



Na Mídia

05/04/2019 | [Jota](#)

Dificuldade da RFB em desvincular aviso prévio indenizado da incidência de contribuições previdenciárias

Esperam os contribuintes que os mencionados entendimentos da Receita sejam revistos o mais breve possível

Marcello Pedroso e Rodrigo Blum



Quando se pensa se um determinado tributo incide sobre dado acontecimento no mundo fenomênico, fazendo com que nasça a obrigação tributária, deve-se atentar ao enquadramento do fato gerador à hipótese de incidência.

Orientado pelo princípio da legalidade, o direito tributário tem como principal característica a completa sujeição ao substrato da norma, à previsão normativa que discorre sobre o tributo que se visa analisar, ao que se denomina hipótese de incidência.

Por outro lado, quando se fala em fato gerador, estamos nos referindo a acontecimento do mundo prático que sofrerá tributação sempre que se enquadrar com precisão àquela previsão legal (hipótese de incidência).

No que tange às Contribuições Previdenciárias, mais precisamente a Cota Patronal de 20% sobre a folha de salários, destinada ao INSS, tem-se no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91 as diretrizes de sua incidência (hipótese de incidência).

Segundo o diploma legal (ou algum outro sinônimo, só para evitar a repetição) citado, a referida contribuição incide sobre o “total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma”.

Por meio da leitura literal desse artigo, vemos que sempre que se verificar no mundo fenomênico um fato gerador consistente no pagamento de remuneração, seja a segurado empregado ou a trabalhador avulso, mas sempre com objetivo de retribuir o trabalho prestado, o empregador deverá recolher ao INSS 20% da referida remuneração.

Visando orientar a interpretação do artigo citado à luz da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal (“STF”) julgou o Tema nº 20 de Repercussão Geral (RE nº 565.160), definindo que todo pagamento habitual deve ser submetido à tributação pela Contribuição Previdenciária.

Nesse cenário, toda vez que se verificar uma situação no mundo real em que haja pagamento habitual por contraprestação efetiva de trabalho, haverá pagamento de natureza remuneratória, a justificar a incidência da Contribuição Previdenciária. Portanto, de acordo com a mencionada jurisprudência, definiu-se que o fato gerador da Contribuição Previdenciária é o pagamento habitual de remuneração em contraprestação ao trabalho.

Como de costume no direito tributário/previdenciário, após julgamentos dessa magnitude, os contribuintes ingressaram no Poder Judiciário para buscar a constitucionalidade e a ilegalidade da tributação incidente sobre diversas rubricas/pagamentos efetuados pelos empregadores, sempre que por algum argumento se verificasse o descumprimento do binômio habitualidade + contraprestação efetiva de serviço.

Uma das rubricas contestadas judicialmente foi o Aviso Prévio pago na modalidade indenizada. Nessa hipótese, o empregador efetua um pagamento ao empregado que deixou de prestar serviço, sendo dispensado para procurar novo emprego.

Como decorrência lógica, não se cumpre com o fato gerador da Contribuição Previdenciária a partir do momento em que o empregado não recebe a verba em retribuição ao serviço prestado.

Tendo em vista o grande volume de ações judiciais sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) julgou o Recurso Especial nº 1.230.957, sob a sistemática de recurso especial repetitivo, tendo definido em 2014 pela não incidência da Contribuição Previdenciária sobre o aviso prévio indenizado em sua rubrica principal, mantida a incidência sobre os reflexos do aviso prévio indenizado.

Como não poderia deixar de ser, visando diminuir o altíssimo volume de processos judiciais no Brasil sobre o tema, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou a Nota Técnica nº 485/2016, por meio da qual autorizou a dispensa de recursos e contestações em ações que tratassesem da matéria.

Por seu turno, a Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 1.730/2017, alterando o texto da Instrução Normativa nº 925/2009, para que o aviso prévio não fosse mais computado, a partir da competência de junho de 2016, na base de cálculo das contribuições previdenciárias, exceto na base de cálculo das contribuições incidentes sobre o 13º salário.

Ainda no que concerne à Receita Federal, foram editadas as Soluções de Consulta COSIT nº 99.014/2016, 249/2017 e 362/2017 – com eficácia vinculante no âmbito da Receita Federal -, que seguiram a orientação do STJ para reconhecer a não incidência da Contribuição Previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, com exceção do 13º salário/gratificação natalina.

Porém, em que pese a aparente solidificação do entendimento da Receita Federal, os contribuintes se depararam no início deste ano de 2019 com quatro entendimentos no mínimo questionáveis do órgão do Ministério da Economia: as Soluções de Consulta COSIT nº 31/2019 e DISIT nº 1.003, 1.004 e 1.005, todas de 2019.

Por meio desses entendimentos, a Receita Federal reconheceu a não incidência das Contribuições Previdenciárias, destinadas ao INSS, sobre o aviso prévio indenizado, mas argumentou que o entendimento vinculante do STJ não alcançaria as Contribuições Sociais, destinadas às denominadas terceiras entidades.

O referido entendimento que beira até mesmo a má-fé esbarra em dois fatores fundamentais: (i) as Contribuições destinadas ao INSS e às terceiras entidades incidem sobre exatamente o mesmo fato gerador (pagamento habitual de remuneração em contraprestação a serviço); e (ii) os sistemas de apuração das Contribuições em questão (E-SOCIAL, GFIP, dentre outros) não permitem a segregação das rubricas declaradas, de forma que não é possível ‘optar’ pela incidência de uma delas em detrimento das outras.

Nesse cenário de surpresa e indignação, esperam os contribuintes que os mencionados entendimentos da Receita Federal sejam revistos o mais breve possível, de forma a evitar o início de Fiscalizações, a lavratura de autos de infração e a emissão de despachos decisórios que movimentarão indevidamente a máquina estatal e trarão ainda maior insegurança jurídica aos contribuintes brasileiros, corroborada pelo fato dos entendimentos da COSIT gozarem de eficácia vinculante (art. 9º da IN nº 1.396/2013)

Ainda assim, no caso de eventuais complicações possíveis nesse cenário de insegurança, sugere-se o ingresso no Poder Judiciário para o fim de obter a tutela da decisão proferida pelo STJ sob a sistemática repetitiva, de forma a afastar o entendimento equivocado da Receita Federal.

MARCELLO PEDROSO PEREIRA – sócio da área tributária do Demarest.

RODRIGO BLUM – associado da área tributária do Demarest.