Henrique de Oliveira: Motivos para 10% sobre FGTS já se exauriram

Há mais de uma década, Marco Aurélio Greco introduzia o seu instigante estudo sobre contribuições (*Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000) com referência às reflexões do cientista quântico Ilya Prigogine sobre o fim das certezas. Nada mais preciso, pois a utilização dessa *figura sui generis* nos últimos dez anos por parte da União é de fazer corar até mesmo o mais empedernido defensor da busca irrefreada por acréscimos de receita fiscal a qualquer custo. Os limites republicanos das instituições delineadas na Constituição Federal vêm sendo testados ao máximo.

Episódio recente dessa renitente desconsideração para com a previsibilidade arrecadatária de que depende o capital produtivo é a manutenção, pelo Congresso Nacional, do veto presidencial ao [“PLC” \(Projeto de Lei Complementar\) 200/2012](#), que estabelecia um termo final a uma das contribuições instituídas pela [Lei Complementar 110/2001](#). Trata-se daquela contribuição que causa a impressão ao empresariado de que a despedida de um empregado gera uma “penalização” de 50% sobre os depósitos do FGTS do empregado desligado: 40% a título de multa rescisória; e 10% a título de contribuição.

É preciso retomar a ordem cronológica dos fatos. Eram finais da década de 90 e o Supremo Tribunal Federal (v. [RE nº 226.855/RS](#), j. em 31.8.2000) colocava fim a uma contenda absurda: as contas vinculadas dos empregados, ao tempo dos Planos Verão e Collor I, no lusco-fusco entre as décadas de 80 e 90, deveriam ser atualizados por índices de correção monetária que efetivamente medissem a inflação do período, e não os índices fixados “por decreto” nesses planos — manobra financeira que ficou conhecida pela alcunha de “expurgos inflacionários”.

O enorme impacto financeiro decorrente dessa decisão (afinal, valores extirpados uma década antes, das contas vinculadas de milhares de brasileiros e em período de inflação oscilante, implicariam a necessidade de aportes vultosos de recursos a fim de que se atingisse o equilíbrio) foi o centro da Exposição de Motivos do projeto que originou a Lei Complementar, nos seus exatos termos:

O reconhecimento por parte do Poder Judiciário de que os saldos das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foram corrigidos a menor na implementação dos Planos Verão e Collor I, teve o efeito de aumentar o passivo do FGTS sem o correspondente aumento do ativo necessário para evitar um desequilíbrio patrimonial no Fundo. Diante dessa decisão da Justiça, e devido à possibilidade de que um número excessivamente elevado de trabalhadores ajuizasse demandas para correção dos saldos na mesma proporção, o que teria o efeito de paralisar o processo judiciário no país, Vossa Excelência decidiu estender a todos os trabalhadores a correção automática de seus saldos, independentemente de decisão judicial. Isto criou uma necessidade de geração de patrimônio no FGTS da ordem de R\$ 42 bilhões.

(...)

O período necessário para que todos os trabalhadores recebam o que lhes é devido é, dentro do acordo, bem menor do que provavelmente viria a ocorrer se estes tivessem que entrar com demandas judiciais, dado o acúmulo de processos que ocorreria na Justiça e a consequente lentidão que isto acarretaria no julgamento destes processos.

E, assim, veio a Lei Complementar 110/2001, instituidora de duas contribuições: (a) uma vigente por prazo determinado de 60 meses desde a sua entrada em vigor, à alíquota de 0,5% incidente sobre a remuneração devida a cada trabalhador no mês anterior (artigo 2º, *caput* e parágrafo 2º); e a contribuição à alíquota de 10% sobre o montante de todos os depósitos devidos ao trabalhador durante a vigência do contrato de trabalho em prol de sua conta vinculada junto ao FGTS (artigo 1º). É preciso repisar: a primeira contribuição acima possuía período de vigência determinado no texto da lei complementar; a segunda, não.

A lei complementar em apreço provocou grande celeuma, seja no âmbito da dogmática jurídica, sempre preocupada com suas próprias “caixinhas” classificatórias, seja no âmbito do Poder Judiciário, que teve de se debruçar em uma dezena de ações diretas de inconstitucionalidade e outras contendas daí originadas. Um detalhe: a ADI mais antiga que pudemos apurar, de nº [2.556](#), foi ajuizada em novembro de 2001, mas somente foi julgada em junho de 2012.

[Vozes abalizadas](#) defendem a tese de que a contribuição do artigo 1º da Lei Complementar 110/2001 perdeu sua justa causa, pois o fundamento para a sua edição deixou de existir. O argumento de “caducidade” pelo exaurimento de seu fundamento — a necessidade de recomposição patrimonial do FGTS para honrar os custos na reversão dos “expurgos inflacionários” — faz total sentido. A maior prova é a última manifestação oficial do Poder Executivo sobre a matéria: o texto da mensagem da Presidência da República com o veto total do projeto de lei complementar que, aprovado pelo Congresso Nacional em meados deste ano, estabelecia prazo expresso para o fim da contribuição.

É neste ponto que voltamos ao “fim das certezas”. A teoria jurídica tributária afirma que as contribuições são tributos “finalísticos”, vale dizer, a sua edição vincula-se a (e é validada por) uma finalidade específica (Greco, *op. cit.*, p. 124; Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso. *Contribuições: teoria geral das contribuições em espécie*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32). A Lei Complementar 110/2001 teria editado contribuição social geral, destinada a recompor um revés eventual do fundo securitário: a necessidade de reajustar as contas vinculadas, nos saldos dos meses afetados pelos Planos Collor I e Verão, pelo índice efetivo de inflação.

Ora, nesses mais de dez anos de vigência de um acréscimo de 10% do valor a ser sacado a cada despedida por iniciativa do empregador, os motivos para a edição da lei complementar seguramente já se

exauriram. Assim o admite a própria Presidência da República, segundo o texto da Mensagem de Veto ao PLC 200/2012:

A extinção da cobrança da contribuição social geraria um impacto superior a R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais) por ano nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, contudo a proposta não está acompanhada das estimativas de impacto orçamentário-financeiro e da indicação das devidas medidas compensatórias, em contrariedade à Lei de Responsabilidade Fiscal. A sanção do texto levaria à redução de investimentos em importantes programas sociais e em ações estratégicas de infraestrutura, notadamente naquelas realizadas por meio do Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FI-FGTS. Particularmente, a medida impactaria fortemente o desenvolvimento do Programa Minha Casa, Minha Vida, cujos beneficiários são majoritariamente os próprios correntistas do FGTS.

Em outras palavras: a Presidência da República admite que comprometeu, com outras finalidades, verbas que somente podiam ser havidas por observadoras das diretrizes constitucionais concernentes às contribuições se, e somente se, estivessem vinculadas a uma finalidade e uma destinação específica. Em uma comparação simplória: o governo federal agiu como o síndico de condomínio edilício que utiliza a “taxa extra” aprovada para pagamento do “13º salário” dos empregados do prédio (o que, por si, é demonstração de más práticas de gestão, já que não se trata de despesa extraordinária) para o fim de cobrir outras despesas correntes, e, sem a prévia e expressa autorização da assembleia geral de condôminos. A tredestinação é evidente, é confessa, e a simples menção a políticas e projetos governamentais, por mais relevantes que sejam, não pode validar a manutenção da exação.

Não nos parece que a manutenção do veto presidencial seja a chave para a legitimação dessa tredestinação. O Congresso Nacional enfrenta, nos dias de hoje, uma crise de legitimidade preocupante. O Poder Judiciário certamente não aceitará que as promessas do Poder Executivo, perante a sociedade, no afã de obter recursos para finalidades específicas, sejam meramente desconsideradas com um singelo recuo do Congresso Nacional, com a sua recusa em derrubar o veto presidencial a um Projeto de Lei Complementar aprovado pelo árduo rito aplicado a essa figura.

Assim, cumpre ao Judiciário desempenhar o seu papel de último bastião da cidadania para, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, e, reafirmando algum conteúdo mínimo de limite ao Poder de Tributar que decorre do regime jurídico das contribuições, decretar a caducidade da malsinada contribuição. Na trilha, aliás, da petição inicial da [ADI 5.053](#), recentemente ajuizada.

É prudente que os contribuintes ingressem o quanto antes com medidas judiciais individuais, de modo a se assegurar contra possíveis modulações dos efeitos de eventuais medidas que acabem por decretar a caducidade da contribuição. O indeferimento da medida liminar ali pleiteada, conforme ocorrido em outubro último, não deve impressionar. O fundamento adotado pelo relator, o ministro Roberto Barroso, em lugar de afastar, corrobora a tese: o lapso temporal de vigência da lei complementar, que para o o ministro configura índice de ausência de verossimilhança nas alegações, é justamente o maior argumento para o exaurimento da finalidade da contribuição.

Date Created

08/12/2013