

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 rejuízo 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,

desprovidos de previsibilidade. A elucidar a óptica, confirmam 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

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. Confirmam 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

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