RE nos EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.258.063 - CE (2011/0125512-9)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
RECORRENTE	:	FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO	:	HOSPITAL PRONTO SOCORRO INFANTIL LTDA
ADVOGADO	:	NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES E OUTRO(S) - SP128341

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. **TEMA 985/STF**. SOBRESTAMENTO.

DECISÃO

Trata-se de recurso extraordinário, interposto pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), com fundamento no art. 102, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (fl. 688):

> "DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. RESP 1.230.957/RS. SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. PRECEDENTES. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO.
>
> 1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do **REsp 1.230.957/R**S, de Relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, pelo rito previsto 110 art. 543-C do CPC. pacificou o entendimento no sentido da não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.
> 2. Não há falar em ofensa á cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal quando não haja declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por violados, tampouco afastamento desses, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte. Precedentes.
> 3. Agravo regimental da Fazenda Nacional desprovido."

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 670/683).

Nas razões do recurso extraordinário (fls. 717/728), sustenta a parte recorrente, em síntese, que está presente a repercussão geral da questão tratada e que o acórdão recorrido viola o disposto nos artigos 6º; 97; 195, *caput* e inciso I, alínea "a"; e 201, § 11, da Constituição Federal.

Alega que "o *órgão fracionário do Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma) não poderia ter afastado todo regramento normativo contido nas Leis n.*

*8.212/91 e n. 8.213/91, sem declarar a sua inconstitucionalidade sob o rito previsto no art. 97 da Constituição Federa*l" (fls. 724/725).

Quanto à matéria de fundo, suscita a União, em suma, malferimento do "*direito fundamental a um regime previdenciário equilibrado, a solidariedade do sistema e, incisivamente, a base de cálculo do salário contribuição aberta pela Carta Magna*" (fl. 723).

Afirma que é legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, em razão de que "*ao RGPS, por seu turno, importa o conceito de salário-de-contribuição, no qual estão incluídas todas as parcelas remuneratórias, sendo remuneratória também a própria natureza do terço de férias devido ao empregado celetista, auferido como um plus para que o trabalhador melhor desfrute seu período de descanso*" (fl. 720).

Dessa feita, segundo defende, "*o fato gerador da contribuição previdenciária é o exercício de atividade remunerada ou a prestação de serviços remunerados, isto é, basta que a relação existente entre o empregado e o tomador do serviço configure vinculo de trabalho remunerado, permanente ou temporário, formalizado ou não, para que reste configurada a hipótese de incidência da exação*" (fls. 720/721).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 737/747.

É o relatório.

Consoante se extrai dos autos, por força de decisão da lavra da eminente Ministra Laurita Vaz, no exercício da Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça (fls. 750/751), o presente recurso extraordinário foi sobrestado até o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do mérito do Recurso Extraordinário 593.068/SC (**Tema 163/STF**), ocorrido em 11/10/2018.

Da leitura do inteiro teor do referido acórdão, verifica-se que o Excelso Pretório firmou, sob a sistemática da repercussão geral, a tese segundo a qual **"Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como terço de férias, serviços extraordinários, adicional noturno e adicional de insalubridade.**"

Confira-se, por oportuno, a ementa do aresto:

> "**Direito previdenciário. Recurso Extraordinário com repercussão geral. Regime próprio dos Servidores públicos. Não incidência de contribuições previdenciárias sobre parcelas não incorporáveis à aposentadoria**.1. O regime previdenciário próprio, aplicável aos servidores públicos, rege-se pelas normas expressas do art. 40 da Constituição, e por dois vetores sistêmicos: (a) o caráter contributivo; e (b) o princípio da solidariedade.2. A leitura dos §§ 3º e 12 do art. 40, c/c o § 11 do art. 201 da CF, deixa claro que somente devem figurar como base de cálculo da contribuição previdenciária as remunerações/ganhos habituais que tenham 'repercussão em benefícios'. Como consequência, ficam excluídas as verbas que não se incorporam à aposentadoria. 3. Ademais, a dimensão contributiva do sistema é incompatível com a cobrança de contribuição previdenciária sem que se confira ao segurado qualquer benefício, efetivo ou potencial.4. Por fim, não é possível invocar o princípio da solidariedade para inovar no tocante à regra que estabelece a base econômica do tributo.5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: 'Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável

> aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno' e 'adicional de insalubridade.' 6. Provimento parcial do recurso extraordinário, para determinar a restituição das parcelas não prescritas." (RE 593068, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 21-03-2019 PUBLIC 22-03-2019)

Dessarte, com o julgamento definitivo do RE 593.068/SC, mostrou-se estreme de dúvidas que o Tema 163 de Repercussão Geral tem aplicação apenas aos feitos em que se discute a incidência de contribuição previdenciária sobre parcelas pagas aos servidores públicos, considerado o regime previdenciário próprio a eles aplicado.

A hipótese em tela, contudo, trata da incidência de **contribuição previdenciária patronal (Regime Geral da Previdência Social – RGPS)** sobre o terço constitucional de férias, matéria que se enquadra no **Tema 985** de Repercussão Geral, relacionado à **"Natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal"**, objeto do RE 1.072.485/PR, Rel. Min. Edson Fachin.

Em sendo assim, considerando que a questão ora em análise está abrangida no **Tema 985/STF** e que o mérito do aludido Recurso Extraordinário aguarda oportuno julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, impõe-se a manutenção do sobrestamento deste recurso, na linha dos precedentes abaixo:

> "Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Salário maternidade. Incidência de contribuição previdenciária. Inovação recursal. Impossibilidade. Terço constitucional de férias. Incidência de contribuição previdenciária. Repercussão geral reconhecida. Devolução dos autos à Corte de origem para a aplicação da sistemática da repercussão geral. 1. A matéria relativa à incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade não foi suscitada nas razões do apelo extremo. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos. **2. O Supremo Tribunal Federal, no exame do RE nº 1.072.485/PR-RG, reconheceu a repercussão geral do tema relativo à natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal.** 3. Agravo regimental não provido no tocante à incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade. 4. Devolução dos autos à Corte de origem para a aplicação da sistemática da repercussão geral em relação à incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias (Tema 985)." (ARE 1093427 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018)

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1.030, inciso III, do Código de Processo Civil, **determino a manutenção do sobrestamento** deste recurso extraordinário até a publicação da decisão de mérito a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do **Tema 985/STF** (Recurso Extraordinário 1.072.485/PR) da sistemática da repercussão geral.

Publique-se.
Intimem-se.

Brasília, 28 de março de 2019.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Vice-Presidente