AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 861.006 SANTA CATARINA

RELATORA	**: MIN. CÁRMEN LÚCIA**
AGTE.(S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGDO.(A/S)	: BANCO DO BRASIL S/A
ADV.(A/S)	: ALISSON DOS SANTOS CAPPELLARI E OUTRO(A/S)

DECISÃO

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. INOVAÇÃO. ART. 264 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O AUXÍLIO-ALUGUEL. NATUREZA JURÍDICA DA PARCELA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Em 16.9.2014, dei provimento ao agravo de instrumento para admitir o recurso extraordinário interposto por Banco do Brasil S/A, quanto à incidência da contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, e determinei a devolução destes autos ao Tribunal de origem, para observância do art. 543-B do

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

Código de Processo Civil, indicando como paradigma o Recurso Extraordinário n. 630.898, Relator o Ministro Dias Toffoli (fls. 1.243-1.250).

2. Em 30.9.2014, deu-se vista dos autos ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que interpôs, em 7.10.2014, tempestivamente, agravo regimental (fls. 1.252-1.255).

3. A União, Agravante, argumenta:

> "*a matéria relativa à Contribuição ao Incra sequer foi devolvida a esta Corte. Para que qualquer recurso em nosso sistema processual seja admitido em determinada matéria, é necessário analisar o alcance do seu efeito devolutivo. O acórdão recorrido recusou-se a discutir a questão relativa à Contribuição ao Incra* (…) *O contribuinte tentou integrar o acórdão por meio da oposição de embargos de declaração alegando tratar-se de matéria de ordem pública, que deveria ser conhecida de ofício. O Tribunal* a quo *rejeitou os embargos* (…) *Em seu recurso extraordinário, a parte reconhece que a matéria não foi conhecida pelo Tribunal* a quo (…) *Seguindo a correta técnica processual, deveria a parte ter interposto recurso extraordinário arguindo violação ao dever de fundamentação das decisões, com base no art. 93, IX, da CF. Caso a Corte considerasse procedente a alegação, por entender, por exemplo, que a materialidade do tributo é mesmo uma matéria de ordem pública, por mais insubsistente que essa tese seja, deveria prover o recurso extraordinário para promover a cassação do acórdão recorrido, de modo a que outro fosse proferido com a discussão relativa à Contribuição ao Incra. Essa técnica é a única aceita pela Suprema Corte. Se, por exemplo, um Tribunal viola o princípio da reserva de Plenário, deve ser, em primeiro lugar, interposto recurso com base na violação do art. 97 da CF. Sendo o recurso provido para determinar a cassação do novo acórdão, nasce a oportunidade de discutir o mérito da inconstitucionalidade. Admitir-se o presente recurso extraordinário significaria legitimar a interposição* per saltum *do apelo extremo, configurando nítida supressão de instância*" (fls. 1.253-1.254).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

Requer a reconsideração do despacho de devolução dos autos à origem, pelo art. 543-B do Código de Processo Civil, ou o provimento do presente recurso.

4. Em 4.2.2015, determinei a manifestação da Procuradoria-Geral da República (fls. 1.257-1.258).

5. O Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco, apresentou parecer nos termos a seguir:

> *"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que não cabe recurso contra a decisão que submete o extraordinário ao regime de repercussão geral e determina a devolução dos autos ao Tribunal de origem para aplicação do art. 543-B do CPC. (…) Peculiaridade do caso, contudo, demanda que se receba o agravo regimental como pedido de reconsideração. (…) embora o recorrente tenha pleiteado, na inicial, a nulidade do lançamento tributário como um todo, limitou-se a questionar a incidência, sobre o auxílio-aluguel, da contribuição do art. 195, I, 'a', da CF, deixando de apresentar a tese de extinção da contribuição para o INCRA – matéria que, portanto, nem sequer foi analisada em primeiro e segundo graus. O êxito do recurso extraordinário, para conhecer e decidir a matéria, representaria, assim, indevida supressão de instância. (…) O parecer é por que se receba o agravo regimental como pedido de reconsideração; e, no mérito, não se vislumbrando perspectiva de êxito para o recurso extraordinário, por que se negue provimento ao agravo de instrumento*" (fls. 1.263-1.265).

6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal estabeleceu a irrecorribilidade da decisão pela qual devolvidos os autos à origem para observância da sistemática da repercussão geral (RE n. 672.639, Relator o Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 3.10.2014, e AI n. 639.021-AgR-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 30.8.2013).

Na espécie vertente, houve erro material na devolução dos autos à

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

origem, pelo que, em juízo de retratação, reconsidero a decisão agravada, julgo prejudicadas as razões deste agravo regimental e passo ao exame do agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S/A.

7. Agravo de instrumento contra inadmissão de recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, al. *a*, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da Quarta Região:

> *"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA NÃO AVENTADA NA INICIAL. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NO APELO. INEXISTÊNCIA DE AFERIÇÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE LEGITIMAÇÃO PARA INVOCAR A TUTELA DO DIREITO MATERIAL DOS CO-RESPONSÁVEIS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-ALUGUEL. UTILIDADE SALARIAL.*
>
> *1. A quantificação dos tributos feita pelo fiscal previdenciário não desconsiderou a escrita contábil da empresa, mas sim a qualificação jurídica dos pagamentos feitos a título de auxílio aluguel, inexistindo arbitramento da matéria tributável.*
>
> *2. Não merece conhecimento a alegação de nulidade do lançamento fiscal, em relação ao crédito tributário referente à contribuição ao INCRA, porquanto acarreta modificação da causa de pedir em sede recursal.*
>
> *3. A mera indicação do nome dos co-responsáveis na certidão de dívida ativa os qualifica como partes legítimas para a relação processual executiva, daí advindo o interesse no conhecimento da matéria. Todavia, a pessoa jurídica não tem legitimidade para demandar, em nome próprio, a tutela do direito material dos co-responsáveis, salientando-se, ainda, que a execução não foi efetivamente redirecionada contra estes.*
>
> *4. A CLT permite o pagamento do salário em utilidades, a exemplo das prestações enumeradas no caput do art. 458, arrolando, no § 2º, várias utilidades que não têm natureza salarial. Embora o auxílio-moradia não se encontre entre as exceções do § 2º, o rol não é exaustivo.*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

> *5. O pagamento de aluguel em favor do empregado enquadra-se como utilidade não-salarial quando o imóvel é condição para o exercício da profissão, isto é, não é fornecido ao empregado pela prestação dos serviços, mas para que possa exercê-los. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 131, SDI, do TST, assim posta: "As vantagens previstas no art. 458 da CLT, quando demonstrada a sua indispensabilidade para o trabalho, não integram o salário do empregado", consagrada no art. 28, § 9º, alínea m, da Lei nº 8.212/91.*
>
> *6. O autor não juntou aos autos qualquer elemento para comprovar o pagamento de aluguel para empregados não-domiciliados na localidade em que prestam serviços, tampouco que esse auxílio é imprescindível para que o labor possa ser executado. O fato de o empregado não possuir imóvel no local de trabalho ou em outro não significa, por si só, que o pagamento de aluguel constitui verba empregada para o trabalho, ou seja, um investimento realizado em prol da empresa, a fim de que o trabalhador desempenhe as suas tarefas.*
>
> *7. Desqualificam-se os pagamentos a título de auxílio-aluguel como ganhos eventuais, porque o próprio autor consigna que o período de recebimento do benefício varia de dois a seis meses.*
>
> *8. Não obstante figure no contrato de locação o BESCOR e não o BESC, resta evidente a existência de intermediação, pois os valores dos aluguéis são cobrados diretamente do BESC pela BESCOR, pelo valor integral, e registrados na conta contábil Auxílio-Moradia"* (fls. 1.095-1.096).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados nos seguintes termos:

> *"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.*
>
> *1. A relação jurídica de direito material, atinente à obrigação tributária, não consiste em matéria de ordem pública, inexistindo omissão no acórdão embargado.*
>
> *2. No que concerne ao lançamento realizado com base em aferição indireta, ventilada ou não na inicial a questão, o recorrente sequer possui interesse de agir, pois a fiscalização não arbitrou a*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

> *matéria tributável.*
>
> *3. Quanto à pecha de contradição no acórdão, o ponto atinente à legitimação passiva ad causam foi conhecido apenas em tese, visto que efetivamente se trata de matéria de ordem pública. Consideram-se prequestionados apenas os dispositivos legais e constitucionais pertinentes a essa questão"* (fl. 1.115).

8. O Agravante alega contrariados os arts. 5º, incs. LIV e LV, 150, inc. I, e 195, inc. I, da Constituição da República.

Assevera que

> "*com a revogação da lei que instituiu a contribuição ao INCRA o fato descrito na legislação revogada deixa de ter a qualidade de gerar a obrigação correspondente. A inexistência de lei que defina o fato como gerador da obrigação tributária resulta na nulidade absoluta do lançamento tributário registrado sob o nº NFLD DEBCAD 35.515.384-0. Logo o lançamento efetuado com base nesse fato que não é mais gerador da obrigação correspondente afeta de forma absolutamente ilegal o patrimônio do contribuinte a satisfação da futura execução fiscal em evidente afronta à limitação ao poder de tributar constante do inciso I do artigo 150 da Constituição Federal. A inexistência de lei instituidora da exação acarreta na nulidade do ato administrativo de constituição da obrigação correspondente. A inexistência da hipótese de incidência impede a verificação do fato qualificado como gerador da obrigação tributária. Logo a ofensa ao inciso I do artigo 150 da Constituição Federal acarreta a nulidade do lançamento que por afetar o direito de propriedade do contribuinte constituem matéria de ordem pública*" (fl. 1.148).

9. O recurso extraordinário foi inadmitido sob os seguintes fundamentos: a) "*no que pertine à constitucionalidade da contribuição de 0,2% ao INCRA, a irresignação não merece trânsito* (…) *porque o Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 578.635/RS, decidiu que a matéria em debate não possui repercussão geral*"; e b) "*no que pertine à validade do título executivo e à exigência de contribuição previdenciária, a alegada ofensa*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

a princípios constitucionais somente se verificaria de modo indireto" (fl. 1.221).

Apreciada a matéria trazida na espécie, **DECIDO**.

10. Razão jurídica não assiste ao Agravante.

11. A alegação de ilegalidade da cobrança da contribuição ao INCRA não foi objeto do pedido inicial, conforme consta no acórdão recorrido:

> "*Assiste razão em parte ao INSS, visto que o recorrente não aventou a questão atinente à cobrança da contribuição destinada ao INCRA na inicial. Assim, não merece conhecimento a alegação de nulidade do lançamento fiscal, em relação ao crédito tributário referente à contribuição ao INCRA, porquanto acarreta modificação da causa de pedir em sede recursal*" (fl. 1.089).

A inovação do pedido após a citação é expressamente vedada pelo art. 264 do Código de Processo Civil: "*Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei*".

Confiram-se, por exemplo, os seguintes julgados:

> "*CONSTITUCIONAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DO PEDIDO INICIAL EM SEDE RECURSAL. AGRAVO IMPROVIDO. I - A discussão sobre a legitimidade de exclusão do ICMS das bases de cálculo da COFINS e da contribuição para o PIS não se identifica por completo com o debate envolvendo a constitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98. II - A ausência da primeira matéria no pedido inicial impossibilita a análise do recurso quanto ao ponto. III - É incabível, em sede recursal, inovar em relação ao pedido inicial. IV - Agravo regimental improvido*" (RE n. 452.294-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 6.8.2010).

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

> *"Não é lícito à parte recorrente inovar em sua postulação recursal para nela fazer incluir pedido diverso daquele que foi originariamente deduzido quando do ajuizamento da ação perante as instâncias ordinárias. Se o recorrente deixou de formular, em ordem sucessiva, mais de um pedido, como lhe era lícito fazer (CPC, art. 289), a fim de que o Juiz conhecesse do posterior (pedido subsidiário), na eventualidade de não poder acolher o anterior (pedido principal), torna-se inviável, já agora na fase tardia do agravo regimental, proceder a inovação dos limites materiais com que deduzida a postulação inicial. - O pedido, em regra, deve ser certo ou determinado (CPC, art. 286). Não pode o Juiz, sob pena de ofensa ao postulado da inércia da jurisdição, agir ultra petita, desconsiderando, na resolução da lide, os limites dentro dos quais foi esta proposta e que definem, com contornos materiais precisos, o próprio* thema decidendum *(CPC, art. 128)*" (RE n. 170.385-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 23.6.1995).

12. Quanto à incidência da contribuição previdenciária (art. 105, inc. I, da Constituição da República) sobre parcela denominada auxílio-aluguel, os fundamentos do acórdão recorrido são os seguintes:

> *"O relatório fiscal da NFLD nº 35.515.384-0 aponto, como fato gerador das contribuições previdenciárias, a remuneração indireta a título de auxílio-aluguel, referente a imóveis locados pelo BESC e cedidos para os funcionários que exercem o cargo de gerente de agência, no período de janeiro de 1999 a março de 2003, cujos valores foram extraídos dos registros contábeis e da relação de débitos repassados pelo BESC à sua subsidiária BESCOR. (…) Importa, para dirimir a controvérsia, verificar a natureza dos pagamentos feitos ao empregado. Se houver caráter salarial, enquadra-se na hipótese da incidência da contribuição previdenciária; se não houver, é indevido o tributo. A CLT permite o pagamento do salário em utilidades, a exemplo das prestações enumeradas no caput do art. 458, arrolando, no § 2º, várias utilidades que não têm natureza salarial. Embora o auxílio-moradia não se encontre entre as exceções do § 2º, impende considerar que o rol desse parágrafo não é exaustivo. Prova disso é que*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

> *a Lei nº 10.243/2001 incorporou várias utilidades que não integram o salário, alargando o leque de vantagens sociais necessárias fornecidas para que o empregado exerça a profissão, o que não impede que outras tenham essa característica. Cumpre, então, investigar o critério que levou o legislador a distinguir entre utilidades salariais e não-salariais. (…) Para afastar o caráter salarial, deveria estar provado que o aluguel decorre da transferência do empregado para trabalhar em outro local, distante de seu domicílio, hipótese em que os gastos com moradia atendem à necessidade do empregador, propiciando condições para que o empregado exerça suas funções. O fato de o empregado não possuir imóvel no local de trabalho ou em outro não significa, por si só, que o pagamento de aluguel constitui verba empregada para o trabalho, ou seja, um investimento realizado em prol da empresa, a fim de que o trabalhador desempenhe as suas tarefas. Tendo em mente que a legislação trabalhista não prevê o pagamento de aluguel como verba não-salarial e que o conjunto probatório não permite a formação de convencimento firme a respeito da configuração fática da hipótese do art. 2, § 9º, m, da Lei nº 8.212/91, não há como acolher a tese do autor*" (fls. 1.090-1.092).

A apreciação do pleito recursal demandaria análise da natureza jurídica da parcela denominada auxílio-moradia e exame da legislação infraconstitucional e das provas dos autos, procedimentos inviáveis em recurso extraordinário. Eventual ofensa constitucional, se tivesse ocorrido, seria indireta. Incide na espécie a Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. Assim, por exemplo:

> *"Agravo regimental no agravo de instrumento. Contribuição previdenciária. Auxílio-moradia. Natureza jurídica. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional e dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 2. Agravo regimental não provido*" (AI n. 850.617-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 7.11.2012).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO*

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

> *EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRABALHISTA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBAS PAGAS AO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO. I - É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de norma infraconstitucional que fundamenta a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. II - Inviável em recurso extraordinário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF. III - Agravo regimental improvido*" (AI n. 808.326-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.8.2013).
>
> "*DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO ASSIDUIDADE. DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DO ABONO. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 16.9.2011. O Tribunal de origem decidiu em consonância com a jurisprudência firmada no âmbito deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que as contribuições previdenciárias não incidem sobre parcelas indenizatórias. Precedentes. Divergir do entendimento do acórdão recorrido no tocante à natureza indenizatória do abono assiduidade, convertido em pecúnia, exigiria a prévia análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Agravo regimental conhecido e não provido*" (ARE n. 808.632-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 22.8.2014).

Não há a prover quanto às alegações do Agravante.

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.

13. Pelo exposto, **nego seguimento a este agravo** (art. 544, § 4º, inc. II, al. *a*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 2 de dezembro de 2015.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora

Documento assinado digitalmente conforme MP n° 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 9965532.