

Excelentíssimo Senhor Juiz Federal da _____^a Vara do Juizado Especial Federal Cível da Terceira Região.

(Nome), (nacionalidade),
(estado civil), (profissão), portador da Carteira de Identidade
nº _____ - (órgão expeditor), inscrito no CPF sob o nº
_____, residente (endereço, CEP), vem
ajuizar:

**ACÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL
INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO -
ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA
LEI 8.212/91.**

_____ pelo procedimento sumário em
desfavor do **INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL**, na
pessoa de seu Diretor-Presidente, situado no Setor de Autarquias Sul -
SAS, Quadra 02, Bloco "O", 3º Andar - Brasília, DF, pelos fundamentos de
fato e de direito a seguir narrados:

ACÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO -
ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

Autor Nome -

- cpf.

I - DOS FATOS:

O **Autor**, empregado da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô-SP, admitido em ____/____/____, vem contribuindo de forma indevida desde Dezembro de 1992 para o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, fazendo incidir de forma separada do salário-de-contribuição o desconto sobre a gratificação natalina (décimo terceiro salário), quando na verdade, o décimo terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, na forma estabelecida em lei.

De outra forma, afirmamos que, desde Dezembro de ____ (**ano do primeiro desconto a partir de 1992**), o Autor vem sofrendo a cada ano, sobre suas gratificações natalinas (décimo terceiro salário), pagas nos meses de **Novembro**, o desconto estabelecido pelo INSS em separado do salário-de-contribuição, quando na verdade, aquela faz parte deste, conforme definido em lei.

II – DO DIREITO:

O fato aqui narrado demonstra o dano causado pelo réu e, pela boa interpretação da lei, deverá repará-lo.

Em seu artigo 28, § 7º da Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, estabelece que o décimo terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

Autor Nome -

- cpf.

§ 7º O décimo terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, na forma estabelecida em regulamento.

Já o Decreto 612, de 21 de Julho de 1992, em seu art. 37, parágrafos sexto e sétimo, dispõem sobre forma diferente de cálculo da contribuição em relação ao estabelecido pela Lei 8.212/91:

Art. 37. Entende-se por salário-de-contribuição:

§ 6º A gratificação natalina - décimo-terceiro salário - integra o salário-de-contribuição, sendo devida a contribuição quando do pagamento ou crédito da última parcela, ou na rescisão do contrato de trabalho.

NOTA:

A Ordem de Serviço DAF/INSS nº 97, de 19 de novembro de 1993, dispõe sobre o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o 13º Salário.

§ 7º A contribuição de que trata o § 6º incidirá sobre o valor bruto da gratificação, sem compensação dos adiantamentos pagos, mediante aplicação, em separado, da tabela de que trata o art. 22 e observadas as normas estabelecidas pelo INSS.

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

A Ordem de Serviço DAF/INSS nº 97, de 19 de novembro de 1993, em seu item 2, dispõe de forma mais explícita sobre o recolhimento da contribuição previdenciária sobre o 13º salário, da seguinte forma:

2. Para efeito do cálculo dessa contribuição deverá ser usado como base de incidência o valor bruto do décimo-terceiro salário sem qualquer dedução dos adiantamentos pagos, aplicando-se, em separado, as alíquotas normais de contribuição.

Dessa forma é fácil identificar a divergência entre a Lei e o Decreto, que estabelecem a forma de incidência ou não da gratificação natalina (décimo terceiro salário) no salário-contribuição, para fins de contribuição para o INSS, onde o Decreto 612/92 acrescenta o parágrafo sexto, criando norma que o legislador não quis criar.

A divergência anteriormente apontada está expressa na jurisprudência do STJ, conforme descrevemos abaixo:

Acórdão Origem: **STJ - SUPERIOR**
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Classe: **RESP - RECURSO ESPECIAL -**
333248
Processo: **200100880357** UF: **PR** Órgão
Julgador: **SEGUNDA TURMA**
Data da decisão: **24/09/2002**

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

Autor Nome -

Documento: **STJ000478757** Fonte **DJ**

DATA: 31/03/2003.

PÁGINA: 194 Relator: **FRANCIULLI NETTO**

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Vencidas as Sras. Ministras Laurita Vaz e Eliana Calmon. Os Srs. Ministros Paulo Medina e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ementa

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ARTIGO 105, INCISO III, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. GRATIFICAÇÃO NATALINA (13º SALÁRIO) - ARTIGO 28, § 7º DA LEI N. 8.212/91. FORMA DE CÁLCULO DETERMINADA PELO DECRETO 612/92. ILEGALIDADE. PODER

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO - ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

Autor Nome -

REGULAMENTAR. LIMITES. REPETIÇÃO.
ARTIGO 39, § 40, DA LEI 9.250/95.
TAXA SELIC. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA
DE CORREÇÃO MONETÁRIA DESDE O
RECOLHIMENTO INDEVIDO.

Se a Lei 8.212/91 contém previsão diversa para cálculo da contribuição social incidente sobre o 13º salário, não poderia o Decreto n. 612/92, sob pena de ultrapassar as divisas do poder regulamentar, determinar a incidência em separado da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, mediante a aplicação das alíquotas previstas na tabela a que se refere o artigo 22 do mencionado decreto.

"Como ato administrativo, o decreto está sempre em situação inferior à da lei e, por isso mesmo, não a pode contrariar. O decreto geral tem, entretanto, a mesma normatividade da lei, desde que não ultrapasse a alçada regulamentar de que dispõe o Executivo" (Hely Lopes Meirelles, in "Direito Administrativo Brasileiro". São Paulo: Malheiros Editores, 2001, 26ª edição, p. 171).

.

Data Publicação 31/03/2003

Referência Legislativa SUM(STF)
SUMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
LEG_FED SUM_207

LEG_FED DEC_612 ANO_1992 ART_22
ART_37 PAR_7 LOSS-91 LEI ORGANICA DA
SEGURIDADE SOCIAL

LEG_FED LEI_8212 ANO_1991 ART_28
PAR_7 LEG_FED LEI_9250 ANO_1995
ART_39 PAR_4 CTN-66

CODIGO TRIBUTARIO NACIONAL LEG_FED
LEI_5172 ANO_1966 ART_161 PAR_1
ART_167 ART_9 INC_1

Sucessivos RESP 432037 RS
2002/0049930-7 DECISÃO:20/08/2002 DJ
DATA:31/03/2003 PG:00205

Em nossa Doutrina, Celso Antônio
Bandeira de Mello, em seu livro CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO,
São Paulo: Malheiros Editores, 2002, 14ª edição, p. 306-321, leciona:

“IV. O regulamento ante o princípio da legalidade no Brasil

AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL INCIDENTE SOBRE O DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO -
ILEGALIDADE DO DECRETO Nº 612/92 EM FACE DA LEI 8.212/91.

Autor Nome -

4. O Texto Constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Note-se que o preceptivo não diz “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administradores. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.

5. Em estrita harmonia com o art. 5º, II, precitado, e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração, com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, delimita, então, o sentido da competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo ao estabelecer que ao Presidente da República compete “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. **Nisto, se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para “fiel execução” da lei.**

12. ... Reitera-se, pois, neste campo, a **submissão total dos atos administrativos à lei**, ao encarecer-se que só por lei é possível restringir a liberdade econômica.

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade

pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e **só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.**

Este último traço é que faz do regulamento, além de regra de menor força jurídica que a lei, norma dependente dela, pois forçosamente a pressupõe, sem o quê nada poderia dispor. No Direito pátrio, sem a lei não haveria espaço jurídico para regulamento.

27. Este perigo das **delegações disfarçadas** é especialmente vitando e muito presente no Brasil. Contra ele advertiu Pontes de Miranda, ao apostilar: “Se o Poder Legislativo deixa ao Poder Executivo fazer lei, delega; **o poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alterem as existentes e sem alteração da própria lei regulamentada.** Fora daí, espíritos contaminados pelo totalitarismo de fonte italiano-alemã pretenderam fazer legítimas, de novo, as delegações legislativas que a Constituição de 1946, no art. 36, § 2º, explicitamente proibiu. Na Constituição de 1967, o art. 6º, parágrafo único, primeira parte também veda, mas admite a lei delegada (arts.52 e parágrafo único, 53 e 54). Nem o Poder Executivo pode alterar regras jurídicas constantes de lei a pretexto de editar decretos para sua fiel execução, ou regulamentos concernentes a elas, nem tal atribuição pode provir de permissão ou imposição legal de alterar regras legais, ou estendê-las, ou limitá-las”.

30. Como postremeira observação, impende reiterar o que constou de advertência de Pontes de Miranda em trecho dantes colacionado. A saber: **regulamento jamais pode contrariar o que conste de alguma lei ou ditar restrições que se contraponham ao estatuído em alguma norma legal”.**

Nesse mesmo sentido, o enunciado da Súmula 207 da Excelsa Corte, in verbis:

*“As gratificações habituais, **inclusive a de natal**, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário”.*

Se assim previu a lei, não poderia o Decreto 612/92, sob pena de ultrapassar as divisas do poder regulamentar, determinar a incidência em separado da contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, mediante aplicação das alíquotas previstas na tabela a que se refere o artigo 22 do mencionado decreto.

III – DOS PEDIDOS:

a. Requer a restituição dos valores indevidamente recolhidos a maior, nos últimos____ (**colocar o nº de anos**) anos, ou seja, desde _____ (**colocar mês e ano**), conforme comprovantes juntados aos autos, em virtude dos motivos aduzidos nesta exordial, respeitando-se a prescrição legal, com incidência da correção pela taxa SELIC, uma vez que a Lei nº 9.250/95, artigo 39, parágrafo 4º estabelece: “...a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC ...”

b. Requer seja cessada a incidência do desconto das próximas gratificações natalinas (décimo terceiro salário).

c. A citação do réu para apresentar defesa.

d. Condenando o Réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais de estilo aplicáveis à espécie, em caso de Recurso.

e. Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente juntada de documentos, inquirição de testemunhas (conforme rol em anexo), perícias e depoimento dos réus, sob pena de confissão.

IV – DO VALOR DA CAUSA:

À causa dá-se o valor de R\$ **(fazer o cálculo e colocar o valor e repetir o valor em extenso). Ex.: R\$ 3.000,00 (três mil reais)**

Nestes termos,

P. Deferimento.

São Paulo-SP, 26 de Novembro de 2004.

Nome

CPF:

Telefone: