



COGEAE – PUC/SP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

LEVI FERREIRA

INCONSTITUCIONALIDADE DO ADICIONAL DE 2,5%
DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL
DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

SÃO PAULO



COGEAE – PUC/SP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

LEVI FERREIRA

**INCONSTITUCIONALIDADE DO ADICIONAL DE 2,5%
DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL
DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direito Tributária, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário pela COGEAE – PUC/SP.

Coordenadora Assistente: Professora Iris Vania Santos Rosa

São Paulo - SP
Outubro de 2014

DEDICATÓRIA

Ao meu maior estímulo às lutas e minha constante alegria, minhas crianças, meus eternos amores, Evillyn, Emilly e Felipe.

À Euclésia minha amada esposa, companheira de todos os momentos, realizada mãe.

EPÍGRAFE

Não concordo com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-lo.

Voltaire

Escritor e pensador francês, 1694 - 1778

RESUMO

Neste singelo trabalho relativo a alíquota adicional de 2,5% sobre a quota patronal de contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários das chamadas Instituições Financeiras, fazemos uma breve incursão à evolução histórica da legislação pertinente e demonstramos, de maneira bem objetiva, que o entendimento predominante nas decisões judiciais de primeira e segunda instância é de que referido adicional teria fundamento de validade basicamente nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia, tendo em vista suposta maior capacidade contributiva de tais sujeitos passivos, o que justificaria o tratamento desigual. Na sequência, analisamos as mensagens legislativas contidas na legislação infraconstitucional, com foco no Plano de Custeio da Previdência Social e, principalmente, na Constituição Federal, buscando conhecer, compreender e interpretar sistematicamente tais mensagens e a elas atribuímos o sentido e alcance que pensamos comportar, expondo, por conseguinte, nosso entendimento contrário àquele que tem sido majoritariamente adotado pelo Judiciário e chegamos, ao final, com base em diversos fundamentos constitucionais que abordamos, à conclusão de que a exação objeto do nosso trabalho é inconstitucional.

ABSTRACT

In this paper, regarding the additional rate of 2.5% on the employer's quota of the social security, incident on the payroll of the called Financial Institutions, we make a brief foray into the historical evolution of the applicable law and we demonstrate, in a very objective way, that the prevailing understanding in the judicial decisions of first and second instance is that the referred additional would be validity basically on the principles of the fiscal capacity and the equitable tax treatment, considering the supposed greater fiscal capacity of these taxpayers, which would justify the unequal treatment. Following, we analyze the legislative messages in the constitutional legislation, focusing on the Funding Plan for Social Security and, especially, in the Federal Constitution, pursuing to know, understand and systematically interpret such messages and we ascribe to them the meaning and scope we think it should have, exposing, therefore, our understanding contrary to that which has been largely adopted by the Judicial Courts and we arrived, at the end, based on several constitutional grounds which we analyzed, at the conclusion that the exaction object of our paper is unconstitutional.

PALAVRAS-CHAVES

ADICIONAL – CONTRIBUIÇÃO – PREVIDENCIÁRIA

SUMÁRIO

EPÍGRAFE	4
RESUMO	5
ABSTRACT	6
PALAVRAS-CHAVES	7
SUMÁRIO	8
INTRODUÇÃO	9
1. NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO RELATIVA AO ADICIONAL DE 2,5% COBRADO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	11
3. DESRESPEITO AO CRONOGRAMA DO ARTIGO 59 DA ADCT	14
4. AS DISCUSSÕES ACERCA DO ADICIONAL DE 2,5% NO JUDICIÁRIO	16
5. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF	18
6. PRINCÍPIOS DO CUSTEIO	20
7. MAIOR CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NÃO EXPRESSA A ISONOMIA	22
8. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO TRIBUTO VINCULADO	24
9. A DESVINCULAÇÃO DE 20% DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS (OUTRAS) REFORÇAM O VINCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS	27
10. DESTINAÇÃO ESPECÍFICA DAS CONTRIBUIÇÕES	29
11. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS COM CUNHO ARRECADATÓRIO SEM LASTRO EM ESTUDO TÉCNICO E ATUARIAL	32
12. ANÁLISE SISTEMICA A PARTIR DA EC 20/98	35
13. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE	37
14. A JUSTIFICATIVA FUNDADA NA MAIOR CAPACIDADE CONTRIBUTIVA PARA COBRANÇA DA ALÍQUOTA DIFERENCIADA SÓ EVIDENCIA A VIOLAÇÃO À ISONOMIA	42
15. O § 9º DO ART. 195 DA CF/88 NÃO LEGITIMA A DISCRIMINAÇÃO	46
16. CONCLUSÃO	50
17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

Sem a pretensão de esgotar o assunto, abordaremos o adicional de 2,5% de contribuição previdenciária patronal das chamadas Instituições Financeiras, questão que a há muito se discute no Judiciário Brasileiro e que em breve deverá ser decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em Recursos Extraordinários, nos quais fora reconhecida a Repercussão Geral, sendo neles discutidos, respectivamente, períodos anterior e posterior à Emenda Constitucional nº 20/98.

Defenderemos o entendimento de que a alíquota de contribuição previdenciária precisa ser fixada pelo Plano de Custeio, precedida e embasada de estudos técnicos e atuariais que demonstram o quantum de contribuição é necessário para dar cobertura financeira aos dispêndios específicos da Previdência Social com os benefícios previdenciários, guardando uma correlação lógica entre os gastos gerados ao Sistema pelo sujeito passivo e a cobrança dele exigida, bem como que o valor pago deve refletir na mesma proporção nos benefícios.

Não abordaremos as questões acerca de verbas específicas vinculadas à “folha de salários” sobre as quais devam ou não haver incidência de contribuição previdenciária.

Muito embora entendamos que as Instituições Financeiras têm relevante importância no cenário econômico global e em particular no Brasil e que a solidez do Sistema Financeiro é do interesse de todos indistintamente, não adentraremos aqui em abordagens de cujo tipicamente econômico, pois pretendemos expor de maneira clara e objetiva o que entendemos ser, em última análise, o direito que as mensagens legislativas comportam.

Nesse desiderato, com base em em dispositivos constitucionais e legais e em ensinamentos de renomados doutrinadores, este trabalho irá concluir pela inconstitucionalidade do referido adicional, uma vez que, mesmo com o advento do § 9º do art. 195 da Constituição Federal, a discriminação prevista no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91 continua sendo arbitrária, na medida em que, em observância ao princípio da isonomia, tal regra não admite discriminação desarrazoada.

1. NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Sem previsão expressa no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional quanto a natureza jurídica das contribuições, o que é absolutamente normal, muito se discutiu em sede acadêmica e judicial sobre a Natureza Jurídica das Contribuições Sociais para a Seguridade social (artigo 195 da CF/88).

Várias teorias foram apresentadas e sustentadas sob os mais diversos fundamentos teórico-jurídicos até que o Supremo Tribunal Federal se manifestou pacificando o entendimento pela Natureza Tributária.

São diversos os julgados do STF reconhecendo a Natureza Tributária das contribuições sociais, mas especificamente quanto as contribuições sociais previdenciárias, com segurança, pode-se citar o RE 556.664-1/RS (DJe nº 216, Publicação 14/11/2008) pelo qual o Pleno do STF declarou inconstitucional os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/911 e, ao fazê-lo, reconheceu a “(...) natureza tributária das contribuições. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na constituição.”

Em decorrência, de forma indireta, a natureza tributária das contribuições sociais também é reconhecida na *Súmula Vinculante nº 8* do STF².

Atualmente, é pacífico na jurisprudência e na doutrina especializada a natureza jurídica das contribuições sociais previdenciárias, de tal sorte que carece de importância se alongar a respeito, sendo suficiente o resumido registro ora aqui inserto.

Assim se adequam ao conceito de tributo em decorrência de uma interpretação lógico-sistemática, respeitando-se a hierarquia constitucional e as regras gerais do pensamento jurídico sob adequada consideração jurisprudencial e taxonômica.

¹ Há outros julgados sobre o mesmo assunto e no mesmo sentido. Cite-se: RE 559.943 / RS - DJe-182, Public. 26/09/2008; RE 560.626-1 - DJe-232, Public. 05/12/2008.

² "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". Entende-se que, em virtude da natureza tributária das contribuições previdenciárias, aplica-se a elas o art. 146, III, 'b', da Constituição, segundo o qual somente lei complementar pode dispor sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO RELATIVA AO ADICIONAL DE 2,5% COBRADO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Antes de adentrar à evolução histórica da legislação, convém registrar que consideram-se Instituições Financeiras, conforme o Ato Declaratório Interpretativo nº 6, de 30 de julho de 2014, da Secretaria da Receita Federal, que (...) consideram-se instituições financeiras ou equiparadas as pessoas jurídicas citadas nos incisos I a XII do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Também antes de seguir à evolução da legislação, cabe chamar atenção para as precisas palavras do Eminentíssimo Prof. Paulo de Barros que escrevendo sobre a função objetiva da alíquota assevera que *“é por mantê-la constante, sob a forma de fração, ou por fazê-la progredir, continuamente, ou por degraus, que o legislador busca realizar e assegurar o princípio da igualdade tributária. É também por contê-la dentro de certos limites que a autoridade legislativa evita que a tributação ganhe ares de confisco.”*³

Ousaria destacar que o legislador busca realizar e assegurar o princípio da igualdade tributária, mas, na prática, há casos que o intento de assegurar a igualdade não se concretiza, como ocorre com o adicional objeto desse singelo trabalho.

Pois bem, passando à evolução legislativa, registre-se que o Decreto-lei 2.318 de 30 de dezembro de 1986 que dispunha sobre fontes de custeio da Previdência Social é que trouxe, pela primeira vez, a alíquota adicional, em seu art. 2º ao prever:

“Art 2º Fica acrescida de dois e meio pontos percentuais a alíquota da contribuição previdenciária, calculada sobre a folha de salários, devidos pelos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários e empresas de arrendamento mercantil”.

Anteriormente as contribuições previdenciárias eram regidas pela Lei Complementar 16/73, e por uma série de Leis e Decretos-leis, desde a Lei 159/35 e o Decreto-lei 65/37, até a Lei 7.135/83 e o Decreto-lei 2.102/83.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 23ª edição, 2011 p. 412/413.

Toda essa legislação foi consolidada pelo Decreto 89.312/84 que no art. 122 previa:

“Art. 122 A Previdência Social urbana é custeada pelas contribuições: (...)

VII – da empresa em geral:

a) 10% (dez por cento) do salário-de-contribuição dos segurados a seu serviço (...).”

Sobre essa alíquota de 10% é que foi acrescida a alíquota adicional de 2,5% pelo citado art. 2º do Decreto-lei 2.318/86.

Em seguida adveio a Constituição Federal de 1988 que instalou uma nova ordem jurídica, criando o contexto da seguridade social inserido na trilogia saúde, previdência e assistência social, prevendo no art. 195 os fatos geradores das contribuições sociais devidas pelas empresas (...), sem, obviamente, dispor especificamente sobre alíquotas.

Assim dispôs a CF/88:

Art. 195.....

I - do empregador (...) incidente sobre:

a) folha de salários (...)

Logo adiante, alterando as alíquotas veio a Lei 7.787/89 dispondo:

“Art. 3º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I - de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês ...

(...)

§ 2º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas nos incisos I e II, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo referida no inciso I.

Não só alterou a alíquota de 10% para 20% como manteve o adicional de 2,5%.

Em seguida veio a Lei 8.212/91 que no art. 22, na redação atual dada pela Lei nº 9.876/99 dispõe:

“Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

“I - vinte por cento 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, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).
(...)

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001).”

O adicional previsto no inciso III tem origem na Lei Complementar nº 84/96, regulamentada pelo artigo 2º do Decreto nº 1.826/96 (com relação aos pagamentos autônomos, avulsos. “pro labore”). A LC 84/96 foi revogada pela Lei 9.876/99.

3. DESRESPEITO AO CRONOGRAMA DO ARTIGO 59 DA ADCT

A exigência de alíquota adicional de 2,5% da Lei 7.787/89 não respeitou o cronograma estabelecido pelo legislador constituinte que no art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impôs um prazo segundo o qual *“os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício serão apresentados no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição ao Congresso Nacional, que terá seis meses para apreciá-los e, aprovados pelo Congresso Nacional, os planos serão implantados progressivamente nos dezoito meses seguintes.”*

Assim, somente depois de cumprido o cronograma, tendo sido estabelecidas as diretrizes gerais, os acompanhamentos e avaliações econômicas pautadas por proposta orçamentária lastreada em projeções atuariais é que poderia falar-se em fixação de alíquotas, quiçá majoradas. Todavia, não foi isso que aconteceu, ou seja, não houve obediência ao cronograma estabelecido no artigo 59 da ADCT e nem ao artigo 96 da Lei 8212/91 que prevê um horizonte temporal de, no mínimo, 20 (vinte) anos para as projeções atuariais.

Portanto, o que foi estabelecido no artigo 59 da ADCT e no artigo 96 (além dos artigos 7º e 8º) da Lei 8212/91 não foi observado e em 1989 vem a Lei 7787 prevendo: *“esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos, quanto à majoração de alíquota, a partir de 1º de setembro de 1989”* (art. 21).

Vale destacar, a seguridade social é composta de três áreas, saúde, assistência social e previdência social. Em consonância, a lei 8212/91, no, art. 6º institui o Conselho Nacional da Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com competência para (art. 7º) estabelecer as diretrizes gerais e as políticas de integração entre as áreas; acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e, dentre outras atribuições, aprovar e submeter ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamentos a proposta orçamentária anual da Seguridade Social.

E ainda, ao Conselho Nacional de Seguridade Social, dentro de 180 dias da sua instalação, adotar as providências necessárias ao levantamento das dívidas da União para com a Seguridade Social (art. 90).

E manda o art. 96 que *“O Poder Executivo enviará ao Congresso Nacional, anualmente, acompanhando a Proposta Orçamentária da Seguridade Social, projeções atuariais relativas à Seguridade Social, abrangendo um horizonte temporal de, no mínimo, 20 anos, considerando hipóteses alternativas quanto às variáveis demográficas, econômicas e institucionais relevantes”*.

Diante dessas diretrizes, parece claro que a Lei 7.787/89 não poderia prevalecer e impor a cobrança da alíquota adicional de 2,5%. Nesse sentido, são as palavras do prof. Wagner Balera:

“A majoração das alíquotas das contribuições previdenciárias – levada a efeito pela recente Lei Federal n. 7.787/89 – não atende ao perfil constitucional e histórico do tributo em estudo. Primeiro, por não atender ao cronograma estabelecido no art. 59 das Disposições Transitórias da Lei das Leis. Segundo, por não vir precedida da quitação – pela União – da sua dívida previdenciária o que, a meu ver, é pressuposto necessário à configuração de eventual déficit do sistema e conseqüente necessidade de modificação (criação, majoração ou extensão) dos tributos atualmente cobrados. Nem se diga que a majoração servirá para custear os novos benefícios e serviços criados pela Constituição Federal, pois também essas prestações estão condicionadas ao momento de eficácia da nova legislação, definido pelo mesmo art. 59 das Disposições Constitucionais Transitórias.”⁴

4 BALERA, WAGNER. SUPLEMENTO TRIBUTÁRIO. ANO XXV N. 48/89. EDITORA LTR. 1989. TRIBUTAÇÃO: SEGURIDADE SOCIAL E LEI 7.787/89, P. 2.

4. AS DISCUSSÕES ACERCA DO ADICIONAL DE 2,5% NO JUDICIÁRIO

Há tempos que as empresas – Instituições Financeiras – discutem no Judiciário a contribuição adicional de 2,5% sobre a “folha de salários”.

Ainda no ano de 1987, em coautoria, quantidade superior a uma centena de Instituições Financeiras propuseram uma ação declaratória contra a União Federal pleiteando obter a declaração judicial da inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto-lei 2.318/86 (de 30/12/86, publicado no D.O.U. em 31/12/86).

Em meados do ano de 1994 o caso foi julgado em 1ª Instancia, tendo a juíza concluído que o Sistema Tributário Nacional, na Constituição de 67, encontrava apoiado em Decretos-Leis e, no caso concreto, buscou-se o atendimento ao custeio dos encargos sociais, julgando improcedente o pedido das Instituições.

Curioso que desde aquela época o princípio da isonomia já era ponto controvertido nessa discussão, de um lado alegado pelas Instituições para fundamentar a inconstitucionalidade e, de outro, utilizado pela União Federal na defesa e pelo julgador para embasar a improcedência do pedido.

Assim, na referida decisão de 1ª Instancia a juíza assevera:

*“Ora, no caso, não me parece possível a acolhida da alegada inconstitucionalidade, por todos os motivos expostos e, também, pela **ausência de malferimento ao princípio da isonomia** que consiste, em síntese, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças, conforme pensamento já exposto por aristóteles, à sua época.”* (negritamos).

As decisões judiciais sobre a tese têm sido, quase sempre, desfavoráveis aos contribuintes, tanto é assim que são eles os recorrentes nos recursos que aguardam manifestação do STF.

Em poucos casos, no entanto, surgiram decisões reconhecendo a inconstitucionalidade da exigência, como constam dos seguintes exemplos específicos quanto ao adicional de 2,5%:

No âmbito do TRF3, a C. 5ª Turma, reconheceu a inconstitucionalidade da exigência, em acórdão relatado pelo ilustre Desembargador Federal André Nabarrete no Agravo de Instrumento nº 96.03.039679-6, e a C. 28 Turma, tendo sido Relatora a ilustre Desembargadora Federal Sylvia Steiner no Agravo de Instrumento nº 2000.03.00.031587-2.

Igualmente assim decidiram as C. 1^a, 2^a e 4^a Turmas do E. Tribunal Regional Federal da 2^a Região (REOMS nº 99.02.14109-9, AC nº 97.02.43185-9 e AMS nº 98.02.49123-3).

Em razão das decisões, no geral, desfavoráveis em 1^a e 2^a Instancias, os contribuintes recorreram ao Supremo Tribunal Federal, como veremos a seguir.

5. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF

No Supremo Tribunal Federal há dois Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida aguardando julgamento. O RE nº 599309 que envolve período anterior à Emenda Constitucional 20/98 e o RE nº 598572 que envolve período posterior à EC 20/98.

No Recurso Extraordinário (RE) nº 599309⁵ os ministros da Corte irão julgar processo sobre a definição da constitucionalidade de lei que, antes da vigência da Emenda Constitucional 20/98, que instituiu alíquotas diferenciadas relativamente às contribuições sociais.

O recurso foi interposto por uma Instituição Financeira contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) que julgou constitucional o artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei 7.787/89, que estabelece uma contribuição adicional de 2,5% incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês.

Neste RE, segundo o relator, Ministro Ricardo Lewandowski⁶, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alega-se, em suma, violação aos arts. 5º, caput e I, 145, § 1º, 150, II, 194, V, e 195, I e § 5º, da mesma Carta, sob o fundamento de que a exigência do referido adicional apenas de determinadas pessoas afronta os princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva, bem como o da seguridade social consistente na compatibilização entre o custeio do sistema e os benefícios por este assegurados.

Sustenta, ademais, a inconstitucionalidade da referida lei, ao argumento de que antes da vigência da EC 20/1998 não seria possível a instituição de alíquotas diferenciadas relativamente às contribuições sociais em função da atividade econômica exercida pelo contribuinte.

O Ministro Ricardo Lewandowski, relator de ambos os recursos, entende que a questão tratada nos autos não é idêntica, pois quanto ao RE nº 598572 embora no referido processo também se discuta a constitucionalidade de contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários pagos por Instituições Financeiras, trata-se de exação instituída nos termos do artigo 22, parágrafo 1º, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.876/99. Isto é,

⁵ Tema 470 - Contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários de instituições financeiras estabelecida antes da EC 20/98.

⁶ Informações públicas extraídas do voto do Ministro Ricardo Lewandowski ao manifestar-se pela existência de repercussão geral neste recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, combinado com o art. 323, § 1º, do RISTF.

conforme Lewandowski, esse tema envolve período posterior à EC 20/98, que autorizou a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas para as contribuições sociais do artigo 195 da CF em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva da mão de obra. Nesse contexto, as questões apresentadas podem ter soluções diversas.

Salvo algumas decisões de 1ª Instância e de Tribunais Regionais, a Jurisprudência tem sido contrária aos contribuintes nessa tese, tanto é assim que o mérito da demanda aguarda manifestação da Corte Suprema nos citados Recursos Extraordinários nos quais os contribuintes são os recorrentes.

Veja-se o entendimento da jurisprudência, a exemplo do acórdão recorrido no citado RE nº 599309, aplicando os princípios da isonomia e da capacidade contributiva como fundamento.

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FOLHA DE SALÁRIOS. ADICIONAL DE 2,5%. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 3º, § 2º, DA LEI 7.787/89. CONSTITUCIONALIDADE.

1. É constitucional a exigência da contribuição adicional de 2,5% (dois e meio por cento) à contribuição previdenciária de 20%, incidente sobre a folha de salários de instituição financeira, prevista no art. 3º, § 2º, da Lei 7.787/89, pois em consonância com os princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva (arts. 150, II e 145, § 1º, C.F.). Precedentes desta Segunda Turma e da E. Primeira Seção desta Corte.

2. Recurso desprovido (fl. 132)”.

No entanto, com a devida vênia, entendemos estar equivocada a fundamentação de “dar tratamento desigual aos desiguais” como suporte à aplicação dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva embasamento este dado às decisões desfavoráveis.

6. PRINCÍPIOS DO CUSTEIO

Meio que preparando, como se fosse um preambulo, por assim dizer, neste subtítulo abordaremos resumidamente alguns dos princípios atinentes ao custeio. Em outros tópicos abaixo, já mais contextualizado, adentraremos de maneira um pouco mais aprofundadas a alguns deles.

Nosso empenho, ao abordar os princípios, parafraseando o Mestre Paulo de Barros⁷, busca conhecer o direito e, em última análise, compreendê-lo, interpretá-lo, conferir conteúdo, sentido e alcance à mensagem legislada, análise sistemática esta indispensável à fundamentação das significações que construímos e aqui queremos demonstrar no tocante ao adicional da contribuição previdenciária patronal das Instituições Financeiras.

Equilíbrio Financeiro e Atuarial. A regra da Contrapartida. O Artigo 195, § 5º, da CF/88, ao prever que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, mesmo sem prever expressamente, acabou por estabelecer um princípio determinante de toda sistemática da seguridade social, pois opera conceitos atuariais que impõe a observância de um **equilíbrio financeiro e atuarial** do sistema do qual toda criação, instituição, majoração ou extensão de benefícios e serviços deve estar previamente lastreada em verbas previstas no orçamento.

Equidade na forma de participação e custeio. É sinônimo de equilíbrio na forma de participação no custeio. O fundamento para este princípio tem sido a capacidade econômica do contribuinte, embora com esta não se confunda porque “*na equidade no custeio a ideia relacionada é a da proporcionalidade.*”⁸

Existem princípios Constitucionais que são verdadeiros princípios da Seguridade Social (parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal): universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; Diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial dos trabalhadores, empresários e aposentados.

Princípio da Solidariedade – consistente num sistema de caráter contributivo: é dever de toda sociedade verter suas contribuições sociais, de forma direta e indireta, mediante

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Artigo, Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito. Disponível no site do IBET: www.ibet.com.br – acessado dia 10.06.2014.

⁸ BALERA, Wagner. MUSSI, Cristiane Miziara. Op. cit. p. 43.

recursos provenientes dos orçamentos da União, Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.

A Previdência Social, portanto, como uma das vigas mestras do Sistema de seguridade Social tem por base o primado do trabalho e como objetivos a serem alcançados o bem-estar e a justiça sociais.

Como é cediço a Previdência Social cobre os riscos previstos em Lei mediante contribuição na conformidade com o imperativo da Regra da Contrapartida. A Justiça Social somente será alcançada mediante igualdade de direitos e deveres. Mediante a igualdade relativamente aos trabalhadores e empregadores.

Todo trabalhador empregado tem mensalmente descontado em folha o percentual de 8, 9 ou 11% de seus rendimentos respeitando-se o teto do salário de contribuição vigente. Todo empregador tem o benefício ou vantagem indireta, qual seja a tranquilidade decorrente da cobertura posta a favor de seu trabalhador, no entanto, há diferença no percentual a contribuir sobre uma idêntica base de cálculo. Disso decorre, segundo entendemos, uma desigualdade social, uma injustiça social, uma iniquidade na forma de participação no custeio, o que passamos a discorrer, focando a contribuição adicional de 2,5% imposta às chamadas Instituição Financeiras.

7. MAIOR CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NÃO EXPRESSA A ISONOMIA

Sabe-se que a suposta maior capacidade contributiva das chamadas Instituições Financeiras tem sido o fundamento utilizado pelo Judiciário nas decisões contrárias à tese de tais contribuintes, no que tange ao adicional em comento. Sob este entendimento estar-se-ia dando tratamento desigual para haver isonomia.

Com a devida vênia, discordamos disso. No que se refere às contribuições para a seguridade social, não destinada a previdência social, como PIS, COFINS, CSLL, entendemos ser bastante discutível a aplicação do princípio da capacidade contributiva de modo a justificar cobrança com alíquota maior de um determinado contribuinte, como de fato acontece.

No entanto, em relação a contribuição previdenciária defendemos que definitivamente não se aplica o princípio da capacidade contributiva previsto no art. 145 da Constituição Federal como se tratasse de imposto, como tem sido aplicado. Veja-se:

“Art. 145, § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.” (g.n.).

Conforme leciona o Prof. Paulo de Barros, *“tornar efetivo o princípio da capacidade contributiva relativa ou subjetiva quer expressar a repartição do impacto tributário, de tal modo que os participantes do acontecimento contribuam de acordo com o tamanho econômico do evento.”*⁹

No caso do adicional de 2,5% em comento, defendemos que há uma desigualdade justamente porque, segundo entendemos, “o tamanho econômico do evento” deve ser mensurado, logicamente que pela base de cálculo e alíquota, mas limitado ao quantum representa o motivo justificador da contribuição.

Em outras palavras, trata-se de contribuição previdenciária e a materialidade da hipótese de incidência se vincula e deve ser mensurada em proporção à atuação estatal

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método, 4ª edição, revisada e ampliada, editora Noeses, 4ª edição, 2011, p. 333.

mediata ou indiretamente referida. Sendo iguais, como de fato são, os benefícios previdenciários para todos os contribuintes e/ou segurados, não se justifica maior alíquota.

Assim, tendo em vista que a contribuição existe e é cobrada justamente para dar cobertura financeira ao sistema de previdência social, uma vez fixado pelo Plano de Custeio a alíquota, patronal no caso, tal alíquota deve ou deveria ser igual para todo empregador ou entidade a ele equiparada. Jamais poderia haver uma alíquota maior para alguém ou para um determinado setor econômico fundada em suposta maior capacidade contributiva.

Nesse contexto, sustentamos que a cobrança do referido adicional em verdade afronta a isonomia prevista o art. 5º, caput, c/c art. 150, II, da Constituição Federal, pois de concreto há uma verdadeira desigualdade de tratamento, o que somente poderia ocorrer se houvesse correlação entre os custos gerados ao sistema de Seguridade Social, mais especificamente à previdência social, por parte do sujeito passivo da exação e o valor devido a título de contribuição.

Ressalte-se, não há correlação entre o dispêndio gerado ao sistema previdenciário e a exação, nem benefício maior ao sujeito passivo – Instituição Financeira – nem diferença nos benefícios a que tem direito os empregados da Instituição Financeira. Com isso, pode-se afirmar com segurança que a alíquota majorada é um tributo “souto”, isto é, sem qualquer destinação que a justifique.

8. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO TRIBUTO VINCULADO

O Mestre Geraldo Ataliba em sua magistral obra “*Hipótese de Incidência tributária*”¹⁰ abandonando critérios não jurídicos na apuração das espécies tributárias, apegando-se ao critério puramente jurídico, delineando seu raciocínio a partir da consistência do aspecto material da hipótese de incidência, classificando-o em fato consistente numa atividade do poder público ou consistente num fato ou acontecimento inteiramen

te indiferente a qualquer atividade estatal, chegou à clássica divisão dos tributos em vinculados e não vinculados.

Corroborando com esses valiosíssimos ensinamentos, levando-se em conta o específico objeto do estudo de ora, isto é, a contribuição incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho no âmbito das instituições financeiras, tomando como base os riscos cobertos segundo a previsão trazida pelo artigo 201 da constituição federal, para os quais empregadores e trabalhadores contribuem, parece ser, pois, de todo coerente considerar que, ainda hoje, tais contribuições merecem e devem ser consideradas espécie de tributo vinculado.

Destaque-se que a **Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações** de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, **destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social** (CF/88, art. 194).

Há que se levar em conta que para ter acesso aos direitos relativos à saúde e à assistência social não se exige contribuição direta. Ao contrário, **aos direitos previdenciários somente tem direito, nos termos da lei, quem contribui.**

Portanto, somente faz sentido entender-se que a contribuição previdenciária é sim vinculada ao custeio exclusivo dos benefícios previdenciários.

Note-se que a constituição proíbe a criação, majoração ou extensão de qualquer benefício sem a correspondente fonte de custeio total (§ 5º, art. 195 CF/88).

A Seguridade Social é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta (diz-se forma indireta o repasse de recursos oriundos dos orçamentos fiscais da União, Estados, Municípios e Distrito Feral, e forma direta o financiamento oriundo das contribuições sociais de seguridade social).

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Malheiros Editores, 6ª Edição, 8ª Tiragem, 2006, Passim.

No concernente a Saúde não há vinculação direta entre os recursos vertidos e os benefícios postos à disposição. Toda a sociedade contribui para toda a sociedade usufruir. Não há beneficiários distintos pelo fato de serem contribuintes, nem excluídos pela ausência de contribuição. A Saúde é direito de todos e dever do Estado.

De igual sorte, a Assistência Social independe também de contribuição (direta). Para gozar dos benefícios ou serviços, qualquer pessoa que atenda aos requisitos da lei pode ser beneficiária independentemente de contribuição (direta).

Na seara previdenciária o contribuinte é compulsoriamente vinculado ao sistema e a ele passa a verter suas contribuições nos parâmetros legais pelo simples fato de auferir rendimentos do trabalho ou também porque assim optou facultativamente. Há uma vinculação entre as contribuições ou condições de segurado e os correspondentes benefícios ou serviços que passa a ter direito ou expectativa de direito. É a ocorrência prática da citada regra da contrapartida.

Destarte, pela finalidade própria do Direito Previdenciário, estabelecida a relação jurídica previdenciária entre os segurados, seus dependentes e a Previdência Social, quando estes (segurados e dependentes) se deparam com aquelas situações previamente selecionadas pela legislação previdenciária, de tal sorte que se acham em situação de necessidade social em decorrência de impossibilidade de prover a própria subsistência, o Estado, através da Previdência Social, é chamado a prestar-lhes amparo através dos benefícios pecuniários ou dos serviços.

Em se tratando da contribuição do empregador, entende-se que, modernamente, este tem especial interesse no bem-estar de seus empregados.

Nesse sentido, o Insigne Professor Wagner Balera defende que:

“o empregador acaba por se beneficiar dessa vantagem proporcionada ao trabalhador, pois é por meio dela que o obreiro adquire segurança quanto à situação física, mental e financeira de sua própria pessoa e de seus dependentes. Assim no presente como no futuro. É óbvio que essa segurança colabora numa maior performance do obreiro por força de mecanismos psicológicos que não cabe ao jurista perscrutar, mas que saltam à vista.”¹¹

O adicional de 2,5% de contribuição objeto do estudo de ora, não tem referibilidade direta com o empregador sujeito passivo da obrigação tributária, nem tem qualquer

¹¹ BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1989. p. 53.

contrapartida em benefício ao trabalhador ou seus dependentes. É justamente esta a razão que entendemos infringir a previsão contida no § 5º do art. 195 da CF/88.

Nessa planura, convém valer-se das lições do Professor e Procurador Federal, Hermes Arrais Alencar, Chefe da Procuradoria Especializada do INSS, que assim assevera:

“A avaliação atuarial existente no fator previdenciário objetiva determinar os recursos necessários para garantir o deferimento de benefícios futuros. E tem previsão e amparo na Norma Maior da Federação, art. 201, (...) desde a EC nº 20/98 (...).”¹²

“No cálculo, utiliza-se do coeficiente fixo de 0,31, que corresponde à alíquota contributiva máxima do empregado, 11%, somada à alíquota contributiva do empregador, de 20%. Esse coeficiente é sempre 0,31, (...) ainda que se trate de empregado de instituição financeira, hipótese na qual a cota patronal é de 22,5% (situação que, somada a alíquota contributiva máxima do segurado, 11%, ensejaria 33,5%), a alíquota do FP é sempre 0,31.”¹³

¹² ALENCAR, Hermes Arrais. Cálculo de Benefícios Previdenciários - Regime Geral de Previdência Social – Da Teoria à Prática. São Paulo, Editora Atlas, 2009, p. 178.

¹³ ALENCAR, Hermes Arrais. op. cit., pg. 166.

9. A DESVINCULAÇÃO DE 20% DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS DE IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS (OUTRAS) REFORÇAM O VINCULO DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

A Emenda Constitucional nº 27 de 21 de março de 2000 (DOU de 22/03/2000) acrescentou o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União.

A EC 27/00, art. 1º, inclui o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a seguinte redação:

"Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais." (AC).

O Professor José Marcos Domingues, em artigo intitulado Contribuições Sociais Desvinculações Prescritas por Emendas Constitucionais, assim se manifestou:

"o que se vê da leitura das emendas constitucionais tributárias parece um festival de inconstitucionalidades na medida em que elas violam o espírito constitucional originário (...). Ora, como se pode pensar em desvincular contribuições? Pois a única característica que distinguiria no Brasil os impostos das contribuições é precisamente a finalidade, a destinação especial prevista no corpo permanente da Constituição (...)." ¹⁴

Para o Ilustre Professor Paulo Ayres Barreto, a desvinculação do produto da arrecadação de contribuição viola, dentre outras normas constitucionais,

"a garantia de que o montante dele (contribuinte) cobrado a título de contribuição seja exclusivamente aplicado nos fins que deram causa à instituição... e suprime a garantia individual do contribuinte de só se sujeitar ao pagamento de contribuição se, e somente se, o destino do montante exigido for integralmente utilizado nos fins que justificaram

¹⁴ DOMINGUES, José Marcos. Artigo intitulado "Contribuições Sociais Desvinculações Prescritas por Emendas Constitucionais", in Revista Dialética de Direito Tributário nº 193, Outubro 2011.

*a criação do tributo.*¹⁵

Em julgamento da ADI nº 2925-8 o então Ministro Sepúlveda Pertence do STF asseverou que a constituição, “*com relação a certa contribuição, impõe a aplicação total do produto de sua arrecadação, nas suas finalidades constitucionais.*”

Essa desvinculação diz respeito à COFINS, PIS e CSLL e vem sendo reiteradamente prorrogada por Emenda Constitucional, sendo que atualmente aguarda julgamento pelo STF o RE 566007 pelo qual a empresa Recorrente pede o reconhecimento da inconstitucionalidade da desvinculação.

De se ver que as contribuições previdenciárias, muito embora também sejam contribuições sociais, não são atingidas pela referida desvinculação por expressa vedação constitucional, verbis:

CF/88- Art. 167. São vedados:

(...)

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela EC nº 20, de 1998).

¹⁵ BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições, Regime Jurídico, Destinação e Controle. 2ª Edição, 2011, Editora Noeses, p. 165.

10. DESTINAÇÃO ESPECÍFICA DAS CONTRIBUIÇÕES

Considerando não ser o foco desse trabalho, acima tecemos somente sucinta abordagem relativa a classificação da contribuição objeto do nosso trabalho, sem a pretensão de aprofundar a análise na fértil discussão sobre a classificação dos tributos, o que certamente conglobaria a questão da destinação.

Assim, igualmente sem esgotar o assunto, neste ponto discorreremos sobre a destinação com vistas a enfatizar o entendimento de que “o vocábulo ‘destinado’ é empregado no sentido de previsão de o produto da arrecadação ter finalidade constitucional específica.”¹⁶

Para Paulo Ayres não basta perpassar a finalidade ou causa que enseja a incidência ou aumento de contribuição, mas impõe-se um

*“efetivo controle do produto da arrecadação. Não fosse o produto da arrecadação objeto de um estrito controle, estaríamos diante de uma condicionante que, verdadeiramente, nada condicionaria. Se a finalidade legítima a contribuição, é crucial o controle do produto do destino de sua arrecadação. A relação é de causa e consequência.”*¹⁷

Oportuno trazer à colação os ensinamentos de Estevão Horvath, citado por Paulo Ayres, segundo o qual:

*“a regra matriz de incidência propriamente dita, no caso das contribuições, tem como condição de sua validade: a) a existência de uma finalidade constitucionalmente prevista que justifique sua criação, e b) que preveja expressamente a destinação do produto de sua arrecadação. Ou, se quiser, há duas normas de estrutura (ou de competência) que estão a condicionar a validade das contribuições e, conseqüentemente, a validade da respectiva regra-matriz de incidência.”*¹⁸

Nas claras e precisas lições da Professora Fabiana Del Padre Tomé:

“O constituinte utilizou como critério classificatório das

¹⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Artigo, Classificação dos Tributos (uma visão analítica). Disponível no site do IBET. www.ibet.com.br acessado dia 21.05.2014.

¹⁷ BARRETO, Paulo Ayres. op. cit. p. 156.

¹⁸ BARRETO, Paulo Ayres. op. cit. p. 158.

contribuições a sua finalidade, a qual deve ser implementada por meio da destinação do produto arrecadado, devendo esta ser rigorosamente observada pelo legislador infraconstitucional no momento da instituição das indigitadas contribuições e, também, pela Administração Pública, quando da sua efetiva aplicação.

(...)

O destino do produto da arrecadação dos tributos é critério relevante para aferir sua constitucionalidade.”

(...)

entendemos que o contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não seja destinada, no plano normativo ou no fático, ao custeio das atividades constitucionalmente prescritas.”¹⁹

Nessa contextura, consolidando o caráter vinculativo das contribuições, a Lei n. 11.457/2007, art. 2º, que transferiu do INSS para a Receita Federal do Brasil a competência para planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição. (Vide Decreto nº 6.103, de 2007).

“Art. 2º, § 1º: O produto da arrecadação das contribuições especificadas no caput deste artigo e acréscimos legais incidentes serão destinados, em caráter exclusivo, ao pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social e creditados diretamente ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social” (art. 68 da Lei Complementar nº 101/2000).

E veja que a alíquota adicional de 2,5% não escapa à destinação exclusiva acima referida, conforme se vê a seguir:

Lei 8.212/91, art. 11:

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

- a) **as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;**
- b) as dos empregadores domésticos;
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

Anteriormente já dispunha também o artigo 201, § 11, CF, com redação dada pela

¹⁹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. Artigo: O destino do produto da arrecadação como requisito constitucional para a instituição de contribuições. Disponível no site do IBET: www.ibet.com.br - acessado dia 10.06.2014.

EC 20/98 que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

O comando do § 11 do art. 201, muito embora fale da repercussão dos ganhos da pessoa física em benefícios, a nosso ver, também alcança a contribuição patronal que tem a mesma destinação, incide sobre verbas de mesma natureza, e igualmente fazem parte do cálculo do valor do benefício, como mencionado acima.

O STF, instado a se manifestar na ADI 2.010 DF, relativamente a possibilidade de cobrar contribuição previdenciária de Servidor Público Inativo, assim asseverou:

“O Regime Contributivo é, por essência, um Regime de Caráter Eminentemente Retributivo (...).

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência e caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício.

A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição.

(...)

A Contribuição de Seguridade Social Possui Destinação Constitucional Específica.

A Contribuição de Seguridade Social não só se qualifica como modalidade autônoma de tributo (RTJ 143/684), como também representa espécie tributária essencialmente vinculada ao financiamento da seguridade social, em função de específica destinação constitucional.”

Nessa linha, também já assentado o STF no RE nº 138281-9/CE (D.J. 28/08/92), tendo sido Relator o então Min. Carlos Velloso, que tratando-se

“de receita vinculada a finalidade específica, os recursos provenientes da contribuição serão, necessariamente, repassados para o órgão responsável pela administração financeira da seguridade social e integrará o seu orçamento como manda a Lei maior.”

11. ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS COM CUNHO ARRECADATÓRIO SEM LASTRO EM ESTUDO TÉCNICO E ATUARIAL

O delineamento do sistema de seguridade social ganhou força com o advento da constituição federal de 1988 ao estabelecer no art. 194 que *“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à seguridade social.”*

Ao custeio a Constituição deu a função essencial de dar equilíbrio financeiro e atuarial à previdência social, dentro da lógica do Estado de Direito que impõe a necessidade de controle sobre os ingressos tributários e os gastos da Fazenda.

A Constituição não previu as alíquotas das contribuições à seguridade social (em particular a previdenciária), mas estabeleceu no art. 195 (a) folha de salários (...) (b) a receita ou faturamento e (c) o lucro como bases de incidências, bem como colacionou no art. 201 os riscos sociais cobertos, para os quais é (ou deve ser) destinado o produto da arrecadação previdenciária.

O art. 80 do Plano de Custeio – Lei 8.212/91 - obriga o INSS a disponibilizar *“informações atualizadas sobre as receitas e despesas do regime geral de previdência social, bem como os critérios e parâmetros adotados para garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do regime.”*

No entanto, como vimos, para as Instituições Financeiras a alíquota foi majorada de 20% para 22,5% sem demonstrar os estudos técnicos e atuariais que justificariam essa majoração. É certo que a Carta Política assegurou uma série de direitos e garantias individuais importantíssimos. Cite-se a garantia de benefício previdenciário de um salário mínimo ao trabalhador rural, segurado especial, independentemente de contribuição. Sabe-se dos desvios de finalidade que o próprio governo deu a verbas da previdência social, sem devolução dos valores utilizados. Atualmente há a desvinculação pela denominada DRU e tantos outros exemplos de desvios (fraudes) que prejudicaram o caixa seguridade social, em particular da previdência social.

No anseio de melhorar as contas da seguridade social, em particular da previdência social, o governo engendrou esforços para alterar a legislação tributária e para alterar os benefícios previdenciários.

Com supedâneo no § 4º do art. 195 da Constituição que diz que *“a lei poderá*

instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”, ou seja, poderá instituir outras fontes através de Lei Complementar, foi aprovada a Lei Complementar nº 84/96, regulamentada pelo artigo 2º do Decreto n.º 1.826/96 (com relação aos pagamentos autônomos, avulsos e “pro labore”), posteriormente revogada pela Lei Ordinária nº 9.876/99 (Lei que criou o chamado “Fator Previdenciário”), que deu a atual redação ao art. 22 da Lei 8.212/91.

Ainda a título de exemplo pode-se citar a Lei 9.718 de 27 de novembro de 1988 *“relativamente às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de que tratam o art. 239 da Constituição e a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, ao Imposto sobre a Renda e ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários – IOF.*”

Notório a todos, especialmente a quem milita da seara tributária, de que citada lei adveio com indiscutível cunho arrecadatório, sobretudo no que ficou conhecido como alargamento da base de cálculo, como dispunha em seu art. 3º, posteriormente declarado inconstitucional.

A sanha arrecadatória continuou e poucos dias depois da criação da lei 9.718/98 foi aprovada a tão propalada Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988, que, dentre outras coisas, aumentou o tempo para aposentadoria por tempo de contribuição, passando, para o homem de 30 para 35 anos e para a mulher de 25 para 30 anos.

E ainda, além do maior tempo de contribuição, tentou estabelecer idade mínima também como requisito à aposentadoria por tempo de contribuição. Como, por uma má redação do texto da Emenda, o entendimento que se firmou é de que para a aposentadoria integral continuava, como de fato ainda continua, não tendo idade mínima. Em meio a tais discussões, já em 1999 criou-se, pela Lei 9.876, o polêmico “Fator Previdenciário” que alterou o cálculo do valor do benefício previdenciário, obrigatório na aposentadoria por tempo de contribuição e que, na maioria esmagadora dos casos, reduz o valor mensal do benefício.

A EC 20/98 introduziu também importante alteração no artigo 195 e o empregador que pagava contribuição sobre a folha de salários, passou a pagar também sobre os demais rendimentos do trabalho, a qualquer título.

A mais significativa das alterações introduzidas pela EC 20/98 no que tange a questão das contribuições sociais, indiscutível é o parágrafo 9º acrescentado ao art. 195, o que abordaremos em maiores detalhes em ponto específico abaixo.

Veja que são medidas legislativas visando aumentar a arrecadação e reduzir os gastos previdenciários, sem, contudo, demonstrar qualquer estudo técnico e atuarial e sem atender a exigência constitucional de lei complementar (sem desprezar, por questão de foco e síntese, não vamos analisar a questão da necessidade de lei complementar).

12. ANÁLISE SISTEMICA A PARTIR DA EC 20/98

A EC/ 20/98 introduziu importante alteração no artigo 195, como se vê:

Art. 195.

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;
- (...)

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra.

Posteriormente o § 9º foi alterado pela EC 47/2005 passando a ter a atual redação:

§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005).

Entendemos que a promulgação da EC 20/98 evidenciou a inconstitucionalidade do adicional, uma vez que foi necessária a autorização constitucional expressa para possibilitar a diferenciação.

Nesse sentido, anterior a EC 20/98, ao que nos parece, é evidente a inconstitucionalidade da alíquota diferenciada e, posterior a Emenda, muito embora haja acrescido o § 9º ao art. 195 da CF/88, autorizando a cobrança de alíquota diferenciada, entendemos que a EC 20/98 tem eficácia limitada, podendo ser, no máximo aplicável às

contribuições incidentes sobre a receita ou o faturamento e o lucro (alíneas “b” e “c”), ainda que muito discutível, uma vez que estas contribuições são destinadas à seguridade social tendo a finalidade de cobrir gastos com a saúde e assistência social, benefícios aos quais todas as pessoas físicas podem ter acesso independentemente de qualidade de segurado ou de contribuição, contexto em que mais propicia a aplicação dos princípios da solidariedade e da capacidade contributiva na busca da isonomia.

Assim, CF/88:

Art. 196. A saúde é direito...

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social...

Ao contrário, a previdência social tem caráter contributivo (art. 201) e a contribuição previdenciária tem a finalidade específica e exclusiva de cobrir os gastos da previdência social com os benefícios previstos no art. 201 da CF/88, entendemos que o §9º do art. 195 não legitima nem justifica a imposição de alíquota diferenciada em razão da atividade ou de suposta maior capacidade contributiva.

Assim, defendemos que a cobrança de alíquota majorada das Instituições Financeiras, mesmo após a EC 20/98, continua sendo ilegal e inconstitucional por violar o princípio da isonomia, da capacidade contributiva e da proporcionalidade principalmente, porque **o adicional de 2,5% é cobrado sem demonstração prévia de estudo técnico e atuarial e não entra no cálculo de nenhum benefício previdenciário, não gerando nenhum benefício adicional correspondente, beneficiando indiretamente seus empregados, nem diretamente para a Instituição Financeira pagadora, ou seja, o adicional ainda que destinada à previdência social, não tem a finalidade constitucional, específica e obrigatória, da contribuição previdenciária de cobrir gastos com benefícios previdenciários.**

13. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA PROPORCIONALIDADE

Nesse ponto, de início, vale novamente colacionar resumidamente alguns dispositivos constitucionais:

A CF/88 dispõe que:

*“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à **previdência** e à assistência social.*

*Parágrafo único. Compete ao Poder Público, **nos termos da lei**, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:*

(...)

V - equidade na forma de participação no custeio;

(...)

Art. 195.....

(...)

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

(...)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A constituição manda o Poder Público observar os termos da lei e, conforme o Plano de Custeio, Lei 8.212/91, por ocasião da Proposta Orçamentária da Seguridade Social, anualmente devem ser elaborados e apresentados os estudos técnicos e atuariais, com projeção abrangendo um horizonte temporal de, no mínimo 20 anos (art. 96) e, dentre outras

determinações, estabelece que o INSS fica obrigado a disponibilizar informações sobre as receitas e as despesas do regime geral de previdência social, bem como os critérios e parâmetros adotados para garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do regime (art. 80).

Com efeito, a Constituição Federal no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, erige em cláusula pétrea os direitos e as garantias individuais e consagra no rol desses direitos e garantias individuais o princípio da igualdade insculpido no "caput" e no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, verbis:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”

Por sua vez, garantindo de forma específica o mesmo princípio genericamente assegurado pelo artigo 5º, estabelece o inciso lido artigo 150 da Carta Magna:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.”

Igualmente, o artigo 194, V da Carta Magna consagra o princípio em questão especificamente em se tratando de contribuições sociais, ao estabelecer a equidade na forma de participação no custeio da seguridade social.

Referido princípio possui um sentido duplo. Por um lado, tem por objeto a lei já feita, no sentido de que esta deve ser uniformemente aplicada a todos, sem distinção (isonomia perante a lei). De outro lado, e aqui fundamentalmente reside a importância do princípio, pilar de qualquer Estado Democrático de Direito, atua o mesmo no sentido de

balisar a atuação do próprio Legislador ao produzir o comando legal (isonomia na lei).

A propósito da questão, são precisas as palavras de Pontes de Miranda:

“‘Todos são iguais perante a lei’. O princípio dirige-se a todos os poderes do Estado. É cogente para a legislatura, para a administração, e para a Justiça. Aliás, podem ser explicitados dois princípios: um, de igualdade perante a lei feita, e outro, de igualdade na lei por fazer-se. Não são só a incidência e a aplicação que precisam ser legais, é preciso que seja igual a legislação. O princípio igualitário abre para o lado dos órgãos aplicadores (Poderes Executivo e Judiciário) e para o lado do órgão legislativo.”²⁰ (grifos nossos e do original).

Outro não é o ensinamento de Canotilho sobre a matéria:

"Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos. (...)

Daí a sugestiva formulação de CASTANHEIRA NEVES: 'a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei, isto é, exigida ao próprio legislador relativamente ao conteúdo da lei'. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração.'²¹ (grifos nossos e do original).

Por sua vez, também o Colendo Supremo Tribunal Federal atribuiu ao princípio da isonomia a importância que lhe é inerente, reconhecendo a limitação que ele impõe à atividade do próprio legislador, como se depreende da ementa do acórdão proferido nos autos do Mandado de Injunção nº 58, verbis:

*"MANDADO DE INJUNÇÃO- PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem política-jurídica,*

²⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, p. 698.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, 63ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 1995, p. 563/564.

suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata- constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (..) ²².

Assentado que o princípio da isonomia atua negativamente limitando a atividade do próprio Legislador, para assegurar a guarda e cumprimento da Constituição Federal impõe-se necessariamente que se estabeleça o critério segundo o qual poderá ser aferido em caso concreto se determinada norma atende ou não àquela limitação.

Indagando-se sobre qual seria tal critério, assim se manifesta Canotilho:

"Uma possível resposta, sufragada em algumas sentenças do Tribunal Constitucional, reconduz-se à proibição geral do arbítrio: existe observância da igualdade quando individuais ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária. "

E conclui:

"Esta a justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objectivo. Este costuma ser sintetizado da seguinte forma: existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável. ²³

²² In Revista de Direito Administrativo - Volume 183 – janeiro-março 1991- p. 143.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit., p. 565.

Outra não é a conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra já clássica sobre o assunto, verbis:

*"... o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica - a dizer: o fator de discriminação - pode ser qualquer elemento radicado neles, todavia, necessita inarredavelmente guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita."*²⁴

E ainda Francisco Campos:

*"a lei não poderá discriminar senão quando haja fundadas razões de fato, que indiquem a existência de diferenças reais. Ora, onde a discriminação já é um dado de fato, a lei que reconhece a diferença, para tratar cada caso de acordo com a sua natureza específica, não está, efetivamente, discriminando. Quando, porém, a lei discrimina pessoas, fatos, negócios ou atos, entre os quais existe identidade ou igualdade de condições gerais, por pertencerem a uma mesma classe, categoria ou ordem, a lei está discriminando, contra a proibição constitucional."*²⁵

Do mesmo modo, também Humberto Ávila afirma que:

*"a medida de comparação, ademais de efetivamente existente, deve ser aferida por meio de elemento indicativo com o qual guarde vinculação, devendo manter vínculo de pertinência, fundada e conjugada, com a finalidade que justifica sua utilização."*²⁶

Pois bem, toda essa abordagem relativa a isonomia para embasar o entendimento de que na tributação adicional objeto deste singelo trabalho, como se verá abaixo em maiores detalhes, está-se justamente diante de hipótese em que a discriminação efetuada é absolutamente gratuita e arbitrária, posto que inexistente qualquer correlação lógica entre o fator diferenciador eleito pelo legislador e o tratamento diferenciado daí resultante.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do princípio da igualdade, Ed. Rev. dos Tribunais, 1978, p. 49.

²⁵ CAMPOS, Francisco. In Revista de Direito Administrativo nº 10, p. 385.

²⁶ ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária, Editora Malheiros, 2008, p. 192.

14. A JUSTIFICATIVA FUNDADA NA MAIOR CAPA CIDADE CONTRIBUTIVA PARA COBRANÇA DA ALÍQUOTA DIFERENCIADA SÓ EVIDENCIA A VIOLAÇÃO À ISONOMIA

Como já escrevemos, a reiterada justificativa, seja por parte dos Procuradores da União para defender a alíquota adicional, seja pelo Judiciário quando acolhe a pretensão da Fazenda em juízo, é de que as Instituições Financeiras supostamente teriam maior capacidade contributiva, podendo/devendo, então, pagar contribuição com alíquota maior.

Contudo, independentemente de qualquer consideração quanto à possibilidade de utilização da capacidade contributiva como justificativa para a exigência de uma contribuição por alíquota mais elevada, certo é que para que tal exigência fosse válida seria necessário que o fator de discrimen eleito pelo legislador fosse apto a atingir a finalidade pretendida.

E é somente nesta medida que se poderia ter como válida eventual discriminação com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como bem salientado por Gilmar Ferreira Mendes, verbis:

"Por outro lado, deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvidas de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas de direitos há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis)."²⁷

Pois bem, especificamente quanto à isonomia, é taxativo Humberto Ávila:

"Todas as considerações precedentes levam ao entendimento de que a medida de comparação:
(a) deve abranger um elemento efetivamente existente; será arbitrária a escolha de um elemento inexistente no mundo dos fatos, dada a vinculação entre o Direito e a realidade que ele visa a regular;
(b) precisa manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com o seu elemento indicativo, o que ocorre quando se possa plausivelmente afirmar, com suporte empírico considerável, que a existência do elemento indicativo escolhido promove a existência da medida de comparação em maior medida que os outros elementos

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional, São Paulo: IBDC I, Celso Bastos Editor, 1998, p. 39.

indicativos disponíveis; (...).²⁸

Ocorre que, no caso do adicional de 2,5% em estudo, é evidente que o fator de discrimen eleito,

(a) não se presta a garantir que só sejam tributados pela alíquota mais elevada os contribuintes que demonstram maior capacidade contributiva, e

(b) certamente permite que diversos outros contribuintes de elevada capacidade contributiva não se sujeitem àquela alíquota mais elevada.

Por oportuno, a EC/20 não trouxe explicitamente em seu bojo os motivos das alterações por ela introduzidas, mas ainda que de fato o setor financeiro se destaque em função do lucro auferido por alguns bancos, isso evidentemente não significa que todo o universo dos contribuintes abarcados pelo § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91 tem grande capacidade contributiva. De fato, a capacidade contributiva se verifica de forma individualizada e não generalizando determinado setor, como é o caso.

Estão relacionadas no referido dispositivo legal sociedades das mais diversas naturezas, desde bancos comerciais e de investimentos, até pequenas corretoras de títulos e valores e corretoras de seguro, e inclusive agentes autônomos de seguros privados! Vale dizer, se até mesmo os agentes autônomos de seguros estão sujeitas à alíquota mais gravosa, como pretender justificar tal discriminação ao fundamento de que ela atende ao princípio da capacidade contributiva ?!

Assim, se fosse a capacidade contributiva o elemento diferenciador, haveria quebra da isonomia entre as próprias pessoas discriminadas.

Por outro lado, se a medida de comparação buscada pelo legislador foi a capacidade contributiva, para que a discriminação efetuada não fosse arbitrária deveria atingir todos os contribuintes que demonstrassem uma maior capacidade contributiva, independentemente do ramo de atividade a que se dediquem (relembre-se, apenas para invocar os exemplos mais recorrentes na mídia, os ramos petrolífero, siderúrgico, de fumo e de bebidas).

Este aspecto em particular, aliás, quanto à inconstitucionalidade da discriminação de alíquotas das contribuições devidas por contribuintes pertencentes a determinados setores da atividade econômica, foi objeto de estudo e discussão no XVII Simpósio Nacional de Direito Tributário coordenado pelo ilustre jurista Ives Gandra Martins, tendo-se chegado à seguinte

²⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária, Editora Malheiros, 2008, p. 61.

conclusão:

*"É inconstitucional por mais de um fundamento. Primeiro porque é juridicamente impossível a aplicação de alíquotas diferenciadas para diferentes setores da atividade econômica em situações iguais, pois é evidente que a diferença de setor não representa por si mesma, diferença de capacidade econômica. A discriminação de alíquotas, no caso arbitrária, decorre de critério subalterno e é, portanto, inconstitucional."*²⁹

Nem se diga que no caso a exigência se justificaria não propriamente em função do lucro das empresas do setor financeiro, mas sim em função de sua maior rentabilidade (retorno do lucro em comparação com o patrimônio líquido).

Tal linha de argumentação não poderia prosperar porque eventual tratamento diferenciado em função da rentabilidade, para não ser novamente arbitrário, deveria atingir indiscriminadamente todos os contribuintes que auferissem rentabilidade acima de um determinado parâmetro, e não apenas alguns poucos contribuintes previamente selecionados, em detrimento de outros com rentabilidade superior à sua.

Trata-se assim de manifesta violação aos princípios da isonomia e da proporcionalidade, que pode e deve ser coibida pelo Poder Judiciário, como bem salientado novamente por Humberto Ávila:

"Inicialmente, é preciso atentar para o fato de que somente uma distinção, fundada em uma diferenciação factual existente entre os contribuintes, pode ser considerada válida. Uma diferenciação dos contribuintes, feita com base em motivos meramente subjetivos e não fundamentada em finalidade objetivamente verificável e constitucionalmente aferível, é irrazoável

(..)

Tais casos, aos quais poderiam ser somados muitos outros, evidenciam a necessidade de vinculação da medida de comparação com a realidade. Por esse motivo, o Tribunal Constitucional Alemão também afirma que o fundamento da diferenciação deve provir da 'natureza das coisas' (Natur der Sache), não podendo ser contrário à 'realidade concreta' (nicht sachfremd): deve estar baseado em 'considerações concretas' (sachgerechten Erwägungen) e, assim por diante. O essencial é que, sem uma diferença real, concretamente existente, a diferenciação normativa é arbitrária."

²⁹ MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). XVII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18, p. 657.

E, invocando o magistério de Gilmar Mendes Ferreira, conclui o autor mais adiante:

*"Em segundo lugar, se juízo negativo significa a proibição de provocar efeitos positivos em decorrência da sua decisão, claramente a competência do Poder Judiciário não compreende apenas juízos negativos de exclusão. O Poder Judiciário pode declarar a nulidade da medida de comparação. Aliás, esse procedimento foi feito pelo próprio Supremo Tribunal Federal: (...)."*³⁰

Todas essas posições doutrinárias, entendemos que são motivos suficientes o bastante à impossibilidade de exigência da alíquota de contribuição previdenciária patronal majorada de 2,5%, objeto de nosso trabalho.

Não bastasse isso, como dissemos acima, analisaremos mais detidamente o § 9º do art. 195.

³⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária, Editora Malheiros, 2008, p. 44/45 e 181.

15. O § 9º DO ART. 195 DA CF/88 NÃO LEGITIMA A DISCRIMINAÇÃO

A alíquota diferenciada em questão não encontra fundamento de validade no § 9º do art. 195 da CF/88, introduzido pela EC no 20/98.

Com efeito, não resta dúvidas de que a inclusão do parágrafo 9º no art. 195 da Constituição consubstanciou uma tentativa de superar os diversos julgados que vinham sendo proferidos por nossos Tribunais reconhecendo a impossibilidade de estabelecimento de alíquota diferenciada das contribuições sociais apenas para alguns contribuintes, em função da atividade a que se dedicam.

Nesse contexto, a norma em questão não tem nem poderia ter o alcance pretendido, como bem demonstrado por Humberto Ávila:

“Essas observações crescem em importância em virtude da introdução de dois dispositivos constitucionais que permitem diferenciações por razões relacionadas a princípios da atividade econômica: a Emenda Constitucional nº 42/2003, que ao introduzir o art. 146-A na Constituição, atribui competência para a lei complementar estabelecer ‘critérios especiais de tributação’ em razão de possíveis ‘desequilíbrios da concorrência’; a Emenda Constitucional no 20/1998, que, ao introduzir um novo parágrafo ao art. 195 da Constituição, permite que as contribuições sociais tenham alíquotas ou base de cálculo “diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”.

“Uma leitura apressada desses dispositivos poderia levar ao entendimento de que, a partir das Emendas Constitucionais que os introduziram, o Poder Legislativo poderia estabelecer uma diferenciação fundada no exercício profissional ou no exercício de atividade econômica ou utilização de mão-de-obra, isto é, de que, com as inovações constitucionais, o Poder Legislativo estaria, por assim dizer, livre para diferenciar com base em medida de comparação antes vedada, mesmo que a utilização não fosse justificada por uma finalidade constitucional. Esse entendimento, todavia, não procede, pelos seguintes motivos.

Em primeiro lugar, porque faz parte da estrutura da igualdade um vínculo fundado e conjugado de pertinência entre a medida de comparação escolhida e a finalidade que a justifica. Pensar a igualdade sem esse vínculo é desnaturá-la ou, na linguagem constitucional, aboli-la como princípio constitucional fundamental. Esse tipo de interpretação, no sentido de que o Poder Legislativo estaria desprendido para diferenciar, com base no exercício profissional ou no exercício de atividade econômica ou

utilização de mão-de-obra, mesmo que esteja ausente uma finalidade constitucional para essa diferenciação, esbarra na proibição de instituição de emenda constitucional tendente a abolir direitos fundamentais, conforme o estabelecido pelo § 4º, inciso IV, do art 60 da Constituição.

Em outras palavras, a modificação constitucional não pode ensejar esse tipo de interpretação, pois, se assim pretendesse fazer, ela própria seria inconstitucional.

Em segundo lugar, porque, além de inconstitucional, esse tipo de interpretação leva à arbitrariedade, e a arbitrariedade é incompatível com o princípio do Estado de Direito. Com efeito, entender que o Poder Legislativo poderia diferenciar, com base no exercício profissional ou no exercício de atividade econômica ou utilização de mão-de-obra mesmo sem um motivo para tanto, é permitir a arbitrariedade, no sentido de distinções imotivadas. E distinções imotivadas não são compatíveis com o princípio do Estado de Direito, em cujos elementos, para dizer o mínimo, está a necessária fundamentação clara, objetiva e racional dos atos estatais que causem gravame aos contribuintes.

Em terceiro lugar, para pôr fim a uma lista de argumentos que poderia ser alongada, essa interpretação levaria à restrição do núcleo essencial do princípio da liberdade de exercício profissional, sendo o princípio da liberdade de exercício de atividade econômica princípio fundamental, o Poder Legislativo não pode estabelecer diferenciação 'simplesmente porque' o contribuinte escolheu essa ou aquela atividade. Permiti-lo é restringir os elementos essenciais ao princípio da liberdade de exercício de profissão. Dito de outro modo, não se pode interpretar a norma constitucional desse modo, pois, se assim pretendesse fazer, a lei seria inconstitucional."³¹

Assim, para que a regra da tributação diferenciada prevista no parágrafo 9º do artigo 195 da Constituição, introduzida por emenda constitucional, possa se compatibilizar com o princípio da isonomia, sem portanto ofender a própria Constituição, deve ser interpretada como somente direcionada às pessoas jurídicas que em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra, causem maior despesa ou recebam maior benefício por parte do Estado, tal como ocorre com as empresas cujos empregados desenvolvem atividades insalubres ou com altos índices de periculosidade.

Vale dizer, a atividade econômica não pode ser por si só o fundamento do tratamento diferenciado, embora possa consubstanciar um elemento indicativo daquele fundamento.

Com tal interpretação restaria, assim, atendido o objetivo do legislador ao instituir alíquotas e bases de cálculo diferenciadas em razão da atividade econômica ou da utilização

³¹ ÁVILA, Humberto. op. cit. p. 59/60.

intensiva de mão-de-obra sem ofensa ao princípio da isonomia, posto que naqueles hipóteses estaria configurado o necessário nexos de pertinência lógica entre o fator de discriminação e a alíquota diferenciada, em consonância à própria natureza jurídica e peculiaridades das contribuições sociais, que exigem uma correlação ao menos indireta entre o tributo e o contribuinte.

Sobre o tema da referibilidade em relação às Contribuições Sociais, Gian Antonio Michele elucida bem a questão:

"O esquema jurídico é aquele do imposto, na medida em que elas constituem uma forma de concurso pecuniário às despesas da entidade, mas ela (contribuição) é devida pelo indivíduo com base na vantagem (qualificada como tal pelo legislador, em relação à possível variação econômica) por ele recebida, em decorrência da específica atividade administrativa do próprio ente efetuada no interesse precípua da coletividade. Diferentemente do que ocorre na taxa, aqui não existe, portanto referibilidade exclusiva daquela atividade pública relativamente ao indivíduo onerado pelo tributo. Por outro lado, a contribuição difere do imposto pela particularidade do pressuposto, pois nele adquire um realce jurídico específico a conexão entre despesa da entidade e vantagem que deriva ao obrigado pelo cumprimento, por esta de uma atividade."³²

O saudoso GERALDO ATALIBA e J. A LIMA GONÇALVES ensinam no que concerne às contribuições sociais:

"... por imperativo constitucional de isonomia, é preciso que haja uma correlação lógica entre os beneficiários dos recursos e os contribuintes. O sujeito passivo da contribuição ou é beneficiário da ação por ela custeada, ou de qualquer modo desempenha atividade que a requer, embora imensurável o (a) benefício que dela extrai ou (b) a medida em que, individualmente, a exige. O que parece de total evidência é que a lei não poderá - sob pena de inconstitucionalidade - estabelecer encargos dessa natureza para integrantes de uma coletividade, retirando-o de outra, sem que haja correlação entre ambas, ou entre elas e a atividade sustentada pelos recursos assim auferidos. Nem pode impor contribuição a uma espécie ou faixa de pessoas, para ocorrer despesas com outra categoria, sem a evidente presença de nítida correlação entre contribuintes e beneficiários, destinatários da atividade ou organismo assim custeado. Essa é nossa convicção, já há muito tempo."³³(destacamos).

³² MICHELE, Gian Antonio. Curso de Direito Tributário, Ed. RT 1978, p. 84.

³³ ATALIBA, Geraldo e GONÇALVES, J. A LIMA GONÇALVES. In Revista de Direito Tributário, nº 54, Editora RT, p. 187.

Como se vê, **o que diferencia a contribuição é a referibilidade, ainda que indireta, da atividade que visa custear ao contribuinte que a suporta**, pois se trata de uma prestação pecuniária exigida de pessoas que causam despesa especial ou recebem benefício especial através da atuação estatal.

Ou seja, sujeito passivo da contribuição é o beneficiário, ainda que mediato, da ação custeada, ou que, de qualquer modo, desempenha atividade que a requer. Sem esta referibilidade entre a atividade do Estado e a vantagem de um indivíduo ou grupo de indivíduos, não há contribuição.

Isto significa que quando o benefício é destinado a um dado grupo de pessoas a lei deve escolher critérios para partilhar dentre as pessoas do grupo a totalidade dos encargos, não sendo possível exigir a contribuição em valor mais elevado de alguns contribuintes se estes não auferirem alguma especial vantagem ou derem causa a algum maior encargo que de outra forma seria injustamente suportado pelo restante do grupo, sendo esta a correta interpretação que deve ser dada ao § 9º do art. 195 da Constituição Federal introduzido pela EC nº 20/98.

Ocorre que as Instituições relacionadas no 1º do art. 22 da Lei 8.212/91, por si ou pelos beneficiários dos recursos carreados para a seguridade social, não possuem vantagens diferenciais em confronto com as outras empresas ou seus empregados nem provocam maiores gastos para o Poder Público em decorrência de suas atividades. Injustificável, assim, a discriminação efetuada pelo legislador, em afronta ao princípio constitucional da isonomia em matéria tributária.

Com efeito, o critério adotado como fator de discriminação - tratar-se de sociedades que se dedicam a determinadas atividades, Instituições Financeiras, entidade de previdência privada, por exemplo - não guarda relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta - exigência da cota patronal de 22,5% em lugar de 20%. A única distinção cabível seria fundada no requisito de maior vantagem diferencial, que é elemento inerente e radicado na contribuição e que não ocorre no caso.

Dúvida não remanesce portanto, de que a natureza das atividades desenvolvidas pelas chamadas Instituições Financeiras, sujeitos passivos de tal contribuição, não consubstancia fator relevante nem pertinente para efeito da discriminação analisada.

Por conseguinte, é nítida a violação da igualdade, seja qual for a natureza jurídica que se entenda possuir a alíquota adicional em exame.

16. CONCLUSÃO

Estamos convencidos de que o § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91 que impõe a alíquota adicional de 2,5% de contribuição previdenciárias às chamadas Instituições Financeiras viola a sistemática constitucional do tributo, afrontando vários princípios constitucionais atinentes à seguridade social, especialmente os que dizem respeito ao custeio da previdência social, ante a incontestável incompatibilidade na correlação custeio do sistema versus benefícios assegurados, uma vez que:

- a) Ainda que de fato houvesse maior capacidade contributiva dos tais sujeitos passivos, isso não legitimaria maior alíquota de contribuição à previdência social;
- b) Sendo a suposta justificativa do estabelecimento da alíquota diferenciada a maior capacidade contributiva, é evidente que o fator de *discrímen* eleito (dedicar-se a determinadas atividades econômicas) não guarda pertinência lógica com a diferenciação estabelecida (alíquota mais elevada), posto que a norma em causa (i) não se presta a garantir que só sejam tributados pela alíquota mais elevada os contribuintes que demonstram maior capacidade contributiva, o que implica quebra da isonomia entre os próprios contribuintes sujeitos à tributação diferenciada, e (ii) mesmo com o advento do § 9º do art. 195 da CF/88, permanece a quebra da isonomia, pois certamente permite que diversos outros contribuintes de elevada capacidade contributiva sujeitem-se ao recolhimento da contribuição previdenciária à menor alíquota, o que implica quebra de isonomia em relação aos contribuintes em geral;
- c) Tratando-se de contribuição previdenciária, o único fator que justificaria sua exigência em maior dimensão de um determinado grupo de contribuintes seria um especial benefício por eles auferidos ou um maior gasto para o Poder Público decorrente de suas atividades, o que não ocorre nesta contribuição e nunca foi o fundamento invocado para cobrar a alíquota diferenciada; e
- d) Ressalte-se o § 9º do art. 95 da Constituição Federal, não dá amparo à discriminação arbitrária prevista no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/91. Na verdade, somente confirma sua inconstitucionalidade, na medida em que tal regra, em observância ao princípio da isonomia, não admite discriminação desarrazoada e no caso, como se viu, inexistente qualquer correlação lógica entre o fator diferenciador eleito pelo legislador e o tratamento diferenciado daí resultante.

Eram essas, em suma, nossas singelas palavras.

17. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. Cálculo de Benefícios Previdenciários - Regime Geral de Previdência Social – Da Teoria à Prática. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária, Malheiros Editores, 6ª edição, 8ª tiragem, 2006, Passim.

ATALIBA, Geraldo e GONÇALVES, J. A. Lima. In Revista de Direito Tributário, nº 54, Editora RT.

BALERA, Wagner. BALERA, Wagner. A Seguridade Social na Constituição de 1988, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1989.

BALERA, Wagner. Suplemento Tributário. Ano XXV n. 48/89. Editora LTR. 1989. Tributação: Seguridade Social e Lei 7.787/89.

BARRETO, Paulo Ayres. Contribuições, Regime Jurídico, Destinação e Controle. 2ª Edição, 2011, Editora Noeses.

CAMPOS, Francisco. In Revista de Direito Administrativo nº 10.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional, 63ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. Artigo, Princípios e Sobreprincípios na Interpretação do Direito. Disponível no site do IBET: www.ibet.com.br – acessado dia 10.06.2014.

————— Curso de Direito Tributário, Editora Saraiva, 23ª edição, 2011.

————— Direito Tributário Linguagem e Método, 4ª edição, revisada e ampliada, editora Noeses, 4ª edição, 2011.

DOMINGUES, José Marcos. Artigo intitulado Contribuições Sociais Desvinculações

Prescritas por Emendas Constitucionais, in Revista Dialética de Direito Tributário nº 193, Outubro 2011.

MARTINS, Ives Gandra (Coordenador). XVII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 18.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade - Estudos de Direito Constitucional, São Paulo: IBDC I, Celso Bastos Editor, 1998.

MICHELE, Gian Antonio. Curso de Direito Tributário, Ed. RT 1978.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Artigo, Classificação dos Tributos (uma visão analítica). Disponível no site do IBET. www.ibet.com.br acessado dia 21.05.2014.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Artigo: O destino do produto da arrecadação como requisito constitucional para a instituição de contribuições. Disponível no site do IBET: www.ibet.com.br - acessado dia 10.06.2014.