

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 599.309 SÃO PAULO

VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se extraordinário formalizado em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual assentou constitucional a cobrança de adicional de 2,5% à contribuição previdenciária de 20%, incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados de instituições financeiras, prevista no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 7.787/1989. O Colegiado entendeu estar a parcela em conformidade com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, versados nos artigos 145, § 1º, e 150, inciso II, bem assim com o disposto no artigo 195, inciso I, alínea “a”, e § 9º, da Constituição Federal. Assentou não haver violação do princípio da equidade, consignando participar a instituição financeira recorrente do custeio da Seguridade Social.

O recorrente argui ofensa aos artigos 5º, cabeça e inciso I, 145, § 1º, 150, inciso II, 194, inciso V, e 195, inciso I e § 5º, da Constituição Federal. Alega que a instituição do adicional implica violência aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva e da seguridade, ante a incompatibilidade entre o custeio do sistema previdenciário e os benefícios garantidos aos segurados. Afirma ausente pertinência entre a carga majorada e a observância dos princípios da capacidade contributiva e da isonomia. Defende alcançar o disposto no artigo 145, § 1º, do Diploma Maior apenas os impostos, não as contribuições. Sustenta a inconstitucionalidade da Lei nº 7.787/1989, apontando inviável a aplicação, antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/1998, de tratamento diferenciado quanto às contribuições sociais em função da atividade econômica exercida. Eis o dispositivo impugnado:

Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

[...]

§ 2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas,

sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I.

Na sessão de 24 de maio de 2017, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, negou provimento ao extraordinário, assentando constitucional a diferenciação de tratamento conferida pela legislação de regência relativamente às alíquotas das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de salários das instituições financeiras, ainda que prevista em lei anterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998.

Pedi vista. Rememorei os debates travados quando do julgamento do recurso extraordinário nº 598.572/SP, relator o ministro Edson Fachin, destacando ter o Supremo um encontro marcado com a controvérsia alusiva à incidência da contribuição de forma diferenciada, presente o período anterior à citada Emenda. Assinalei a necessidade de enfrentar possível – e naquele momento afirmei meu entendimento de não se ter, ante a jurisprudência do Tribunal – constitucionalização superveniente da Lei nº 8.212/1991.

O Supremo, ao apreciar o mencionado extraordinário, assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a viabilidade de diferenciar alíquotas de contribuição previdenciária sobre a folha de salário de instituições financeiras e assemelhadas, em virtude dos princípios da capacidade contributiva e da equidade na forma de custeio da seguridade social.

Na oportunidade, vinculou o tratamento não linear a dois aspectos justificadores: além da pressuposição de deterem tais entidades capacidade de contribuir superior às demais, entendeu, a partir da equidade na forma de financiamento, ser a redução da mão de obra fator

determinante a justificar alíquota majorada da contribuição patronal.

Verificou elemento característico desse setor econômico para legitimar, à luz do § 9º do artigo 195 da Constituição Federal, tratamento mais gravoso considerada a tributação da folha de salário. A partir da constatação de que a redução da força de trabalho dessas instituições acarretaria encolhimento da arrecadação da contribuição previdenciária, igualizou a participação do ramo à das demais atividades no tocante à incidência sobre a referida base.

Ainda que o objeto deste recurso guarde certa proximidade com o do citado extraordinário, cumpre destacar ter sido o paradigma apreciado à luz dos critérios estabelecidos a partir da alteração constitucional promovida pela Emenda nº 20/1998, ou seja, o parâmetro de controle anterior à Emenda é diverso.

A previsão constitucional para o tratamento diferenciado segundo setor econômico nasce com a alteração da Constituição Federal. A norma trazida por meio da Emenda nº 20/1998 inaugurou disciplina a autorizar o tratamento não linear, no que considerada a diferenciação de alíquotas e base de cálculo das contribuições sociais devido à atividade econômica, à utilização intensiva de mão de obra, ao porte da empresa ou à condição estrutural do mercado de trabalho.

As balizas constitucionais existentes não permitiriam a edição de lei nesse sentido, sob risco de violência ao princípio da isonomia, justamente porque a instituição de tratamento mais gravoso a toda uma categoria econômica, tão somente em virtude de presunção de capacidade contributiva generalizada, mostra-se incompatível com as disposições da Constituição Federal.

É inviável utilizar dado que não se apresenta como elemento característico de toda a categoria, ou apto a diferenciar as instituições financeiras em relação a outras atividades econômicas.

Nem todos os integrantes de determinado ramo econômico demonstram a mesma aptidão para recolher tributos. Firmar regime diferenciado a partir de capacidade contributiva geral acaba por equiparar situações jurídicas completamente díspares, apenando uma

série de contribuintes apenas por atuarem em determinado campo. A pretensa manifestação de riqueza não é característica única e exclusiva das pessoas jurídicas em questão. Muito pelo contrário! Antes de ser critério de distinção, a adoção da capacidade contributiva revela-se elemento de aproximação das instituições financeiras com as demais atividades que também se mostrem lucrativas.

E surge a distinção, a meu ver, da solução assentada pelo Plenário no já citado recurso extraordinário nº 598.572. O tratamento gravoso estendido às chamadas instituições financeiras decorreu do parâmetro constitucional inaugurado pelo artigo 195, § 9º, da Constituição Federal. Constatou-se que, com a redução estrutural da força de trabalho, tais instituições acabariam diminuindo a participação considerada a contribuição patronal, prejudicando o sistema previdenciário, no que considerados outros ramos de atividade econômica.

A autorização para promoção da discriminação de setores econômicos específicos apenas surgiu com a alteração do texto constitucional. Antes, a regra era a não diferenciação, conforme previsão expressa do artigo 150, inciso II, do Texto Maior.

A óptica é reforçada pela própria edição da Emenda Constitucional nº 20/1998. De que serviria a promulgação de tal mudança? Uma emenda constitucional não vem à balha com caráter simplesmente explicativo. Houve necessidade, para ter-se a cobrança diferenciada de contribuição, de emenda constitucional.

A Constituição, como Lei maior do ordenamento pátrio, não traz palavras em vão. Estabelece as balizas para a atuação estatal, sendo, em especial no tocante ao sistema tributário, a pedra de toque da qual decorre toda a regência normativa.

Afirmar que a Emenda nº 20 não inovou no ordenamento jurídico é tornar sem efeito a atual redação § 9ª da Constituição Federal. É afastar por completo os elementos distintivos trazidos pelo dispositivo, passando a ser legítima a promoção de qualquer discriminação a partir da eleição de critérios estranhos a ele.

Inverte-se a ordem natural das coisas. A regra passa a ser a não

equiparação, quando, na verdade, esta deveria ser a exceção. Potencializa-se o artigo 145, § 1º, da Carta, mas ignora-se a vedação a tratamento distinto considerada ocupação profissional ou função exercida pelo contribuinte.

Não havendo espaço para emendas constitucionais explicativas, é imperioso destacar a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado conferido pela Lei nº 7.787/1989, considerada a inexistência de constitucionalização superveniente na experiência jurídica. Reitero o que veiculei quando do julgamento, no Pleno, do recurso extraordinário nº 390.840, de minha relatoria, acórdão publicado em 15 de agosto de 2006:

Em síntese, o legislador ordinário (logicamente não no sentido vulgar, mas técnico-legislativo) acabou por criar uma fonte de custeio da seguridade à margem do disposto no artigo 195, com a redação vigente à época, e sem ter presente a regra do § 4º nele contido, isto é, a necessidade de novas fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social pautar-se pela regra do artigo 154, inciso I, da Constituição Federal, que é explícito quanto à exigência de lei complementar. Antecipou-se à própria Emenda Constitucional nº 20, no que, dando nova redação ao artigo 195 da Constituição Federal, versou a incidência da contribuição sobre a receita ou o faturamento. A disjuntiva ou bem revela que não se tem a confusão entre o gênero receita e a espécie faturamento. Repita-se, antes da Emenda Constitucional nº 20/98, posterior à Lei ora em exame, a Lei nº 9.718/98, tinha-se apenas a previsão de incidência da contribuição sobre a folha de salários, o faturamento e os lucros. Com a citada emenda, passou-se não só a se ter a abrangência quanto à primeira base de incidência, folha de salários, apanhando-se de forma linear os rendimentos do trabalho pagos ou creditados a qualquer título, mesmo sem vínculo empregatício, observando-se o precedente desta Corte, como também a inserção, considerado o que surgiu como alínea b do inciso I do artigo 195, da base de incidência, que é a receita.

Como, então, dizer-se, a esta altura, que houve simples explicitação do que já previsto na Carta? É admitir-se a vinda à balha de emenda constitucional sem conteúdo normativo. É admitir-se que o legislador ordinário possa, até mesmo, modificar enfoque pacificado mediante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no que haja atuado, à luz das balizas constitucionais, como guardião da Lei Fundamental. Descabe, também, partir para o que seria a repriminção, a constitucionalização de diploma que, ao nascer, mostrou-se em conflito com a Constituição Federal. Admita-se a inconstitucionalidade progressiva. No entanto, a constitucionalidade posterior contraria a ordem natural das coisas. A hierarquia das fontes legais, a rigidez da Carta, a revelá-la documento supremo, conduz à necessidade de as leis hierarquicamente inferiores observarem-na, sob pena de transmudá-la, com nefasta inversão de valores. Ou bem a lei surge no cenário jurídico em harmonia com a Constituição Federal, ou com ela conflita, e aí afigura-se írrita, não sendo possível o aproveitamento, considerado texto constitucional posterior e que, portanto, à época não existia. Está consagrado que o vício da constitucionalidade há de ser assinalado em face dos parâmetros maiores, dos parâmetros da Lei Fundamental existentes no momento em que aperfeiçoado o ato normativo. A constitucionalidade de certo diploma legal deve se fazer presente de acordo com a ordem jurídica em vigor, da jurisprudência, não cabendo reverter a ordem natural das coisas. Daí a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

Ante o quadro, divergindo do Relator, dou provimento ao extraordinário, assentando inconstitucional a alíquota adicional de 2,5% estabelecida pelo § 2º do artigo 3º da Lei nº 7.787/1989, considerado o tratamento não linear conferido às entidades dele constantes em momento anterior à Emenda Constitucional nº 20/1998.