

Pedro Amarante: A contribuição adicional de 10% sobre o FGTS

O STF terminou na noite do último dia 17 o julgamento do RE 878.313, com o placar apertado de seis votos a quatro, declarando, sob uma nova perspectiva, mais uma vez, a constitucionalidade da atualmente extinta contribuição social de 10% sobre os depósitos vinculados à conta do FGTS do empregado, que incidia quando da sua demissão sem justa causa, instituída pelo artigo 1º da Lei nº 2.556 de 2001.



Nessa nova oportunidade, o STF julgou constitucional a

referida norma sob a perspectiva da perda ou do desvio da finalidade originária da referida contribuição (característica típica das contribuições), que seria de recompor os saldos do FGTS defasados em decorrência dos expurgos inflacionários, gerados pelos planos Bresser, Collor 1 e Collor 2, reajustados após a decisão do STF em 1990 no RE 226.855 que determinou o reajuste.

Desde o surgimento da contribuição adicional de 10% sobre o FGTS, há discussões acerca da sua constitucionalidade. Não é à toa que as primeiras ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), que chegaram ao STF questionando a referida contribuição, foram propostas em 8 de novembro de 2001, com a ADI de nº 2.556, e, sucessivamente, em 21 de novembro de 2001, com a ADI 2.568.

Os julgamentos das referidas ações ocorreram em 19 de setembro de 2012, ocasião em que o STF declarou que a contribuição social de 10% sobre o FGTS é constitucional do ponto de vista formal e material, uma vez que teria respaldo jurídico (materialidade) na antiga redação do artigo 149 da CF (ou seja, redação anterior à Emenda Constitucional de nº 33, de 11 de dezembro de 2001), sendo assim uma contribuição social geral.

Como se observa, sob duas perspectivas diferentes, o STF se posicionou pela constitucionalidade da extinta contribuição de 10% sobre os depósitos vinculados à conta do FGTS do empregado, incidente quando da sua demissão sem justa causa. A pergunta que fica é: e agora, ainda existe direito para os contribuintes?

Para responder rapidamente tal pergunta, de maneira prática, citamos dois recentes precedentes do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região com a nossa colaboração sobre o tema inexigibilidade da contribuição adicional de 10% sobre os depósitos vinculados à conta do FGTS do empregado, cujas teses apresentadas foram diferentes das que foram julgadas pelo STF. São eles:

1º precedente: julgamento realizado pela 4ª Turma do TRF da 5ª Região, no Processo de nº 0807214-32.2018.4.05.8300. A decisão, nesse caso, se deu no sentido da revogação (ou não recepção) do artigo 1º da LC 110, de 29 de junho de 2001, que instituiu a contribuição adicional de 10% sobre o FGTS, pela Emenda Constitucional 33, de 11 de dezembro de 2001, que alterou substancialmente a previsão contida no artigo 149 da CF, tornando taxativas as bases de cálculo das contribuições que encontram respaldo jurídico nesse artigo. A partir de então, dada a ausência da previsão da base de cálculo da contribuição adicional de 10% sobre o FGTS, qual seja: *"O montante dos depósitos feitos nas contas vinculadas ao FGTS durante a vigência do contrato de trabalho"*, no referido rol, haveria a inconstitucionalidade da cobrança por ausência de amparo constitucional.

É importante ainda ressaltar, quanto a essa perspectiva, que existem três ADIs no STF (de nºs 5.050, 5.051 e 5.053) pendentes de julgamento. Além disso, destaque-se que essa vertente possui, na prática, o mesmo fundamento das teses que questionam as contribuições: I) do Sebrae no STF (RE 603.624); e II) do Incra no STF (RE 630.898), que se pautam na taxatividade do rol das materialidades das contribuições, previsto no inciso III do §2º da CF. Ambos os julgamentos já se iniciaram e contam, atualmente, com dois votos favoráveis aos contribuintes e dois contrários. Possivelmente, o que restar decidido nesses processos pode ter aplicabilidade direta aos processos que discutem a contribuição adicional de 10% sobre o FGTS sob a mesma perspectiva.

2º precedente: o julgamento realizado também pela 4ª Turma do TRF da 5ª Região, no Processo de nº 0803418-96.2019.4.05.8300, no sentido de haver isenção da contribuição adicional de 10% sobre o FGTS às empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que aquela não está prevista no rol taxativo das contribuições cobradas fora da sistemática simplificada a essa espécie de contribuinte, conforme previsão contida nos incisos I a VIII do *caput* e parágrafo primeiro do artigo 13 da LC 123/06. A matéria aqui, por sua vez, é de caráter nitidamente legal, e tão logo deverá desaguar no Superior Tribunal de Justiça para sua, igualmente as demais, pacificação sob o rito repetitivo.

O fato é que em ambos os julgamentos ocorridos no STF (o primeiro em 2012 e o segundo encerrado no último dia 17) não houve, por completo, o esgotamento dos fundamentos favoráveis à inexigibilidade da contribuição adicional de 10% sobre o FGTS. Portanto, ainda existe direito para ser pleiteado pelos contribuintes quanto ao tema.

Date Created

31/08/2020