

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

## VERBAS TRABALHISTAS – EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVIDA AO INSS (20% SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTOS) – PRECEDENTES DE TRIBUNAIS SUPERIORES

### I – BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem decidindo ser indevida a incidência da Contribuição Previdenciária sobre alguns itens da folha de pagamento, a saber: a) 1/3 de férias; b) férias gozadas; c) primeiros 15 dias de afastamento por auxílio doença; d) auxílio acidente; e) período de afastamento de gestante, f) horas extras.

### II – FUNDAMENTOS – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Confirmam a ilegalidade da exigência do INSS sobre as rubricas acima, os julgados abaixo, juntamente com inúmeros outros aqui omitidos com o único intuito de evitar repetição desnecessária:

- i) Agravo Regimental no Recurso Especial 2008/0062261-8, Ministro Luiz Fux, 1ª Turma do STJ, o qual decidiu que o auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador não se sujeita à contribuição previdenciária uma vez que não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado no período. Essa decisão foi baseada em precedentes do mesmo STJ, a saber: Embargos de Declaração no Recurso Especial 800.024/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 10.09.2007; Recurso Especial 951.623/PR, Rel. Ministro José Delgado, DJ. 27.09.2007; Recurso Especial 916.388/SC, Rel. Ministro Castro Meira, DJ. 26.04.2007. No mesmo sentido, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009/0116280-4, Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma;
- ii) Agravo Regimental na Petição 2009/0067587-5, Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção. No incidente de uniformização de jurisprudência, Pet 7.296/PE, relatora Ministra Eliana Calmon, a 1ª Seção do STJ manteve a decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais no sentido de impossibilidade de se incluir na base de cálculo da contribuição previdenciária a parcela relativa ao terço constitucional de férias percebido pelo servidor público;
- iii) Agravo de Instrumento 200805000786574, Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma, com o seguinte entendimento: o período de afastamento da empregada em gozo de licença maternidade configura suspensão do contrato de trabalho, o que significa que a retribuição paga pelo INSS à trabalhadora constitui benefício previdenciário da mesma natureza que os proventos de aposentadoria ou auxílio doença. Seu valor não integra a folha de salários. A relação jurídica que vigora no período da licença maternidade abrange unicamente a previdência social e o segurado, daí a impossibilidade de responsabilização do empregador pelo pagamento da contribuição previdenciária. Da mesma forma, o afastamento do segurado por motivo de doença, bem como por motivo de acidente, aviso prévio indenizado. No mesmo sentido, Apelação em Mandado de Segurança 98919/CE, Relator Desembargador Federal Amanda Lucena, 4ª Turma.

São tantas as decisões que confirmam a desoneração do INSS sobre remunerações sobre as quais todas as empresas calculam e recolher (20% incidente sobre a folha de salários, parcela de responsabilidade da empresa), que nos limitamos a indicar apenas as principais.

O efeito prático disto é que essas incidências podem ser discutidas em juízo com razoável possibilidade de êxito. As empresas podem discutir apenas a exigência do INSS sobre a parte patronal (20%), não sobre a parcela do empregado porque sobre estas não têm titularidade. Mas é óbvio que a decisão favorável abran-

ge tudo, inclusive a parcela devida pelo empregado uma vez que declarada a ilegalidade da exigência do INSS sobre essas tais rubricas, nada se torna devido.

Aos itens “a” a “e”, acima, foi agora acrescida a discussão sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre horas extras (“f”). As empresas decidiram questionar a incidência também sobre horas extras depois de os tribunais superiores isentarem o terço de férias (item “a”, supra). O STJ vinha decidindo contra as empresas mas mudou seu entendimento depois de o Supremo Tribunal Federal (STF) analisar essa questão. Os ministros do STF decidiram em 2006 um recurso proposto pela Associação dos Servidores Públicos, concluindo que o terço de férias (denominado terço constitucional) não tem natureza salarial, portanto não se sujeitando à incidência das contribuições previdenciárias.

A partir daí as empresas têm entrado com ações na Justiça para suspender a cobrança e reaver o que já foi recolhido nos últimos 5 anos. Além disso, têm buscado no Judiciário cancelar o pagamento das contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento de empregados doentes ou acidentados e as horas extras, etc..

Inúmeras liminares têm sido concedidas para livrar as empresas do pagamento de contribuições sociais sobre as horas extras já que não têm natureza remuneratória para fins previdenciários.

O STF tem pendente um julgamento em caráter de repercussão geral que pode estabelecer, finalmente, o que deve ser considerado remuneração para fins previdenciários. Conforme seja, essa tese que afasta a contribuição previdenciária de inúmeros itens da folha de pagamento deverá ganhar força.

**NOTA:**

Observar que todas as empresas enquadradas no Simples não tem, em princípio, interesse nessa discussão pois recolhem a Contribuição Previdenciária juntamente com outros tributos e contribuições por uma alíquota única e, geralmente, no total, inferior a 20%.

### **III – DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS NOS ÚLTIMOS 10 ANOS**

Outro aspecto digno de nota é que o valor da contribuição previdenciária exigida pelo INSS e indevidamente cobrada dos empregadores pode ser pedida de volta retroativamente aos últimos 10 anos. Há argumentos consistentes para assim fazê-lo.

A explicação que permite entender isto é um pouco complexa, mas vamos tentar demonstrar isto:

- i) Em 09.06.2005 foi publicada a Lei Complementar 118 estabelecendo que o prazo da prescrição tributária é de 5 anos;
- ii) Entretanto, o STJ entendeu que os efeitos dessa LC 118 só valiam dali para a frente, de modo que dali para trás continuaria vigendo o direito retroativo aos últimos 5 anos (isto é, desde 09.06.95) já que o prazo de cobrança da contribuição previdenciária devida ao INSS sempre foi de 10 anos;
- iii) Somente em 20.06.2008 é que o STJ declarou inconstitucional dispositivo da Lei 8212/91 que autorizava o INSS a exigir a contribuição previdenciária por 10 anos (Súmula Vinculante nº 8);
- iv) Com a SV nº 8, o direito passado continuou preservado (isto é, desde 20.06.98) já que, então, confirmou a inconstitucionalidade da cobrança decenal feita pelo INSS;
- v) Considerando que estamos em 2010 e a prescrição, em razão de contagem residual do tempo por aplicação de ambas as normas jurídicas (LC 118 e SV nº 08) tem prazo inicial em 09.06.95 e 20.06.98, respectivamente, daí porque possível concluir que o direito retroage aos últimos 10 anos.

Supondo que numa hipótese extrema o judiciário não reconheça tal direito retroativamente aos últimos 10 anos, restam 5 anos a serem reavidos e que podem ser compensados com as contribuições previdenciárias futuras. Nada mal!

#### IV – MEDIDA JUDICIAL

Cabível, com efeito, Mandado de Segurança para afastar essa exigência que prossegue sendo feita sobre verbas que não tem natureza de prestação de serviços pelo empregado, portanto, sem caráter remuneratório ou contraprestacional.

**Atenção especial para o fato de que o direito aqui anunciado prescreve a cada mês. Portanto a urgência na decisão de ajuizar a ação aqui proposta tem que ser considerada como componente relevante do interesse de obter o máximo proveito desse direito.**

Considerar que, ante os precedentes julgados pelo STF e STJ, o juiz de 1ª instância tenderá a reconhecer o direito apresentado na ação, imediatamente.

#### V – DIREITOS ABRANGIDOS - EFEITOS

O reconhecimento judicial desse direito produz dois efeitos importantíssimos:

- a) direito de deixar de recolher ao INSS a contribuição previdenciária (20%) indevidamente exigida sobre a folha de pagamentos a partir da decisão (efeitos para o futuro), sobre: a) 1/3 de férias; b) férias gozadas; c) primeiros 15 dias de afastamento por auxílio doença; d) auxílio acidente; e) período de afastamento de gestante, f) horas extras;
- b) direito de compensar ou restituir o valor indevidamente exigido dos empregadores nos últimos 10 anos contados retroativamente da data da propositura da ação (efeitos em relação ao passado).

#### VI - PROPOSTA

**Ante a óbvia urgência, consulte-nos imediatamente. Temos forma de cobrança de honorários cujo custo de contratação e manutenção da ação reverterá em favor do nosso cliente assim que a ação for concluída, com êxito.**

**Observar que enquanto o direito de compensação/restituição poderá demorar alguns anos, já o direito de interrupção do pagamento em relação ao futuro será imediato. Assim, quer em relação ao direito de desonerar as folhas de pagamento futuras, quer sobre o direito de reaver o indevidamente recolhido sobre as folhas de pagamento já pagas, quanto mais rápida a apresentação do pedido ao Poder Judiciário maior o benefício porque ganha-se a redução da contribuição previdenciária (efeitos futuros) e, ao mesmo tempo, interrompe-se a prescrição (efeitos quanto ao passado).**

Atenciosamente,

Franco Advogados Associados.

São Paulo, 2 de setembro de 2010.



Franco Advogados Associados  
OAB-SP 87066