AGRAVO DE INSTRUMENTO 861.006 SANTA CATARINA

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

DECISÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. CONTROVÉRSIA SUSCETÍVEL DE REPRODUZIR-SE EM MÚLTIPLOS FEITOS. ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM.

Relatório

1. 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,*

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 6768068.

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 qualificam 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.

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

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 6768068.

> *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, grifos nossos).

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 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, grifos nossos).

2. O recurso extraordinário foi inadmitido aos fundamentos de *"o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 578.635 (Relator Min. Menezes Direito, 17.10.2008)* [haver decidido] *não possui*[r] *repercussão geral* [a questão sobre] *a constitucionalidade da contribuição de 0,2% ao INCRA (art. 543-B, § 2º, do CPC)"* e de ofensa constitucional indireta quanto às demais alegações.

3. O Agravante afirma contrariedade aos arts. 5º, incs. LIV e LV, 150, inc. I, e 195, inc. I, da Constituição da República.

Assevera ser *"inequívoco o fundamento constitucional do recurso, porque*

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 6768068.

se está a discutir a possibilidade de exigência de tributo sem lei anterior que o estabeleça (…). Como anteriormente frisado, o recurso [extraordinário] *é claro em questionar o princípio constitucional da legalidade tributária"* (fl. 7).

Sustenta que *"a contribuição ao INCRA foi extinta desde a Lei nº 7.787/89"*. Assim, seria *"nulo o lançamento* [na] *parte da exação constituída de fato que não te*[m] *o condão de gerar a obrigação* [tributária] *correspondente"* (fl. 1.148).

4. O exame da petição inicial revela pretender o Agravante a *"declaração de nulidade do crédito tributário expresso na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n. 35.515.384-0"*, asseverando conter a contribuição social patronal valores pagos indevidamente, pois o *"auxílio aluguel, pago aos gerentes contratados para trabalhar em agências cuja localidade é diversa das respectivas residências, não integraria o salário de contribuição"* desses empregados (fl. 19).

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, então réu, contestou a demanda, esclarecendo que a parcela paga a título de *"auxílio aluguel caracteriza-se como remuneração indireta, constituindo, assim, fato gerador das contribuições previdenciárias, (...) do RAT e* [d]*as destinadas a terceiros (INCRA)"* (fls. 94-95).

Defendeu, ainda, que *"o crédito discutido nestes autos, refere-se a levantamento fiscal efetuado dentro das normas legais aplicáveis à espécie (...), e os argumentos expendidos pelos autores não correspondem à realidade dos fatos e, consequentemente, não tem o condão de anular o crédito exequendo"* (fl. 845).

O pedido foi julgado improcedente ao fundamento de *"incid*[ir] *a exação sobre a parcela em questão, por entender que se trata de ganhos habituais sob a forma de utilidade. (…) Correto, portanto, o lançamento efetuado pelo INSS"* (fls. 1.016-1.020).

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 6768068.

Nas razões da apelação, o Agravante insiste que, *"para se fazer gerador da obrigação tributária, o ato verificado deve estar descrito em lei (…)"*. Assim, *"tanto a constatação imperfeita que caracterizaria a não-subsunção do fato à norma, como a inexistência de lei tornam nulo o ato constitutivo da obrigação e do crédito tributário pela ausência do fato que se diz gerador (…). E inexiste o fato gerador pela ausência de hipótese de incidência vigente e eficaz"* (fls. 1.028-1.029).

A causa de pedir foi descrita, desde a petição inicial, com a mesma indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, mas, no recurso extraordinário, houve redução do pedido inicial, pois nesta sede o Agravante requer a exclusão do pagamento da parcela patronal relativa à contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, *"insurg*[indo-se] *o contribuinte contra o crédito tributário* [integral] *constituído pela autoridade administrativa"* (fl. 1.144).

O Desembargador Relator no Tribunal Regional da Quarta Região asseverou:

> *"De início, aponto a conexão dos Embargos à Execução nº 2005.72.00.001050-2 e da Ação Anulatória nº 2004.72.00.012070-4 com os Embargos à Execução nº 2005.72.00.001051-4 e a Ação Anulatória nº 2004.72.00.012072-8, pois, ainda que os primeiros processos se originem de NFLD e os últimos de Auto de Infração, a causa de pedir é semelhante. Conquanto a conexão recomendasse o julgamento conjunto de todas as ações, o fato é que a Ação Anulatória nº 2004.72.00.012072-8 foi sentenciada antes dos embargos, razão pela qual também a Apelação foi julgada neste Tribunal primeiramente. Naquela ocasião, a 1ª Turma, adotando voto deste Relator, negou provimento à apelação do BESC, havendo desta decisão sido interposto Recurso Especial e Recurso Extraordinário. De qualquer sorte, reconhecida a conexão, evitar-se-á decisões judiciais conflitantes.*
>
> *Consigno, ainda, que a Anulatória foi proposta antes da inscrição em dívida ativa. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, concedida por meio de decisão antecipatória da tutela, na*

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 6768068.

> *Medida Cautelar nº 2004.72.00.012074-1, foi restabelecida por este Tribunal, no Agravo de Instrumento nº 2004.04.01.041777-6. Diante disso, a União aforou a execução fiscal e a executada, após a garantia do juízo, interpôs os embargos. Mesmo que a controvérsia anteriormente inaugurada tenha sido reproduzida, insta considerar que somente os embargos têm o efeito de sustar a execução, já que não houve depósito na anulatória. Assim, a extinção sem julgamento do mérito, em virtude da litispendência, não me parece a providência mais aconselhável ao caso, visto que permitiria o prosseguimento da execução e inviabilizaria a defesa do devedor, enquanto não transitasse em julgado a decisão na anulatória"* (fl. 1.088).

Nesse contexto, a discussão agora submetida a análise cinge-se tão somente à possibilidade de cobrança da contribuição ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, circunstância que não se confunde com o outro ponto arguido: ser ou não o auxílio aluguel fato gerador de tributo pela natureza remuneratória, nos termos da decisão do Tribunal de origem, porque a isso não se presta o recurso extraordinário.

Assim, cumpre afastar o fundamento da decisão agravada quanto à ausência da repercussão geral sobre a constitucionalidade da contribuição destinada ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, pois a questão posta à apreciação foi revista pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 630.898, Relator o Ministro Dias Toffoli, demonstrando-se cuidar de matéria constitucional, única a autorizar a análise em recurso extraordinário. Naquela assentada, o Ministro Relator afirmou:

> *"começando por traçar um paralelo entre a questão constitucional ora em debate e aquela objeto do RE nº 578.635/RS, no qual se decidiu pela ausência de repercussão geral da matéria atinente à exigibilidade, das empresas urbanas, da contribuição social destinada ao INCRA.*
>
> *No aludido RE nº 578.635/RS, se atacava, igualmente, acórdão*

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 6768068.

do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, o qual firmou posicionamento amplamente majoritário no sentido de, quanto à natureza da exação destinada ao INCRA, à alíquota de 0,2%, incidente sobre a folha de salários, defini-la como contribuição de intervenção no domínio econômico; quanto à referibilidade, entendeu-se, na linha de recente posicionamento do e. STJ, ser dispensável tal nexo entre o contribuinte e a finalidade da contribuição, concluindo-se – sob influência da consideração de a todos beneficiar a reforma agrária - pela exigibilidade da exação em face de todos os empregadores.

Naquele recurso extraordinário, igualmente, havia insurgência contra a cobrança da mencionada contribuição, porque ausente previsão em lei complementar e porque sua exigência implica confisco, bem como por ser uma contribuição que possui base de cálculo que já está constitucionalmente atrelada a outra contribuição social que, igualmente, incide sobre a folha de salários.

Na ocasião, concluiu-se pela ausência de repercussão geral da matéria constitucional discutida, ao fundamento de que ela estaria restrita ao interesse das empresas urbanas eventualmente contribuintes da referida exação.

Entretanto, no caso em tela, a questão constitucional trazida ao crivo desta Corte, além de abranger a discussão sobre a chamada referibilidade da contribuição para o INCRA - de modo a refletir sobre a esfera de direitos de empresas urbanas -, transcende os limites e interesses dessas empresas, envolvendo discussão mais ampla, que reside em saber se a mencionada contribuição foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e qual a sua natureza jurídica, em face do advento da Emenda Constitucional nº 33/01.

Esse fato foi bem observado pela Ministra Ellen Gracie no AI nº 718.888/RS, ao reconsiderar decisão que aplicara os efeitos da ausência de repercussão geral da questão constitucional com base no citado RE nº 578.635, acolhendo o argumento do agravante de que os pressupostos e os fundamentos em questão eram mais amplos do que aqueles do precedente citado.

Entendo, portanto, que a matéria transcende o interesse subjetivo das partes e possui grande densidade constitucional, na

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 6768068.

> *medida em que, no extraordinário, se discute a recepção ou não da contribuição destinada ao INCRA pela Constituição Federal de 1988 e a roupagem da referida contribuição após a edição da EC nº 33/01, abarcando, ainda, a questão da referibilidade, ou seja, da existência de nexo direto entre as finalidades da contribuição ao INCRA e os sujeitos passivos da obrigação tributária,tal como definidos na norma instituidora da contribuição, incluindo-se, nesse contexto, as empresas urbanas"* (DJe 28.6.2012, grifos nossos).

Reconhecida a repercussão geral do tema, os autos deverão retornar à origem para aguardar-se o julgamento do mérito e, após a decisão, observar-se o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil.

5. Pelo exposto, **dou provimento ao agravo para admitir o recurso extraordinário no ponto relativo à incidência da contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, observando-se quanto a este o art. 543-B do Código de Processo Civil**, nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Publique-se.

Brasília, 16 de setembro de 2014.

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 6768068.