



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000130277

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1044690-50.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, é apelado SINDICATO DOS PROCURADORES DO ESTADO, DAS AUTARQUIAS, DAS FUNDAÇÕES E DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE SP - SINDIPROESP.

ACORDAM, em 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), SOUZA MEIRELLES E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 2 de março de 2016

DJALMA LOFRANO FILHO

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto nº 6479

Apelação Cível nº 1044690-50.2014.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelado: Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas de São Paulo - SINDIPROESP

Juiz Sentenciante: Dr.(a) Maria Gabriela Pavlóoulos Spaolonzi

Reexame necessário

RELATOR: DJALMA LOFRANO FILHO

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS GOZADAS. ADMISSIBILIDADE. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Inocorrência. Conquanto o produto da arrecadação destine-se à União Federal, sujeito ativo da obrigação tributária, a Fazenda do Estado ostenta legitimidade na qualidade de agente arrecadador dos descontos impugnados. Mérito. Pretensão à cessação dos descontos de imposto de renda sobre o terço constitucional adimplido sobre as férias gozadas e repetição dos referidos valores. Impossibilidade. O terço constitucional caracteriza parcela remuneratória extra, adimplida como um benefício para auxiliar o servidor público no período de férias, não se tratando de indenização para recompor dano. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça, que pacificou a matéria em sede de recurso repetitivo. Sentença reformada para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência. Recursos providos.

Vistos.

Trata-se de recursos oficial e de apelação interpostos nos autos da ação de rito ordinário ajuizada pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas de São Paulo - SINDIPROESP em face da Fazenda do Estado de São Paulo. Na sentença de fls. 138/142, integrada a fls. 175/176, foi julgado procedente o pedido vestibular para determinar à ré fazendária que se abstenha de efetuar os descontos de imposto de renda sobre o terço constitucional adimplido sobre as férias gozadas e, observada a prescrição quinquenal, determinar a repetição dos valores acrescidos de correção monetária desde os descontos indevidos pela tabela prática do Tribunal de Justiça.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Em razão da sucumbência, a Fazenda do Estado de São Paulo foi condenada ao pagamento honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo postulou a reforma da r. sentença, aos seguintes argumentos: a) preliminarmente, ilegitimidade passiva; b) no mérito, sustentou a natureza remuneratória do terço constitucional incidente sobre as férias gozadas; c) a parcela não é indenizatória, porque trabalhar não causa danos; d) o terço constitucional é um benefício salarial, base de cálculo para o imposto de renda, o que difere das férias não usufruídas, nas quais há um dano ao trabalhador, que merece indenização em pecúnia; e) não basta a classificação da verba, deve ser levado em conta se existe o acréscimo patrimonial, ou seja, a ocorrência do fato gerador *in concreto*; f) subsidiariamente, os juros devem ser calculados apenas a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional; g) necessidade de redução da verba honorária advocatícia fixada, com arbitramento nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

O recuso foi recebido no duplo efeito e respondido (fls. 181/185).

É o relatório.

Há reexame necessário com fundamento no art. 475 do Código de Processo Civil e Súmula 490 do STJ.

Cuida-se de pretensão jurisdicional apresentada pelo Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas de São Paulo - SINDIPROESP voltada à declaração da obrigação de não fazer cumulada com repetição de indébito tributário, em face da Fazenda do Estado de São Paulo, a fim de impedir os descontos em folha de pagamento atinentes ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

imposto de renda incidente sobre o terço constitucional adimplido sobre as férias gozadas.

De início, a preliminar de ilegitimidade passiva não comporta acolhimento, porque, embora o produto da arrecadação seja destinado à União Federal, sujeito ativo da obrigação tributária, a Fazenda do Estado de São Paulo tem o dever legal de efetuar os indigitados descontos, razão pela qual deve compor a relação jurídica processual em debate nos presentes autos.

Neste sentido, confira-se:

RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO - SERVIDORES PÚBLICOS DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO ALESP - PRETENSÃO À CESSAÇÃO DO DESCONTO PREVIDENCIÁRIO E RELATIVO AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. 1. Preliminarmente, a parte ré ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da ação, na qualidade de agente arrecadador e operador dos descontos impugnados. 2. Prova produzida nos autos adequada à pretensão, não se evidenciando a ausência de documento essencial, tendo em vista que os descontos têm cunho obrigatório e são efetivamente realizados. 3. No mérito, impossibilidade de incidência do desconto previdenciário sobre o terço constitucional de férias, de caráter indenizatório. 4. Legalidade, porém, de incidência do Imposto de Renda retido na fonte. 5. Natureza remuneratória, caracterizando, assim, fato gerador do tributo, consoante os termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional. 6. Ação julgada parcialmente procedente para reconhecer a legalidade do desconto, sobre o terço constitucional de férias, a título de IR na fonte. 7. Sentença modificada em parte. 8. Recursos oficial e de apelação parcialmente providos para tal fim, com a repartição do ônus decorrentes da sucumbência entre as partes litigantes. (TJ-SP, Apelação nº 0018245-51.2010.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Francisco Bianco, v.u., j. 12.5.2012) - destaques acrescentados.

Superada a questão preliminar, no mérito tem razão a apelante.

Como é cediço, os valores percebidos decorrentes de férias



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

não gozadas não devem servir de base de cálculo para o imposto de renda, porque se prestam a recompor o patrimônio do servidor público, que ficou privado de regular exercício do direito de férias anuais.

Na referida hipótese, portanto, a natureza indenizatória tanto das férias não gozadas e pagas pelo empregador, quanto do respectivo terço constitucional, é latente e não enseja maiores digressões.

Entretanto, diversa é a situação atinente ao recebimento do terço constitucional, adimplido em decorrência do gozo das férias, pois, neste caso, não houve para o trabalhador nenhum dano passível de compensação.

Ao revés, o servidor público, ao gozar o período de férias, recebe um benefício remuneratório extra, destinado a auxiliá-lo nas despesas relacionadas às férias.

Não está presente, portanto, a natureza indenizatória da parcela salarial em comento, situação que poderia autorizar a não incidência do imposto de renda.

O terço constitucional caracteriza remuneração extra adimplida ao servidor público, nos termos da Constituição da República, e deve servir de base de cálculo para o imposto de renda, na fonte, inclusive.

Além disso, dispõe a Lei Federal nº 9.250/1995 o seguinte:

Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

I - de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva;

O tema já foi apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo

*AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 696.178 - MA (2015/0086414-9) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS AGRAVANTE: ESTADO DO MARANHÃO PROCURADOR: MARCELO DE OLIVEIRA SAMPAIO E OUTRO(S) AGRAVADO: DOMINGAS DE JESUS FROZ GOMES ADVOGADO : CARLOS DIAS CARNEIRO NETO E OUTRO(S) PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE O ADICIONAL DE UM TERÇO DA REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS GOZADAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ADOTADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO**, NA FORMA DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO*

Vistos.

Cuida-se de agravo em recurso especial interposto por ESTADO DO MARANHÃO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão cuja ementa transcrevo (fl. 109, e-STJ): "EMENTA: Mandado de Segurança. Servidor Público. Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão. Terço Constitucional de Férias. Verba de Caráter Indenizatório. Imposto de Renda. Não Incidência. Direito a Compensação Tributária via Ação Mandamental. Possibilidade. Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça. Prazo Prescricional. Cinco Anos. Obrigatoriedade. I - Se, a constituir o adicional do terço constitucional de férias, verba de caráter indenizatório, esbarrativo, pois, o incidir e imposto de renda. II - Em se avistando, a teor da Súmula 213 do Superior Tribunal de Justiça, possível o manuseio da ação mandamental ao fito de que garantido o direito a compensação tributária do imposto indevidamente descontado do abono de férias, necessário, contudo, que respeitado o prazo prescricional de 05 (cinco) anos, anteriores a impetração do "mandamus". Ordem concedida com vistas a que, cassado em definitivo. O desconto de imposto de renda sobre terço de férias da impetrante, confirmando-se a liminar nestes autos deferida, além de compensados os valores de imposto de renda indevidamente descontados do abono de férias dentro do limite de 05 (cinco) anos anteriores a impetração da presente ação mandamental. Unanimidade". No recurso especial, o recorrente alega que o acórdão contrariou as disposições contidas nos arts. 1º da Lei n. 12.016/2009 e 43 do Código Tributário Nacional. Alega, outrossim, dissídio jurisprudencial. Apresentadas as contrarrazões, sobreveio o juízo de admissibilidade negativo da instância de origem (fl. 170, e-STJ). Superada a questão da admissibilidade do agravo em recurso especial, julgo o recurso especial. É, no essencial, o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Para fins de esclarecimento, cito trechos do acórdão impugnado (e-STJ, fl. 112): "A objetivar a espécie, cassar o desconto do imposto de renda sobre a parcela do abono de férias da impetrante bem ainda se lhe compensados os valores de imposto de renda descontados nos últimos 05 (cinco) anos. Do exame dos postos argumentos, de se registrar, de logo, merecedor de acolhimento o se nos posto writ, eis que, por esta Corte já proferido julgamento recente acerca da matéria, notadamente, nos autos do Mandado de Segurança n°.48039 de 2013 a garantir, pois, o direito pretendido pela impetrante ao se nos presente caso, como que, a cassação do desconto de imposto de renda sobre o terço de férias e a compensação tributária dos descontos indevidamente realizados. Assente essa ilação no fato de que já sedimentado neste Tribunal o entendimento também adotado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 344.458/RS) e Superior Tribunal de Justiça (Petição n°. 7.296/PE e Petição n°. 7.522/SE) de que o adicional referente ao terço de férias dos servidores públicos de todas as esferas de poder, objetivam em verdade, garantir descanso ao trabalho, sem, contudo, representar acréscimo patrimonial, constituindo-se assim verba de natureza indenizatória e não remuneratória, sobre a qual, por essa razão, não incidente imposto de renda. Com efeito, além de manifesto o direito a cassação do desconto de imposto de renda sobre o terço constitucional de férias, igualmente merecedor de prospero o direito a compensação tributária dos valores indevidamente descontados nesse contexto, sendo, pois, legítimo o writ se nos trazido ao resguardo dessa pretensão. Coerente esse concluir, por assim já se ter insculpida a orientação do Superior Tribunal de Justiça na Súmula n°. 213, razão pela qual, alternativa outra não se me resta senão a de nesta via declarar o direito da ora impetrante em ter compensados os valores de imposto de renda indevidamente descontados do seu terço constitucional de férias dentro do limite de 05 (cinco) anos anteriores a presente impetração, eis que, a pretender a impetrante, restituição de pagamento indevido após a vigência da Lei Complementar 118/2005, consoante entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o critério de diferenciação entre o prazo de prescrição de 05 (cinco) e 10 (dez) anos. Isto posto e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, hei por bem, a ordem, se lha conceder com vistas a que, em definitivo, cassado o desconto de imposto de renda sobre terço de férias da impetrante, confirmando-se a liminar nestes autos deferida, além de compensados os valores de imposto de renda indevidamente descontados do abono de férias dentro do limite de 05 (cinco) anos anteriores a impetração da presente ação mandamental". Merece prosperar a pretensão recursal. A Primeira Seção do STJ, na sessão de 22/4/2015, ao julgar o REsp 1.459.779/MA, pelo rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento segundo o qual incide o imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas. Considerou-se, ainda, que a "conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim, com a existência, ou não, de acréscimo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

patrimonial, que, como visto, é patente quando do recebimento do adicional de férias gozadas". Nesse sentido, cito precedentes: "TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE O ADICIONAL DE UM TERÇO DA REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS GOZADAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ADOTADO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, NA FORMA DO ART. 543-C DO CPC. 1. A Primeira Seção deste STJ, na sessão de 22/4/2015, ao julgar o REsp 1.459.779/MA, pelo rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento segundo o qual incide o imposto de renda sobre o adicional (1/3) de férias gozadas. Considerou-se, ainda, que "A conclusão acerca da natureza do terço constitucional de férias gozadas nos julgamentos da Pet 7.296/PE e do REsp 1.230.957/RS, por si só, não infirma a hipótese de incidência do imposto de renda, cujo fato gerador não está relacionado com a composição do salário de contribuição para fins previdenciários ou com a habitualidade de percepção dessa verba, mas, sim, com a existência, ou não, de acréscimo patrimonial, que, como visto, é patente quando do recebimento do adicional de férias gozadas". 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no RMS 46.662/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 02/06/2015.) "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA FÍSICA - IRPF. INCIDÊNCIA SOBRE ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS GOZADAS. 1. No recente julgamento do recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.459.779 - MA (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/acórdão Min. Benedito Gonçalves, julgado em 22.04.2015) esta Corte reafirmou, na forma do art. 543-C do CPC, a sua jurisprudência no sentido de que o Imposto de Renda incide sobre o adicional de 1/3 incidente sobre as férias gozadas. Registro que fui vencido no julgado e faço a ressalva de minha posição pessoal. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 536.274/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015.) Ante o exposto, com fundamento no art. 544, §4º, do Código de Processo Civil, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 09 de junho de 2015. MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator (Ministro HUMBERTO MARTINS, 22/06/2015) - destaques acrescidos.

A questão está, portanto, pacificada.

No mesmo sentido, confirmam-se ainda julgados deste E.

Tribunal de Justiça:

Apelação – Servidores públicos municipais – Pretensão ao recebimento de terço constitucional de férias sem o desconto de imposto de renda – Improcedência – Inconformismo – Verba de natureza remuneratória, e não,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

indenizatória – Regular incidência de imposto de renda – Precedentes deste E. Tribunal e do A. STJ – Recurso desprovido. (TJSP – Apelação nº 0040141-82.2012.8.26.0053, Relator(a): Souza Meirelles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22/07/2015; Data de registro: 23/07/2015)

*Contribuição previdenciária e imposto de renda sobre o terço constitucional das férias gozadas. Imposto de Renda retido na fonte - Competência da Justiça Estadual, ex vi do disposto no art. 157, I, da CF - Legitimidade dos entes federados Súmula nº 47 do STJ Preliminar afastada. Ação proposta por servidor público estadual fitando a repetição de valores descontados por conta da LC 943/03 a título de contribuição previdenciária - Ilegitimidade ad causam do Estado de São Paulo manifesta, vez se tratar de mero agente arrecadador. Preliminar de inépcia por ausência de documento essencial afastada. Limitação do lustro referente ao instituto extintivo de direito reconhecida na origem Carência recursal nesse passo. **Legalidade da exação tributária do imposto de renda com relação ao terço constitucional das férias gozadas, ante o perfil de acréscimo patrimonial, diferentemente daquelas não gozadas e, portanto, indenizadas.** Ilegalidade da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional das férias gozadas, ante a ausência de previsão na regra matriz de incidência tributária Procedência nesta parte, com adequação dos juros (arts. 161 e 167 do CTN). Sucumbência recíproca. *Dá-se provimento parcial ao recurso voluntário. (TJ-SP, Apelação nº 0015776-32.2010.8.26.0053, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ricardo Anafe, v.u., j. 14.8.2013).**

SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS Imposto de Renda Incidência sobre o terço constitucional de férias Tributação devida sobre o terço de férias gozadas Natureza remuneratória Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJSP – Apelação nº 0001414-54.2012.8.26.0053, Relator(a): Peiretti de Godoy; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/12/2012; Data de registro: 17/12/2012).

Com tais considerações, respeitado o entendimento da ilustre Magistrada de primeiro grau, a r. sentença deve ser reformada, para julgar improcedente a ação.

Em razão da inversão da sucumbência, a parte vencida deverá ser condenada ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atribuído à causa corrigido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por derradeiro, ficam as partes advertidas, desde já, que a oposição de embargos de declaração fora das hipóteses legais e/ou com efeitos infringentes lhes sujeitará a imposição da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, dá-se provimento aos recursos, para os fins acima especificados.

DJALMA LOFRANO FILHO
Relator