V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os embargos de declaração foram interpostos em face da mesma decisão. Ante a coincidência do ato impugnado, procedo à apreciação simultânea.

O artigo 138 do Código de Processo Civil abre oportunidade à formalização de declaratórios pelo terceiro interessado.

Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. As peças, subscritas por advogados credenciados e Vice-Procurador Geral da República, foram protocoladas no prazo legal.

Inexiste contradição quanto à envergadura maior do tema. A natureza constitucional foi assentada quando da submissão do processo ao Plenário Virtual para análise da repercussão geral, sendo confirmada no julgamento deste piloto. O que versado em relação ao caráter legal do debate revela mero inconformismo, insuscetível de ser apreciado na via dos declaratórios.

Também não há vícios atinentes à habitualidade e à índole remuneratória do terço de férias. O Colegiado examinou ambos os requisitos, considerado o figurino constitucional do tributo, proclamando a ausência de óbice à incidência da contribuição social sobre a verba em jogo. No caso, simplesmente se busca o rejulgamento da causa.

Colho do voto formalizado trecho elucidativo da controvérsia:

> Dos precedentes evocados, surgem dois pressupostos para a incidência da contribuição previdenciária sobre valores pagos aos empregados: a natureza remuneratória e a habitualidade da verba.
>
> Quanto ao primeiro, conforme versei no paradigma de repercussão geral alusivo ao Tema nº 20, observado o previsto no § 11 do artigo 201 da Constituição Federal, o legislador constituinte, ao se referir à remuneração, remeteu "às parcelas diversas satisfeitas pelo tomador dos serviços", no que levados em conta os rendimentos pagos em decorrência do contrato de trabalho em curso, e não somente sobre o que adimplido pela prestação de serviços em sentido estrito. Excetuam-se as verbas nitidamente indenizatórias, porquanto destinadas a recompor o patrimônio jurídico do empregado, em razão de alguma perda ou violação de direito.
>
> No tocante à habitualidade, o preceito sinaliza periodicidade no auferimento dos valores, contrapondo-se a recebimentos eventuais,

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/03/2021 00:00

desprovidos de previsibilidade. A elucidar a óptica, confiram a lição de Alessandro Mendes Cardoso e Paulo Honório de Castro Júnior, em artigo específico sobre o tema 1:

> Por fim, habitual é (i) o pagamento que se repete em um contexto temporal que pode ser descontínuo - mensal, trimestral, semestral ou anual; (ii) que decorre de uma previsibilidade inerente ao contrato laboral, de onde surge justa e real expectativa de recebimento por parte do empregado, face à repetição prévia da parcela.

> Essas diretrizes hermenêuticas devem nortear o alcance do artigo 195, inciso I, da Lei Maior e a solução quanto à delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo do empregador.
>
> Atentem para a natureza do terço constitucional de férias, cuja previsão está no artigo 7º, inciso XVII, da Constituição Federal. Trata-se de verba auferida, periodicamente, como complemento à remuneração. Adquire-se o direito, conforme o decurso do ciclo de trabalho, sendo um adiantamento em reforço ao que pago, ordinariamente, ao empregado, quando do descanso.
>
> Surge irrelevante a ausência de prestação de serviço no período de férias. Configura afastamento temporário. O vínculo permanece e o pagamento é indissociável do trabalho realizado durante o ano.
>
> A exceção corre à conta do adicional relativo às férias indenizadas. Nesse sentido, presente a natureza indenizatória, há disposição legal expressa na primeira parte da alínea "d" do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/1991:
>
> Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: (...) § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

> Ante a habitualidade e o caráter remuneratório da totalidade do que percebido no mês de gozo das férias, é devida a contribuição.

Em relação ao terço de férias indenizado, consta do pronunciamento, observadas as premissas estabelecidas, distinção relativamente às usufruídas, a revelar a inexistência de contradição.

O debate a respeito do momento da incidência do tributo cinge-se ao âmbito infraconstitucional. A par disso, a matéria não foi objeto de

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/03/2021 00:00

deliberação no Colegiado de origem, padecendo o recurso, no ponto, da falta de prequestionamento. Surgem os óbices dos verbetes nº 282 e 356 da Súmula do Supremo.

Improcede o argumento segundo o qual há contradição entre o acórdão atacado e o que decidido no recurso extraordinário nº 593.068, relator ministro Luís Roberto Barroso – Tema nº 163 do repertório da repercussão geral. Naquele piloto, fez-se em jogo questão diversa, no que envolvido o regime próprio dos servidores públicos. A jurisprudência é pela impertinência do Tema nº 163 quando debatida a incidência das contribuições sociais sobre verbas pagas no âmbito do Regime Geral da Previdência Social. Confiram as seguintes ementas:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. VERBA DE REPRESENTAÇÃO. TRABALHADOR AUTÔNOMO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o Tema 163 da sistemática da repercussão geral não se aplica aos celetistas. 2. A discussão relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre verba de gratificação, terço constitucional de férias e verbas devidas a trabalhadores autônomos cinge-se ao âmbito infraconstitucional, haja vista que demanda análise da natureza jurídica da referida parcela. 3. Agravo regimental da Fazenda Nacional desprovido.
>
> (Agravo regimental no recurso extraordinário nº 960.556, relator ministro Luiz Edson Fachin, Primeira Turma, acórdão publicado no Diário de Justiça eletrônico de 21 de novembro de 2016.)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. INCIDÊNCIA SOBRE ADICIONAL NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. REPERCUSSÃO GERAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR OUTRAS RAZÕES. RISTF, ART. 323. TEMA 163 DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – Não há a necessidade de exame da repercussão geral das questões constitucionais em debate, pois o recurso extraordinário foi inadmitido por outras razões, conforme o art. 323, primeira parte, do Regimento Interno do STF. Essa a hipótese dos autos, ante a inadmissibilidade do recurso em decorrência da natureza infraconstitucional do tema em debate. II – O entendimento firmado no Tema 163 da Repercussão Geral diz respeito às parcelas

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/03/2021 00:00

percebidas por servidores públicos. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4°, do CPC).

(Agravo regimental no recurso extraordinário nº 1.239.526, relator ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, acórdão veiculado no Diário de Justiça eletrônico de 5 de maio de 2020.)

No tocante à tese fixada, embora não expresse a distinção entre os regimes previdenciários geral e próprio, a compreensão está vinculada às balizas do caso, sendo imprópria modificação.

Ausente omissão, obscuridade ou contradição no pronunciamento. Em última análise, pretendem os embargantes o reexame da controvérsia.

Não vinga o articulado relativamente à limitação dos efeitos do acórdão. Se assentada a modulação, reconhece-se a constitucionalidade da incidência do tributo, o desacerto do que decidido pelo Tribunal de origem, mas reforma-se o ato para dar o dito pelo não dito. O tributo deixaria de ser recolhido a partir da concessão de efeitos prospectivos, como se, em momento anterior, a incidência fosse incabível.

Inverte-se a ordem de raciocínio a fim de deixar-se de permitir a cobrança de contribuição – e não se tem notícia da mudança do quadro – declarada constitucional pelo Supremo. Concluindo-se pela modulação, a óptica desaguará na presunção de inconstitucionalidade da norma enquanto não houver deliberação do Tribunal sob o ângulo da repercussão maior. Não se pode potencializar a segurança jurídica – gênero – em detrimento da própria lei, instrumento último de estabilização das expectativas no Estado Democrático de Direito. O fato de haver visão conflitante com o proclamado no julgamento do recurso extraordinário não impressiona. Fosse assim, como assentar a existência de inúmeras controvérsias formalizadas perante os Tribunais, em especial neste caso, em que interposto, pela União, recurso extraordinário contra acórdão desfavorável à incidência do tributo? Inadequada é a modulação.

Conheço e desprovejo os embargos.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/03/2021 00:00