

Carneiro e Byun: Terço de férias e incidência previdenciária

Durante os dias de 21 a 28 de agosto de 2020, em Plenário Virtual por causa da Covid-19, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmava sua tese do Tema 985, por maioria de votos, que *"É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias"*.

Com as férias do empregado incide INSS da cota patronal.



A decisão se embasou na premissa de que há incidência

previdenciária quando o valor pago ao empregado possui caráter remuneratório e é feito com habitualidade. Observou, ainda, que a legislação previdenciária excetua a incidência de INSS somente na hipótese de indenização simples ou em dobro das férias e do seu terço constitucional.

Desde março de 2014, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já havia fixado a Tese Vinculante 479 no sentido contrário (de que 1/3 das férias é de natureza indenizatória e não gera recolhimento de INSS) e que vinha sendo replicada pelos Tribunais Regionais. Em 2016, o próprio STF negou repercussão geral ao Tema 908 que abordava a incidência de INSS cota empregado sobre o terço de férias por entender que se tratava de matéria infraconstitucional.

Todo esse cenário gerou efeitos na sociedade, deu tranquilidade e segurança às empresas na decisão de não inserir o 1/3 de férias na incidência de INSS e a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) deixou de recorrer de decisões que afastavam a incidência previdenciária sobre tal verba (Nota PGFN/CRJ/971-17).

Diante da decisão do STF do Tema 985, houve apresentação de embargos de declaração para questionar a modulação de efeitos, ou seja, a partir de quando começa a valer essa decisão?

O encerramento do julgamento dos embargos iria acontecer em 7 de abril de 2021, caminhando para uma modulação de efeitos (cinco ministros votando a favor e quatro Ministros, contra), quando o ministro Luiz Fux pediu destaque em julgamento para reanalisar os embargos, zerando a contagem dos votos e reiniciando o debate. É que o julgamento dos embargos ocorria em Plenário Virtual, e com o pedido de destaque, a discussão se reinicia em Plenário presencial. O STF retomou a sua atividade presencial em 7 de março de 2022 e ainda não há data para o julgamento dos embargos.



Ainda que seja importante o enriquecimento dos debates que o Plenário presencial permite, especialmente pela alteração brusca de uma questão que estava há muito pacificada, a situação de incerteza e a insegurança jurídica pela demora de uma definição deflagra um cenário pior para os contribuintes.

Não há definição se a mudança quanto à incidência previdenciária do terço de férias retroage ao período anterior à decisão do STF, gerando uma enorme dívida ao Fisco. Os Tribunais Regionais vêm aplicando a nova definição dada pelo STF para períodos anteriores à decisão e empresas tem recebido autuações da Receita Federal pelo mesmo motivo.

Em razão dessa situação, no início do mês de maio, houve pedido de suspensão nacional de todos os processos que discutem esse tema, contudo não houve decisão quanto à suspensão.

Além de ter previsão legal no Código de Processo Civil, a aplicação da modulação de efeitos vem sendo adotada pelo STF com o objetivo de garantir a segurança jurídica. Na decisão do ADC 58 em 2020, por exemplo, se decidiu pela aplicação do índice de correção monetária IPCA-e na fase pré-judicial e a Taxa Selic após o ajuizamento da ação para os processos em andamento e suspensos, mantendo-se a validade dos pagamentos que já foram feitos sob outros índices e decisões transitadas em julgado que definiam índices de correção monetária.