# TERMO DE CONCLUSÃO

Aos 13 de fevereiro de 2015, eu, , escrevente técnico, faço estes autos conclusos a MM. Juiza de Direito Dr. (a) Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi.

## **SENTENÇA**

Processo Digital n°: 1044690-50.2014.8.26.0053

Classe - Assunto **Procedimento Ordinário - Repetição de indébito** 

Requerente: Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das

Fundações e das Universidades Públicas de SP - Sindiproesp

Requerido: Fazenda Pública do Estado de São Paulo

Juíza de Direito: Dr. (a) Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi

#### VISTOS.

Cuida-se de ação movida por Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas de SP - Sindiproesp em face de Fazenda Pública do Estado de São Paulo na qual se pretende reconhecimento do direito de não incidência de Imposto de Renda sobre o terço de féria, bem como a devolução dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos e acrescidos de juros de mora.

A FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contestou o feito. Preliminarmente, aduziu ilegitimidade passiva, sob o argumento de ser competência da União o seu recolhimento e que o art. 157, I da Constituição Federal é mera regra de direito financeiro de repartição de receita. Argumentou, ainda, que a legitimidade para a repetição de indébito também é da União, uma vez que a retenção efetuada do imposto pelos Estados é considerada no cálculo do valor a ser entregue no que tange ao Fundo de Participação dos Estados. No que tange ao mérito, afirmou ser o terço constitucional tem natureza puramente remuneratória, pois se trata de reforço financeiro que não retira seu caráter salarial, sendo inclusive calculado com base no salário. Asseverou que a jurisprudência posiciona-se pela não incidência apenas no caso excepcional do gozo das férias ser obstado pela Administração Pública, quando a verba adquire caráter indenizatório.

A autora trouxe réplica. Reiterou os argumentos trazidos na inicial. Asseverou,

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo-SP - CEP 01501-020

ainda, ser a ré legítima posto que recolhe aos seus cofres o imposto via retenção.

## Relatados. FUNDAMENTO e DECIDO.

É caso de julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, dispensando-se dilação probatória na medida em que incontroversos os fatos, a divergência gira exclusivamente em torno da aplicação do direito, e a partir dele, quais consequências.

A tese inicial sustenta que o terço constitucional de férias não tem caráter remuneratório, mas natureza indenizatória, de modo que não se conforma enquanto renda ou acréscimo patrimonial e, portanto, não está sujeito à incidência de Imposto de Renda.

O presente feito questiona a incidência de Imposto de Renda sobre o terço constitucional de férias.

Inicialmente, passa-se à análise da preliminar de ilegitimidade passiva..

A referida arguição não merece prosperar. Ainda que o Imposto de Renda seja de competência da União, no caso de servidores públicos estaduais com retenção do imposto na Fonte, cabe ao Estado o seu recolhimento, de forma que o ato administrativo impugnado por ser considerado ilegal é concernente ao Estado de são Paulo. Dessa forma, é legítimo o Estado para figurar no polo passivo, uma vez que se questiona ato por ele praticado, a retenção supostamente indevida, assim como se pede a restituição de imposto por ele recolhido.

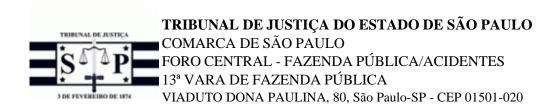
Passa-se à análise do mérito.

O questionamento do presente feito, quanto à incidência ou não do IR sobre o adicional de um terço constitucional de férias, se volta à identificação da natureza do adicional de um terço de férias enquanto indenizatória ou salarial/remuneratória.

A verba aqui tratada esta prevista na Constituição Federal, enquanto direito do trabalhador, em seu artigo  $7^{\circ}$ .

"Art. 7°: 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 é incontroverso o direito ao terço de férias, a natureza dessa verba goza de larga discussão e contradição em sede doutrinária e jurisprudencial. A verba ora é considerada como indenizatória pela ausência da regularidade salarial e por possuir caráter de garantir o pleno lazer e descanso no período das férias, ora é considerada remuneratória por ser mero acréscimo ao salário usual e constituir aumento ao patrimônio.

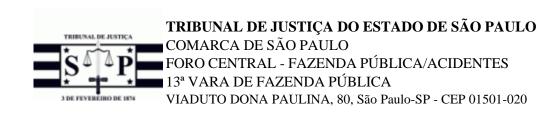
A controvérsia é inclusive presente na jurisprudência do STJ que postula pelo caráter indenizatório da verba quando decorrente de férias não gozadas, e pela natureza remuneratória/salarial quando advém de férias gozadas.

Em que pese o entendimento do Colendo STJ, o juízo convence-se pela natureza apenas indenizatória da verba, de forma que, mesmo tendo sido fruídas as férias, o adicional do terço percebido possui caráter compensatório a isentar a incidência de Imposto de Renda.

A matéria já foi debatida no Pretório Excelso, em que restou configurada sua natureza indenizatória, quando debatida tese de contribuição previdenciária dobre o terço constitucional.

Isto porque o e. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº. 603.537-7/DF, de Relatoria do Ministro Eros Grau, ao dar interpretação aos textos legais sobre a matéria, reconheceu expressamente a natureza compensatória/indenizatória do terço constitucional de férias. Cite-se o excerto da referida decisão:

2. Quanto à questão relativa à percepção do abono de férias e à incidência da contribuição previdenciária, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que a garantia de recebimento de, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal no gozo das férias anuais (CB, artigo 7°, XVII) tem por finalidade permitir ao trabalhador "reforço financeiro neste período (férias)" [RE n. 345.458, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 11.3.05], o que significa dizer que a sua natureza é compensatória/indenizatória. Ademais, conforme dispõe o artigo 201, § 11, da Constituição, "os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição



previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei". (g.n.) (AgRg AI 603.537-7/DF, Relator Ministro Eros Grau, 2ª Turma, Publicado no DJ de 30/3/2007)

Na apreciação das teses em confronto, imperioso tecer considerações acerca da origem da verba, de forma a evidenciar o intuito do legislador em dotá-la de caráter indenizatório.

A Constituição de 1988 estabeleceu como direito básico dos trabalhadores urbanos e rurais o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do salário normal (art. 7°, XVII), vantagem que veio a ser estendida aos servidores ocupantes de cargos públicos, como consta do § 3° do art. 39, da Carta Magna.

O adicional tem por objetivo primeiro proporcionar ao trabalhador, no período de férias, percepção de um reforço financeiro, para que lhe albergue maior fruição do direito de descanso constitucionalmente previsto.

A partir desse raciocínio desenvolveu-se a posição jurisprudencial do STF (RE 345.458/RS Segunda Turma, DJ 01/02/2005), relatado pela Ministra Ellen Gracie, considerou que o abono de férias era espécie de "parcela acessória que, evidentemente, deve ser paga quando o trabalhador goza seu período de descanso anual, permitindo-lhe um reforço financeiro neste período".

Firmou-se, por conseguinte, entendimento de não-incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, ao fundamento de que a referida verba detém natureza compensatória/indenizatória e de que, nos termos do art. 201, § 11, da CF/88 (Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei), somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor para fins de aposentadoria sofrem a incidência da contribuição previdenciária.

## Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AS HORAS EXTRAS E O TERÇO DE FÉRIAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Esta Corte fixou entendimento no sentido que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo-SP - CEP 01501-020

da contribuição previdenciária. Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no AI 727.958/MG, Rel. MINISTRO EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 27/02/2009)

Nesse passo, se por ser a verba indenizatória não há incidência de contribuição previdenciária, pode-se concluir que, por ser verba indenizatória tampouco deve incidir Imposto sobre a Renda, ante sua necessária desvinculação do conceito de remuneração.

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE** a ação, com supedâneo no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil para declarar a não incidência de Imposto de Renda sobre o pagamento do terço acrescido à remuneração das férias, a todos os associados da requerente, ante sua natureza indenizatória. Determino, por conseguinte, que a ré proceda à repetição de todos os descontos assim efetuados nos cinco anos anteriores à data da propositura da demanda.

Custas e despesas ex lege.

Por força do princípio da causalidade, condeno ainda Fazenda Pública do Estado de São Paulo em honorários advocatícios. A verba honorária fica fixada em 10% sobre o valor da condenação, tudo conforme artigo 20, § 3°, do Código de Processo Civil, em favor da autora, salvo se concedida gratuidade judiciária.

P.R.I.C.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2015.

Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi Juíza de Direito

Documento Assinado Digitalmente<sup>1</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> O presente é assinado digitalmente pelo(a) MM. Juiza de Direito, Dr.<sup>(a)</sup> Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi, nos termos do artigo 1°, § 2°, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.