



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Medida Cautelar Inominada - Turma Espec. II - Tributário
Nº CNJ : 0006553-46.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006553-0)
RELATOR : Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
AUTOR : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - RJ
RÉU : UNIAO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL E OUTRO
PROCURADOR : Procurador da Fazenda Nacional E OUTRO
ORIGEM : 06ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro
(01262306420134025101)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

1. Não houve qualquer obscuridade no acórdão embargado, já que, embora tenha aplicado o mesmo raciocínio às duas contribuições quanto à incidência sobre as verbas trabalhistas, expressamente se manifestou no sentido de que elas têm naturezas distintas e, portanto, não cabe a alegação de que a Turma teria se fundamentado em premissa equivocada para reconhecer a existência de *fumus boni iuris* para a atribuição de efeito suspensivo à apelação interposta nos autos da ação de rito ordinário nº 0126230-64.2013.4.02.5101.

2. De fato, esta Quarta Turma Especializada vem entendendo, recentemente, na linha da orientação do Superior Tribunal de Justiça, que, por se tratar o FGTS de um direito autônomo dos trabalhadores, a natureza da verba trabalhista é irrelevante para fins de exigência dos respectivos depósitos, cabível sempre que não houver previsão expressa de exclusão em lei.

3. No entanto, diante da ausência de precedente vinculante que autorize a alteração do entendimento manifestado no julgamento anterior, entendo que deve ser mantida a conclusão adotada no acórdão embargado a fim de que a discussão seja definitivamente dirimida nos autos da ação de rito ordinário.

4. Já com relação ao *periculum in mora*, o acórdão bem afirmou que “na presente hipótese, a impossibilidade de haver execução provisória em face de ente público, por si só, impõe a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários cobrados pela União Federal. O julgamento definitivo da ação anulatória ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro é questão prejudicial a qualquer medida executiva que a Fazenda Nacional pretenda promover, sob pena de haver burla ao regime disciplinado no art. 100 da CRFB/88. Em outras palavras, não há como atribuir exigibilidade aos créditos tributários discutidos pelo Requerente, porque a medida seria inócua à luz do texto constitucional, já que nenhuma providência poderia ser tomada pela Fazenda Nacional antes do trânsito em julgado na ação anulatória”.

5. Desde modo, vê-se que não há que se falar em omissão quanto ao perigo de dano reverso.

6. O art. 1025 do NCPC (Lei nº 13.105/15) positivou as orientações de que a simples oposição de embargos de declaração é suficiente ao prequestionamento da matéria constitucional e legal suscitada pelo embargante, mas também a de que, mesmo quando opostos com essa finalidade, os embargos somente serão cabíveis quando houver, no acórdão embargado, erro material, omissão, contradição ou obscuridade.

7. **Embargos de declaração a que se nega provimento.**

ACÓRDÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, **negar provimento aos embargos de declaração**, na forma do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2019.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES

Juiz Federal Convocado

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Medida Cautelar Inominada - Turma Espec. II - Tributário
Nº CNJ : 0006553-46.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006553-0)
RELATOR : Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
AUTOR : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - RJ
RÉU : UNIAO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL E OUTRO
PROCURADOR : Procurador da Fazenda Nacional E OUTRO
ORIGEM : 06ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro
(01262306420134025101)

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF)** contra o acórdão de fls. 253/264, de relatoria da Juíza Federal Convocada Marcella A. da Nova Brandão, em que esta Turma negou provimento ao agravo interno interposto pelo ora Embargante, mantendo a decisão monocrática anteriormente proferida, em que foi deferida a liminar para, atribuindo o efeito suspensivo ativo à apelação interposta pelo Município do Rio de Janeiro, nos autos da ação anulatória 0126230-64.2013.4.02.5101, suspender a exigibilidade dos débitos de FGTS constantes nas NFGCs 506.036.871, 506.038.297 e 506.040.861, até o julgamento final da apelação.

Confira-se a ementa do acórdão embargado:

“AGRAVO INTERNO. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO ATIVO CONCEDIDO À APELAÇÃO INTERPOSTA NOS AUTOS DE AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO.

1. O julgador pode, legitimamente, adotar como razões de decidir os fundamentos da sentença, do parecer do Ministério Público ou de outra peça processual (motivação *per relationem*), desde que os transcreva e que todas as teses sustentadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada sejam enfrentadas (nesse sentido, Supremo Tribunal Federal, ARE 646862 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 14-02-2012, e ARE 657355 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 01-02-2012). Assim, transcrevo e adoto como razão de decidir a fundamentação da decisão monocrática proferida pela Desembargadora Federal Leticia de Santis Mello, que de forma precisa bem dirimiu a questão discutida no recurso.
2. A ação anulatória foi proposta com a finalidade de desconstituir Notificações Fiscais para o Recolhimento do Fundo de Garantia e Contribuição Social (NFGC) lançadas sobre pagamentos efetivados a empregados celetistas do Município a título de vale-transporte.
3. A concessão do efeito suspensivo ativo à apelação interposta naqueles autos depende do preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.
4. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 478.410, Relator Min. EROS GRAU, consolidou o entendimento no sentido de que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória. A partir da orientação de julgados nesse sentido, entendo que, na hipótese, está presente o *fumus boni iuris*.
5. A impossibilidade de haver execução provisória em face de ente público, por si só, impõe a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários cobrados pela União Federal. O julgamento



definitivo da ação anulatória ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro é questão prejudicial a qualquer medida executiva que a Fazenda Nacional pretenda promover, sob pena de haver burla ao regime disciplinado no art. 100 da CRFB/88.

6. Deferida a liminar para, atribuindo o efeito suspensivo ativo à apelação interposta pelo Requerente nos autos da ação anulatória 0126230-64.2013.4.02.5101, suspender a exigibilidade dos débitos de FGTS constantes nas NFGCs 506.036.871, 506.038.297 e 506.040.861, até o julgamento final da apelação.

7. Agravo interno a que se nega provimento”.

Em suas razões recursais (fls. 270/275), a CEF sustenta, em síntese, que (i) a jurisprudência citada no acórdão não se aplica ao caso, uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que a contribuição ao FGTS não é tributo, tampouco contribuição previdenciária, mas sim um direito autônomo dos trabalhadores urbanos e rurais; (ii) não é aplicável o raciocínio utilizado para aferir a incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda sobre verbas pagas a empregados para os casos que envolvem a base de cálculo do FGTS, sendo irrelevante a natureza da verba trabalhista (remuneratória ou indenizatória); (iii) somente estão excluídas da base de cálculo do FGTS as verbas expressamente previstas em lei; (iv) *“deve ser sanada a obscuridade, pois o acórdão embargado baseou-se em premissa equivocada, pois o FGTS não é contribuição previdenciária. E o vale transporte pago em pecúnia é base de cálculo para o FGTS”*; (v) a Turma deixou de apreciar o alegado perigo de dano reverso, considerando que é evidente o risco de dano à União e ao FGTS, em caso de impossibilidade de inscrição e cobrança das dívidas objeto dos lançamentos impugnados. Por fim, requer o prequestionamento do art. 273 e art. 798 do CPC/73, e do art. 300 e art. 1022, I e II do CPC/15, *“para fins de Recurso Especial”*.

Em contrarrazões ao recurso (fls. 280/281), o Município do Rio de Janeiro pleiteia o desprovisionamento dos embargos de declaração, alegando, em linhas gerais, que (i) o art. 15, § 6º, da Lei nº 8.036/90 dispõe que não se incluem na remuneração, para os fins desta Lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, de modo que, *“se o pagamento do vale-transporte em dinheiro não enseja o recolhimento de contribuição previdenciária (conforme decisão do C. STF no RE 478.410 e acórdãos que lhe seguiram a trilha), também não pode (por força do § 6º do artigo 15 da Lei 8.036/90) resultar na incidência de FGTS”*; (ii) as verbas que não compõem a remuneração para efeito de incidência de contribuição previdenciária (como é o caso do vale-transporte) não constituem remuneração para os efeitos da Lei nº 8.036/90.

É o relatório.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES

Juiz Federal Convocado

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Medida Cautelar Inominada - Turma Espec. II - Tributário
Nº CNJ : 0006553-46.2015.4.02.0000 (2015.00.00.006553-0)
RELATOR : Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MELLO
AUTOR : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : PROCURADOR DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO - RJ
RÉU : UNIAO FEDERAL/FAZENDA NACIONAL E OUTRO
PROCURADOR : Procurador da Fazenda Nacional E OUTRO
ORIGEM : 06ª Vara Federal de Execução Fiscal do Rio de Janeiro
(01262306420134025101)

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos embargos de declaração.

O acórdão embargado, que julgou o agravo interno interposto em face da decisão que atribuiu efeito suspensivo à apelação interposta nos autos da ação de rito ordinário nº 0126230-64.2013.4.02.5101, entendeu que se aplicaria, à contribuição ao FGTS, o mesmo raciocínio adotado em relação à contribuição previdenciária quanto à sua incidência sobre as verbas trabalhistas, de modo que seria necessário se perquirir a natureza de cada rubrica. Assim, tendo em vista a natureza indenizatória dos valores pagos pela Embargada a seus empregados a título de vale transporte, reconheceu a existência de *fumus boni iuris* nas alegações da Embargada e negou provimento ao agravo interno, mantendo a atribuição de efeito suspensivo à apelação.

Desde modo, vê-se que não houve qualquer obscuridade no acórdão embargado, já que, embora tenha aplicado o mesmo raciocínio às duas contribuições, expressamente se manifestou no sentido de que elas têm naturezas distintas e, portanto, não cabe a alegação de que a Turma teria se fundamentado em premissa equivocada para reconhecer o *fumus boni iuris*. Confira-se, a propósito, o trecho correspondente:

É certo que a aproximação entre as duas espécies de contribuições não significa que o raciocínio desenvolvido deverá ser rigorosamente o mesmo, pois é necessário considerar a natureza distinta da contribuição ao FGTS, bem como as normas específicas existentes em relação a ela. No entanto, na medida em que ambas incidem sobre a remuneração paga pelo empregador ao trabalhador segurado e a Lei nº 8.036/90, que dispõe sobre o FGTS, faz remissão à Lei nº 8.212/91, que trata da organização da seguridade social, entendo que é viável a adoção do raciocínio para as duas contribuições.

De fato, esta Quarta Turma Especializada vem entendendo, recentemente, na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, por se tratar o FGTS de um direito autônomo dos trabalhadores, a natureza da verba trabalhista é irrelevante para fins de exigência dos respectivos depósitos, cabível sempre que não houver previsão expressa de exclusão em lei.

A propósito, o seguinte julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

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 da contribuição ao FGTS.

3. Realizando uma 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 (gozadas), pois não há previsão legal específica acerca da sua exclusão, não podendo o intérprete ampliar as hipóteses legais de não incidência. Cumpre registrar que a mesma orientação é adotada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, que "tem adotado o entendimento de que incide o FGTS sobre o terço constitucional, desde que não se trate de férias indenizadas" (RR - 81300-05.2007.5.17.0013, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 07/11/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/11/2012).

4. Ressalte-se que entendimento em sentido contrário implica prejuízo ao empregado que é o destinatário das contribuições destinadas ao Fundo, efetuadas pelo empregador.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1436897/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014)

Na mesma linha, a jurisprudência recente daquele tribunal:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 1022 DO CPC/2015. OFENSA NÃO VERIFICADA. BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DEVIDA AO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, as contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) incidem sobre as parcelas pagas a título de horas extraordinárias, aviso prévio indenizado, adicional de férias (terço constitucional), adicional de insalubridade, adicional de periculosidade, adicional noturno e, ainda, sobre o auxílio-doença ou o auxílio acidente durante os primeiros quinze dias de afastamento do trabalhador, não se podendo equipará-las às contribuições previdenciárias por ausência de previsão legal.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1643573/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 16/11/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. FGTS. INCIDÊNCIA SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: AVISO PRÉVIO INDENIZADO; TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA; FÉRIAS GOZADAS;

ADICIONAIS DE HORAS EXTRAS, INSALUBRIDADE, PERICULOSIDADE E NOTURNO.

1. O entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que "a contribuição ao FGTS, de que trata a Lei nº 8.036, de 1990, incide sobre o aviso-prévio indenizado, os 15 primeiros dias de afastamento do trabalhador por doença, as férias gozadas e respectivo terço constitucional, o salário-maternidade e os adicionais de horas extras, insalubridade, periculosidade e noturno", encontra-se em consonância com o entendimento



desta Corte.

2. A orientação da Primeira Seção desta Corte é pacífica no sentido de que a contribuição para o FGTS não possui natureza tributária entendimento que decorre da exegese da Súmula 353/STJ ("As disposições do Código Tributário Nacional não se aplicam às contribuições para o FGTS.").

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1725145/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 22/10/2018)

No entanto, diante da ausência de precedente vinculante que autorize a alteração do entendimento manifestado no julgamento anterior, entendo que deve ser mantida a conclusão adotada no acórdão embargado a fim de que a discussão seja definitivamente dirimida nos autos da ação de rito ordinário.

Já com relação ao *periculum in mora*, o acórdão bem afirmou que “*na presente hipótese, a impossibilidade de haver execução provisória em face de ente público, por si só, impõe a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários cobrados pela União Federal. O julgamento definitivo da ação anulatória ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro é questão prejudicial a qualquer medida executiva que a Fazenda Nacional pretenda promover, sob pena de haver burla ao regime disciplinado no art. 100 da CRFB/88. Em outras palavras, não há como atribuir exigibilidade aos créditos tributários discutidos pelo Requerente, porque a medida seria inócua à luz do texto constitucional, já que nenhuma providência poderia ser tomada pela Fazenda Nacional antes do trânsito em julgado na ação anulatória*”.

Portanto, não há que se falar em omissão quanto ao perigo de dano reverso ou quanto aos requisitos previstos no art. 300 do CPC/15 para atribuição do efeito suspensivo à apelação.

O NCPC (Lei nº 13.105/15) positivou, em seu art. 1.025, a orientação jurisprudencial segundo a qual a simples oposição de embargos de declaração é suficiente ao prequestionamento da matéria constitucional e legal suscitada pelo embargante, viabilizando, assim, o acesso aos Tribunais Superiores.

Sob outro prisma, o mesmo dispositivo também passou a dar sustentação à tese doutrinária de que, mesmo quando opostos para fins de prequestionamento, os embargos somente serão cabíveis quando houver, no acórdão embargado, erro material, omissão, contradição ou obscuridade. Caso nenhum destes vícios esteja presente, os embargos que tenham sido inadmitidos ou rejeitados não servirão para abrir a via do recurso extraordinário ou especial. Confira-se:

“*Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*”

No caso, como visto, não se observa, no acórdão embargado, qualquer dos vícios apontados pela Embargante, razão pela qual os embargos de declaração devem ser desprovidos.

Ante o exposto, **nego provimento** aos embargos de declaração.

É como voto.

CARLOS GUILHERME FRANCOVICH LUGONES

Juiz Federal Convocado

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
