natureza indenizatória.

Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ALEGADA OFENSA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97). NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na linha de orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, revendo seu posicionamento, firmou compreensão segundo a qual não incide contribuição previdenciária sobre 'o terço constitucional de férias, verba que detém natureza indenizatória por não se incorporar à remuneração do servidor para fins de aposentadoria' (Pet 7.296/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 10/11/09)" (AgRg na Pet 7.207/PE, de minha relatoria, DJe 15/9/10) 2. Não caracteriza ofensa à reserva de plenário a interpretação dispensada por órgão fracionário de Tribunal a dispositivo de lei que, mediante legítimo processo hermenêutico, tem sua incidência limitada. 3. Agravo regimental não provido. **AgRg no AREsp 223988 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0182643-1 Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Dje 09/05/2013.**

Neste sentido, se a verba foi reconhecida como indenizatória para não incidir contribuição previdenciária, também o deve ser para fins de recolhimento de Imposto de Renda. Ademais a Constituição Federal estabelece:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

Se o valor é estabelecido em 1/3 a mais do que o salário normal, e após, há a incidência de imposto de renda, claramente existe violação ao direito do trabalhador, na medida que também há a diminuição do valor recebido. A norma

constitucional é descumprida haja vista que o pagamento é inferior a 1/3.

O Terço Ferial é Direito Constitucional garantido indistintamente a todo trabalhador, não interessando o valor do salário. Por outro lado, a incidência de imposto de renda só ocorre após a renda ultrapassar o teto estabelecido pela legislação infraconstitucional. Desta feita, estaria uma lei infraconstitucional suprimindo um Direito resguardado Constitucionalmente.

O Terço de Férias assume natureza indenizatória porque é uma compensação monetária destinada a melhor fruição do descanso do trabalhador. Considera-se que o individuo no período de férias, tendo mais tempo destinado ao lazer, necessitará de verba extra para efetivamente gozar o descanso, caso contrário o período assumiria apenas a característica de ócio improdutivo.

Observo também que o Requerido afirmou que, seria impossível aferir o quantum efetivamente pago pela Requerente a título de imposto de renda a partir dos documentos juntados, declarou também que, a retenção realizada caracteriza tributação temporária.

Ocorre que, a documentação juntada foi a ficha financeira, peça oficial que demonstra o histórico de cada competência, espelhando os valores das reais movimentações, valores estes utilizados como base para apuração do Imposto de Renda.

Diante do exposto, com fulcro no artigo 269, inciso I, do CPC, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, para condenar o Estado de Sergipe ao pagamento de **R\$ 2.206,51**

(dois mil e duzentos e seis reais e cinquenta e um centavos), quantia que já se encontra atualizada, conforme dito acima, nos termos do art.1-F da Lei nº9.494/97, com a novel redação dada pela lei nº 11.960/2009, referente a restituição ao Autor das quantias retidas indevidamente na fonte, declarando a invalidade dos descontos efetivados, devendo o Requerido se abster de descontar Imposto de Renda sobre a parcela do Terço de Férias.

Sem condenação de custas e honorários advocatícios, consoante dispõe o art. 55 *caput* da Lei 9.099/95.

Interposto o recurso no prazo legal, e após o prazo para a apresentação das contrarrazões, com ou sem manifestação da parte adversária, remetam-se os autos à Turma Recursal.

Caso não haja recurso inominado, certifique o trânsito em julgado e **expeça-se precatório; havendo renúncia ao valor excedente ao considerado pequeno valor pela lei Estadual (R\$ 5.180,45), expeça-se RPV para pagamento em 60 dias** sob pena de sequestro, após, havendo o depósito, expeça-se alvará e archive-se.

P.R.I.

Aracaju/SE, 13 de maio de 2015.

JOSÉ ANSELMO DE OLIVEIRA,

Juiz de direito.

José Anselmo de Oliveira

Juiz(a) de Direito