

ADONILSON FRANCO

ASMAHAN ALESSANDRA JAROUCHE

JOICE PELLIZZON DA FONSECA

JANAINA CRISTINA MAXIMO

AL. SANTOS Nº 1470, 4º ANDAR - CJS. 407/408/409

JARDINS – SÃO PAULO (SP)

CEP 01418-100

PABX: (11) 3266-8592

Fax: (11) 3266-8592

e-mail: franco@francoadvogados.com.br

www.francoadvogados.com.br

INSS – SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO – MAJORAÇÃO – EFEITOS NO TEMPO – (I)LEGALIDADE E (IN)CONSTITUCIONALIDADE

LEI 12254 (15.06.2010 – DOU 16.06.2010)

Em 16.06.2010 entrou em vigor a Lei 12254, a qual veio dispor sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social em 2010 e 2011. Essa lei, de 15.06.2010, veio reajustar em 7,72%, retroativamente a 01.01.2010, os benefícios previdenciários, como as aposentadorias (arts. 1º e 3º).

E, também, retroativamente a 01.01.2010, elevou o limite máximo do salário de contribuição para R\$ 3.467,40 (art. 2º) — antes de R\$ 3.416,54 (aumento de 1,49%).

Por outro lado, dispôs que para os benefícios majorados devido à elevação do salário mínimo em 2010, o referido aumento deverá ser compensado de acordo com as normas estabelecidas pelo Ministério da Previdência Social (art. 4º).

PORTARIA MPS/MF 333 (29.06.2010 – DOU 30.06.2010)

A primeira norma publicada pelo Ministério da Previdência Social em cumprimento ao disposto no art. 4º da Lei 12254, Portaria MPS/MF 333 (29.06.2010) dispôs que: a) os benefícios pagos pelo INSS serão reajustados a partir de 01.01.2010 em 7,72%; b) aqueles pagos em data posterior ao mês de fevereiro de 2009 serão reajustados de acordo com percentuais indicados em seu Anexo I; c) os benefícios majorados em decorrência da elevação do salário mínimo para R\$ 510,00, o aumento deverá ser descontado quando da aplicação do reajuste referido nas letras “a” ou “b”.

E, a partir de 01.01.2010, o salário-benefício e o salário-contribuição não poderão ser inferiores a R\$ 510,00 e nem superiores a R\$ 3.467,40.

Ainda a Portaria supra estabeleceu que a contribuição dos segurados-empregados, relativamente aos fatos geradores que ocorrerem **A PARTIR DA COMPETÊNCIA JANEIRO/2010**, será calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota, de forma não cumulativa, sobre o salário-contribuição mensal (art. 7º).

Ou seja, o reajuste dos benefícios previdenciários passaram a ser custeados pelo aumento do salário-contribuição, impondo aos empregadores o recolhimento das diferenças da Contribuição Previdenciário retroativamente a janeiro/2010.

O efeito dessa medida seria devastador não só por obrigar as empresas a recalcularem as folhas de pagamento desde janeiro/2010 a fim de refletir os novos descontos previdenciários, bem como por obrigá-las a refazer suas GFIPs e recolher as diferenças.

Esse o problema visível e direto. Indiretamente, as empresas já haviam calculado que três efeitos daí decorreriam em relação a seus empregados: a) alguns teriam que complementar os recolhimentos previdenciários; b) outros teriam tido recolhimentos adicionais indevidos; c) para outros o efeito da majoração do salário-contribuição seria nulo.

Mas não se limitava a isto: o IR-Fonte também sofreria o impacto desses reajustes já que o montante devido a título de Contribuição Previdenciária é descontado da base-de-cálculo do IR-Fonte de modo que, quanto maior a Contribuição, menor o IR-Fonte e vice-versa. Assim, de alguns trabalhadores teriam sido recolhido IR-Fonte a maior, de outros a menor e, de outros ainda, o efeito teria sido nulo.

No caso de desconto a maior, quem se intitularia a postular a diferença e buscar a devolução? Empregador ou empregado? E no caso de desconto a menor, haveria incidência de multa moratória? Quem assumiria esse ônus?

PORTARIA MPS/MF 408 (17.08.2010 – DOU 18.08.2010)

A Portaria MPS/MF 408 veio alterar a Portaria anterior estabelecendo que para efeitos fiscais o limite máximo do salário-contribuição (R\$ 3.467,40) incidirá a partir de 16.06.2010, dispensada a empresa que houver adequado suas contribuições (segurados empregado, doméstico e trabalhador avulso) aos novos limites a partir da competência janeiro/2010, de proceder à nova retificação da GFIP.

Por fim, determinou que a contribuição dos segurados empregado, doméstico e avulso, relativamente aos fatos geradores ocorridos **A PARTIR DE 16.06.2010** será calculada mediante aplicação da correspondente alíquota, de forma não cumulativa, sobre o salário-contribuição mensal.

EFEITOS

O resultado da publicação da Portaria 408 alterando a Portaria 303 que regulamentava novos valores para o teto dos recolhimentos previdenciários retroativamente a janeiro/2010 é que foram suprimidos tais efeitos dos recolhimentos fiscais a partir de 01.01.2010 e fixada a nova incidência a partir de 16.06.2010.

A nova Portaria 408 dispensou os empregadores, ainda, de retificar as GFIPs, cujo efeito importaria em reprocessar milhões de GFIPs pelo país afora para aplicar descontos retroativos nas folhas de pagamento dos trabalhadores a fim de refletir o novo desconto retroativo a janeiro/2010.

Obviamente a retroação dos efeitos seria inconstitucional e ilegal, a levar muitos empregadores (contribuintes) a buscar proteção no judiciário.

E donde vem essa data de 16.06.2010 a partir da qual é agora obrigatória a aplicação do novo salário-contribuição? Essa é a data de início de vigência da Lei 12254, publicada no DOU nesse referido dia.

Mesmo com o aparente ajuste promovido pela Portaria 408, remanescem ainda algumas questões relevantes:

- a) Em relação ao recolhimento de junho/2010, as empresas devem utilizar a antiga tabela até 16.06.2010 ou aplicar o novo reajuste a todo o mês de junho?
- b) A alteração do salário-contribuição modificou (CF, art. 195, § 6º) ou majorou (CTN, art. 97, II) tributo?
- c) O novo salário-contribuição poderia ser aplicado a partir de 16.06.2010 ou deveria ser aplicado somente a partir de 01.10.2010 (primeiro dia útil do mês subsequente aos 90 dias contados de 16.06.2010, data de publicação da Lei 12254) ¹?
- d) A nova lei (Lei 12254) seria auto-aplicável ou dependeria de regulamentação (conforme disposto em seu art. 4º)?
- e) Se dependente de regulamentação, então sua aplicação somente poderia ter lugar a partir de 01.01.2010 (primeiro dia útil do mês subsequente aos 90 dias contados de 30.06.2010, data da publicação da Portaria 333)?

¹ A CF, art. 195, § 6º, dispõe: “As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, ‘b’”.

O CTN, art. 97, dispõe: “Somente a lei pode estabelecer: II – a majoração de tributos ...

§ 1º - Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º - Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

- f) Ainda, se dependente de regulamentação, sua aplicação somente poderia ocorrer, alternativamente, a partir de 01.12.2010 (primeiro dia útil do mês subsequente aos 90 dias contados de 18.08.2010, data da publicação da Portaria 408)?

NOTA:

Observar que de 16.06.2010 a 01.01.2010 terá ocorrido transcurso de 168 dias, isto é, quase 6 meses!!!

Como sabido, de acordo com o princípio da Reserva Legal Tributária ou da Legalidade Estrita, previsto no art. 150, I da Constituição Federal, portaria não poder majorar tributos:

Nesse mesmo sentido, segue o entendimento do STF:

“princípio da reserva legal tributária e impossibilidade de criação de taxa por portaria ministerial: Inspeções do Ibama e Taxa. Deferida Medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI para suspender a eficácia do item 5.4 do anexo I da Portaria 62/2000, do Ministério do Meio Ambiente, que define os preços dos serviços administrativos do Ibama relativamente às inspeções para a importação/exportação de produtos (lagosta viva beneficiada, camarão, sardinha, atum, pargo, outras espécies, peixes ornamentais e outros aquáticos). O Tribunal reconheceu, à primeira vista, a plausibilidade jurídica da tese de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade estrita (CF, art. 150, I), porquanto tais inspeções são típicas do poder de polícia do Ibama, cuja remuneração deve ser feita mediante taxa instituída por lei” (STF – Pleno – Adin nº 2.247/DF – Rel. Min. Ilmar Galvão, decisão: 13-9-2000. Informativo STF, nº 202).

Todavia, ao analisar o caso específico dessas portarias verifica-se que estas estão amparadas pela Lei nº 12.254/2010, de 15/06/2010 – DOU 16/06/2010, que disciplina o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social em 2010 e 2011, conforme o exposto em seu art. 4º:

“Para os benefícios majorados devido à elevação do salário mínimo em 2010, o referido aumento deverá ser compensado no momento da aplicação do disposto nesta Lei, de acordo com as normas a serem estabelecidas pelo Ministério da Previdência Social.”

Desta forma, em princípio tais portarias não estariam majorando tributo, mas sim complementando a referida lei. Entretanto, é de se ressaltar que a Lei atribuiu ao Ministério a tarefa de fixar o novo salário-contribuição, cuja competência é do legislador ordinário e não do Ministro, representante de órgão do Poder Executivo.

A aplicação, no caso, do princípio da anterioridade nonagesimal previsto na Constituição Federal (art. 195, § 6º), e considerando a data da publicação da Lei nº 12.254 (16/06/2010), somente a partir de 14/09/2010 (isto é, 01/10/2010, primeiro dia do mês subsequente) é que poderia ser exigido esse aumento das empresas com reflexo nas folhas de pagamento. Porém, se analisadas também as datas das publicações das respectivas portarias, tem-se que para a Portaria MPS/MF nº 333, publicada no dia 29/06/2010 – a data para começar a ser exigida a majoração dos contribuintes seria 27/09/2010 (01/10/2010) e para a Portaria MPS/MF nº 408, publicada no dia 17/08/2010 – a data para começar a ser exigida a majoração dos contribuintes seria 15/11/2010 (01/12/2010), observando-se nesta hipótese, um interregno de 168 dias entre a data da publicação da lei (16/06/2010) e o término da contagem dos 90 (noventa dias) da data da publicação da última portaria e a sua exigibilidade (01/12/2010).

Se o judiciário entender que houve majoração ou modificação de base de cálculo por portaria, essa pretensão poderia vir a ser fulminada pelo STF.

Por fim, enquanto essas questões que precisam ser resolvidas pelo judiciário permanecem pendentes de definição, a menos que cada contribuinte ajuíze ação em nome próprio, uma postura ortodoxa aconselha que: a) relativamente ao recolhimento do mês de junho de 2010 as remunerações do dia 1º a 15 devem observar o teto máximo de R\$ 3.416,54 (tabela antiga); b) as remunerações de 16 a 30/06/2010, em diante, devem observar o teto máximo de R\$ 3.467,40 (tabela nova). Por essa perspectiva a contribuição previdenciária dos segurados somente observará esse novo valor em relação às remunerações cujos fatos geradores ocorrerem após 16/06/2010.

Cada empresa deve adotar o procedimento que melhor refletir seu entendimento, entretanto, as questões formuladas acima (letras “a” a “f”) só podem ser respondidas pelo Judiciário. Entretanto, há de se considerar que as majorações podem, conforme o entendimento judicial, estar sendo exigidas com antecedência de 168 dias, conforme acima evidenciado.

São Paulo, 31 de agosto de 2010.

Franco Advogados Associados

- Janaina Cristina Maximo, Advogada do Escritório Franco Advogados Associados, pós graduanda em Direito e Relações do Trabalho.
- Adonilson Franco, Advogado de Empresas; Pós-graduado em Direito Tributário; Professor no curso de Especialização em Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária (CEU); autor de temas tributários publicados na Revista Dialética, na Revista Tributária, Revista de Estudos Tributários e em diversos sites especializados; Titular do Escritório *Franco Advogados Associados e Consultores*, em São Paulo.