

Pencak e Aquino: Precedente em matéria tributária

01/09/2020

O Supremo Tribunal Federal, enfim, dirimiu as dúvidas em torno da incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, considerada inconstitucional pela corte. Esse caso, recente, possibilita a análise de fenômeno insistente no direito brasileiro: a recusa da Administração Pública em cumprir tese tributária fixada em repercussão geral [1].



A questão relativa ao salário-maternidade, que estava

pendente havia mais de dez anos, ganhou contornos constitucionais quando teve reconhecida sua repercussão geral em abril de 2008. A corte finalizou no último dia 5 de agosto o julgamento do RE 576.967, Tema 72 da Repercussão Geral. Acompanhado por outros seis votos, prevaleceu a tese proposta pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso: *"É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade"* [2].

O voto condutor do ministro Barroso possui dois fundamentos: I) o salário-maternidade tem clara natureza de benefício previdenciário, de modo que não se inclui no conceito de folha de salários, do artigo 195, I, "a", da Constituição porque não se trata de contraprestação pelo trabalho tampouco de ganho habitual da empregada. Sendo fonte alternativa de custeio da seguridade social, sua tributação deve ser implementada por lei complementar; II) a incidência de tal tributo viola frontalmente a isonomia, na sua dimensão de gênero, uma vez que desincentiva a contratação feminina. Há, portanto, inconstitucionalidade formal e material.

Em relação a este último ponto, destaca-se o seguinte trecho do voto condutor: *"É necessário, portanto, que o Estado não imponha quaisquer ônus adicionais a uma situação que já é, por si só, mais cara ao empregador, que não pode sofrer o desestímulo estatal para a contratação de mão de obra feminina"*. Se por um lado a decisão demonstra estar juridicamente amparada — seja à luz das normas brasileiras, da Constituição e dos princípios que regem o sistema de justiça, seja por dados empíricos que comprovam a inadequação da tributação —, por outro a Administração, expressamente, negou a atribuição de efeitos concretos do primeiro precedente

vinculante de que se tem notícia que aborda a tributação sob o viés da igualdade de gênero. Explicamos.

Dias depois do término do julgamento, a Receita Federal emitiu nota com os seguintes termos: *"Até que haja manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a decisão do RE 576967 possui efeitos apenas entre as partes"* [3]. A manifestação de que trata a nota é a dispensa de recurso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) nas hipóteses previstas no artigo 19 da Lei nº 10.522/2002, de modo que o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal se torna condicionado a um ato administrativo.

É importante, aqui, analisar o conteúdo do dispositivo mencionado. O artigo 19 da Lei nº 10.522/2002 afirma que *fica* a PGFN dispensada de recorrer — *de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos* — nas hipóteses definidas em seus incisos. Para o que nos interessa no presente artigo, destacamos o inciso VI, alíneas "a" e "b", incluídas pela Lei nº 13.874/2019, em que consta a dispensa de recurso nos casos em que *"o tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando a) for definido em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo"; ou "b) não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional"*.

Torna-se fácil concluir que a questão da não incidência da contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade está inserida no artigo 19, VI, alínea "a", uma vez que a alínea "b" traz opção alternativa, não se tratando de condição para a implementação da alínea anterior. Nesse ponto, acertou o legislador ao editar a Lei nº 13.874/2019, pois conferiu o mesmo tratamento às decisões em repercussão geral (inciso VI, do artigo 19), às decisões em recurso extraordinário em que o Senado tenha suspenso a execução do ato impugnado nos termos do artigo 52, X, da Constituição, às súmulas vinculantes e às decisões em controle concentrado de constitucionalidade (inciso V, do artigo 19).

Por outro lado, comete grande equívoco a Receita Federal ao editar a referida nota. O órgão sinalizou que, até que advenha ato da PGFN, continuará autuando os contribuintes que não vierem a recolher a contribuição previdenciária, em claro descumprimento de decisão judicial e da legislação vigente. Isso porque o artigo 19 da Lei nº 10.522/2002, a nosso ver, não condiciona a dispensa de recurso a qualquer ato administrativo, na hipótese dos julgamentos em sede de repercussão geral. Aqui, criou-se uma obrigação com eficácia plena para que a PGFN não recorra, que independe de qualquer norma que por ela venha a ser emitida, a despeito de eventual interpretação que possa ser conferida ao artigo 19-A, inciso III, da lei. De acordo com a Receita Federal, a máquina administrativa continuará se movimentando, às custas de dinheiro público, estimulando uma litigiosidade desnecessária em um sistema já abarrotado de processos, incutindo ônus financeiros altíssimos aos contribuintes, com a negação da aplicação do precedente aos milhares de casos concretos similares — precedente que a própria advocacia pública está obrigada a seguir por disposição legal.



Estamos, portanto, diante de situação em que o Estado-juiz decidiu por desonerar a mão de obra feminina, porém, o Estado-administrador se nega a garantir a efetiva aplicação da tese constitucional a todos os casos, e não apenas às partes, como pressupõe a sistemática da repercussão geral a que foi submetido o recurso. Parece necessário recordar — considerando o comportamento da Receita Federal diante de precedentes vinculantes favoráveis ao contribuinte — que a tese aprovada pelo STF não apenas é importante do ponto de vista da relevância social e econômica da matéria, mas também porque diz respeito a questão cuja controvérsia se repete em inúmeros processos, como pressupõe a própria lógica da repercussão geral como requisito de admissibilidade de recursos.

E o que ocorre em relação ao futuro? Como já constatamos, o posicionamento emitido pela Receita Federal significa que o órgão continuará a autuar os contribuintes em relação aos fatos geradores posteriores à conclusão do julgamento. Em outras palavras, os empregadores que deixarem de recolher a contribuição patronal sobre o salário-maternidade, desde 5 de agosto, aos olhos da autoridade administrativa, descumprirão a legislação tributária e serão, portanto, autuados para regularização do pagamento. Esse ato, além de subverter a lógica da teoria dos precedentes, aprimorada na Constituição de 1988, no CPC/2015, e também na Lei nº 13.874/2019, e significar descumprimento de decisão judicial, tem o efeito de impossibilitar a concretização do direito fundamental à igualdade de gênero.

E isso para quê? O Decreto 70.235/72, que regulamenta o processo administrativo fiscal, a partir de alteração promovida pela Lei nº 11.941/2009, que incluiu o artigo 26-A, em que o §6º, inciso I, afirma que os órgãos de julgamento administrativo devem deixar de aplicar lei que já tenha sido declarada inconstitucional *por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal*. Ou seja, a Receita autuará, e o contribuinte que optar por recorrer em via administrativa deverá ter reconhecido seu direito à não incidência pela Delegacia de Julgamento, que deverá reconhecer a inconstitucionalidade da norma.

Em um sistema em que se discute o princípio da praticabilidade administrativa, com a racionalização dos meios de fiscalização e cobrança, verificamos uma reiterada falta de racionalidade, quando a Administração Pública opta por criar ônus inconstitucionais aos contribuintes, com negativas de cumprimento de decisões do Supremo Tribunal Federal. Reiteramos, aqui, considerações feitas anteriormente relacionada à situação anti-isonômica criada por essa postura, uma vez que quando a decisão em repercussão geral é desfavorável ao contribuinte, não é possível que ele emita nota dizendo que não cumprirá o precedente por entender que só é aplicável às partes do processo. Então estamos diante de uma teoria dos precedentes em que a repercussão geral ora é abstrativizada, com efeitos vinculantes *e erga omnes*, via de regra de quando a tese vencedora é pró-Fisco, e ora é restringida, com efeitos que se limitam ao caso concreto, como nas situações por nós analisadas.

Portanto, diante de tal casuísmo, nossa dúvida permanece: para que e para quem serve um precedente em matéria tributária?



[1] Tal fenômeno ocorreu recentemente e foi por nós analisado em artigo de junho/2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/women-in-tax-brazil/stf-e-tributacao-da-tecnologia-19062020>.

[2] Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=25919>

[3] Disponível em: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/noticias/receita-federal/nota-sobre-a-decisao-do-stf-a-respeito-da-nao-incidencia-de-contribuicao-previdenciaria-sobre-salario-maternidade>.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-01/pencak-aquino-precedente-materia-tributaria/>