Plenário Virtual

Título: Definição individualizada da natureza jurídica de verbas percebidas pelo empregado, bem como de sua respectiva habitualidade, para fins de incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos conforme o art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991.

Descrição: Recurso extraordinário com agravo em que se discute, à luz dos arts. 93, IX; 150, I,;154, I; e 195, I, a, da Constituição Federal, se incide contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre a folha de salários e demais rendimentos relativos às horas extras e aos adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e de transferência.

Ementa: Recurso extraordinário com agravo. Direito Tributário. Contribuição previdenciária patronal ou a cargo do empregador. Artigo 22, I, da Lei nº 8.212/1991. Incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador. Natureza jurídica das verbas percebidas pelo empregado. Aferição da habitualidade do ganho. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à definição individualizada da natureza jurídica de verbas percebidas pelo empregado para fins de incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador e de sua habitualidade. Recurso ao qual se nega seguimento.

MANIFESTAÇÃO

Trata-se de agravo contra decisão em que não se admitiu recurso extraordinário interposto por Viação Top Rio Ltda. e outras, com fundamento na letra a do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela

Quarta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. NÃO INCIDÊNCIA. DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. 1. A obrigação tributária é ex lege e o lançamento, atividade administrativa plenamente vinculada e obrigatória (art. 142 do CTN), do que decorre o justo receio do contribuinte de que o tributo lhe seja exigido pela autoridade fiscal. Portanto, admite-se a impetração de mandado de segurança preventivo para questionar a exigência tributária, inclusive com pedido incidental de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos normativos, desde que este não seja o único pedido formulado na inicial. 2. Ocorrência da prescrição da pretensão de compensação dos tributos recolhidos antes de 30.09.2006, por se tratar de ação ajuizada em 30.09.2011, depois, portanto, da entrada em vigor da LC 118/2005, estando correta a sentença neste ponto. 4. No julgamento do RE nº 565.160/SC, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese para fins de repercussão geral: a contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998. 5. A superveniência da tese firmada pelo STF de que os ganhos habituais do trabalhador estão dentro do âmbito de incidência constitucional da contribuição previdenciária não interfere na verificação da existência ou não de caráter remuneratório em relação a cada uma das verbas pagas pelas empresas a seus empregados. Essa verificação que constitui matéria de índole legal, deve observar, entre outros parâmetros, os que foram estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.230.957/RS, realizado sob o rito dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 543-C do CPC/73 e arts. 1.036 e segs. do CPC/15). 6. A contribuição previdenciária não incide sobre aviso prévio indenizado. 7. A contribuição previdenciária incide sobre as seguintes rubricas: adicionais de horas-extras, noturno, insalubridade, periculosidade; e adicional de transferência. Jurisprudência do STJ 8. A compensação das contribuições indevidamente recolhidas deverá ser feita (i) apenas após o trânsito em julgado da decisão final proferida nesta ação, de acordo com o disposto no art. 170-A do CTN, por se tratar de demanda posterior à LC nº 104/01, (ii) sem a limitação de 30% imposta pelo art. 89, §3º, da Lei nº 8.212/91, visto que este dispositivo foi revogado pela Lei nº 11.941/2009, e (iii) apenas com débitos relativos à própria contribuição previdenciária, e não com tributos de qualquer espécie, em razão da vedação

do art. 26 da Lei nº 11.457/07, devendo a sentença ser reformada quanto a

este último ponto. Ressalvada, em todo caso, a possibilidade de que, no momento da efetivação da compensação tributária, o contribuinte se valha da legislação superveniente que lhe seja mais benéfica, ou seja, que lhe assegure o direito a compensação mais ampla. Precedentes do STJ. 9.0 indébito deverá ser acrescido da Taxa SELIC, que já compreende correção monetária e juros, desde cada pagamento indevido, até o mês anterior ao da compensação/restituição, em que incidirá a taxa de 1%, tal como prevê o artigo 39, § 4°, da Lei n° 9.250/95. 10. Apelação da União Federal e remessa necessária a que se dá parcial provimento. Apelação das Impetrantes a que nega provimento.

Passo a me manifestar.

De início, torna-se oportuno rememorar temas já submetidos à repercussão geral correlatos à matéria que envolve a contribuição previdenciária prevista no art. 195, I, a, da Constituição Federal. Com vistas a definir o alcance da expressão folha de salários, o Tribunal Pleno assentou, no âmbito do Tema nº 20, a seguinte tese de julgamento: A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998.

No Tema nº 72, delibera-se sobre a inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração, matéria pendente de resolução prévia quanto ao alcance do quórum da repercussão geral.

A contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários de instituições financeiras é objeto dos Temas nºs 204 e 470, distinguindo-se os casos em função do advento da EC nº 20/1998.

Em relação ao Tema nº 482, o Tribunal Pleno decidiu pela infraconstitucionalidade da questão relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de auxílio-doença.

Na mesma linha, o STF assentou o caráter infraconstitucional da controvérsia relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre a verba recebida

por empregado a título de aviso prévio indenizado no Tema nº 759. A esse respeito, impende registrar que esse tema também abarca a discussão acerca do décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: ARE nº 1.233.510/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/10/19, e RE nº 1.160.504/PE, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe de 28/02/20, Esse último foi assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTROVÉRSIA SOBRE A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA BASEADA NA NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. A incidência de contribuição previdenciária sobre horas extras é controvérsia de índole infraconstitucional. Precedentes. 2. A matéria relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de aviso prévio indenizado e o décimo terceiro salário proporcional ao aviso prévio indenizado se restringe ao âmbito infraconstitucional (ARE 745.901-RG/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Tema 759 da Repercussão Geral). 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC.

Mais recentemente, afetou-se à repercussão geral relativa ao Tema nº 985 o litígio acerca da natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal.

Embora estivesse vinculado à incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregado, notadamente à definição da natureza jurídica de parcelas pagas ao trabalhador, para fins de enquadramento ou não na base de cálculo do tributo, conforme o art. 28 da Lei 8.212/1991, merece registro o Tema nº 908, por sua abrangência.

Na espécie, a Corte a quo, com base no exame individualizado das rubricas pleiteadas em consonância com o art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991 e com julgados do Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos repetitivos, concluiu pela natureza remuneratória dos adicionais e das férias usufruídas, o que levou à inclusão deles na base do salário de contribuição referente ao tributo federal dedicado ao financiamento da Previdência Social, a qual compete ao empregador e incide sobre a folha de salários e demais rendimentos do empregado.

Para superar o entendimento do tribunal de origem e acolher a pretensão recursal, seria necessário o reexame da causa à luz da legislação infraconstitucional. Eventual ofensa ao texto constitucional seria, caso ocorresse, apenas indireta ou reflexa, o que é insuficiente para amparar o recurso extraordinário.

Em casos assemelhados, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o debate a respeito da cobrança de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador, quando pendente definição da natureza remuneratória ou indenizatória de verbas, cinge-se ao âmbito infraconstitucional. -Vide:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL DISCUSSÃO EM TORNO DA NATUREZA JURÍDICA DE DETERMINADAS PARCELAS PERCEBIDAS PELO EMPREGADO, PARA FINS DE INCIDÊNCIA, OU NÃO, DA REFERIDA CONTRIBUIÇÃO OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, ANTE A INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO EM VERBA HONORÁRIA, POR TRATAR-SE DE PROCESSO DEMANDADO DE SEGURANÇA (SÚMULA 512/STF E LEI Nº 12.016/2009, ART. 25) AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (RE nº 897.236/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 03/02/20).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO EMPREGADOR. ART. 22, I, DA LEI 8.212/1991. FOLHA DE SALÁRIOS. GANHOS HABITUAIS. NATUREZA JURÍDICA DAS VERBAS. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I Para chegar-se à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido quanto à natureza jurídica das verbas pagas ao trabalhador, seria necessária a reinterpretação da legislação infraconstitucional aplicável ao caso, sendo certo que a ofensa à Constituição seria apenas indireta, o que inviabiliza o recurso extraordinário. II Agravo regimental a que se nega provimento (ARE nº 1.170.556/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 03/02/20).

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. INCIDÊNCIA SOBRE HORAS EXTRAS, DICIONAIS E FÉRIAS. INAPLICABILIDADE DO TEMA 163. CONTROVÉRSIA SOBRE A INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS BASEADA NA NATUREZA JURÍDICA DA VERBA. OFENSA INDIRETA OU REFLEXA. AUSÊNCIA

DE REPERCUSSÃO GERAL. 1. O entendimento firmado no Tema 163 da Repercussão

Geral não guarda similitude com a controvérsia posta nestes autos. A matéria discutida no RE 593.068-RG diz respeito à incidência de contribuições sobre as parcelas recebidas pelos servidores públicos; logo, não se aplica às contribuições patronais da iniciativa privada. 2. A incidência de contribuição previdenciária sobre horas extras, adicionais e férias é controvérsia de índole infraconstitucional. A ofensa ao texto constitucional, se existisse, seria meramente indireta ou reflexa. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (RE nº 1.162.671/PB-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe de 18/10/19).

Nessa mesma direção, cito os seguintes julgados do Tribunal: RE nº 1.106.661/PE-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 25/9/19; ARE nº 1.163.509/SP-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 11/9/19; ARE nº 1.169.318/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Edson Fachin, DJe de 1º/7/19; RE nº 1.007.651/RS-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 30/8/18; RE nº 1.096.596/SP-AgR, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 07/3/18.

Rememoro que, no já citado Tema nº 20, cujo paradigma é o RE nº 565.160/SC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 23/8/17, se assentou a constitucionalidade da contribuição previdenciária em questão, com previsão no art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991, ressaltando-se que, para delimitação da base de cálculo do tributo, a expressão ganhos habituais do empregado não abrange verbas indenizatórias ou parcelas pagas eventualmente.

No entanto, conforme anotado nesse julgamento, o art. 201, § 11, da Constituição Federal, remete ao legislador ordinário a fixação das hipóteses nas quais os ganhos habituais são incorporados ao salário para fins de contribuição previdenciária. Logo, o caso resolvido pelo rito da repercussão geral apenas definiu que só compõem a base de cálculo da contribuição paga pelo empregador as parcelas pagas com habitualidade, em razão do trabalho, ante sua incorporação aos proventos da aposentadoria. Vale transcrição de elucidativo excerto do voto proferido nesse julgamento pelo Ministro Luiz Fux:

Destaque-se, por fim, que descabe a esta Corte definir a natureza indenizatória ou remuneratória de cada parcela, eis que tal discussão não possui status constitucional, conforme amplamente vem sendo reconhecido pela jurisprudência.

Compete tão somente a este colegiado a interpretação dos dispositivos constitucionais em relação ao tema, de modo que deles só é possível extrair a necessidade de pagamento com habitualidade e em decorrência da atividade laboral, para fins de delimitação da base de cálculo da contribuição previdenciária do empregador e consequente interpretação do conceito de folha de salários.

Sob essa perspectiva, comungo do entendimento de que a tese fixada no Tema nº 20 abarca imperativo de definição individual das verbas controvertidas e sua habitualidade, conforme argumentado no RE nº 1.225.844/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/11/19, nos seguintes termos:

A tese fixada na ocasião não afasta a necessidade da definição individual das verbas controvertidas e sua habitualidade, providência, no entanto, inviável por meio do constitucional da matéria.

Dessa forma, penso ser possível a aplicação dos efeitos da ausência da repercussão geral na espécie, porque a questão suscitada em apelo recursal é, de fato, desprovida da relevância exigida, assim como não há sequer matéria constitucional a ser discutida em recurso extraordinário.

Diante do exposto, reafirmo a jurisprudência da Corte de que repousa na esfera da legalidade o deslinde da controvérsia atinente à incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador quando pendente a definição individualizada da natureza jurídica das verbas e de sua respectiva habitualidade, manifestando-me pela inexistência de questão constitucional e, por conseguinte, pela ausência de repercussão geral da matéria controvertida. No caso concreto, nego seguimento ao recurso.

Proponho a seguinte tese de julgamento:

É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia relativa à definição individualizada da natureza jurídica de verbas percebidas pelo empregado, bem como de sua respectiva habitualidade, para fins de incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador conforme o art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991.

Brasília, 25 de junho de 2020.

Ministro Dias Toffoli

Presidente

Documento assinado digitalmente