
Da Responsabilidade Tributária do Tomador dos Serviços referente às Contribuições Previdenciárias nas Condenações Subsidiárias na Justiça Federal Especializada do Trabalho, em Razão do Inciso VI da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho

(Texto elaborado antes da Lei n. 13429/2017)

Jefferson Grey Sant'Anna

Mestre em direito pelo Centro Universitário Unicuritiba

Docente da FACCJUR – Universidade Tuiuti do Paraná

Advogado

Resumo

Este recorte pretende analisar a responsabilidade tributária da empresa tomadora dos serviços terceirizados, em sede de condenação subsidiária perante a justiça laboral brasileira, à luz da jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, mais precisamente de acordo com o dispositivo do inciso VI, no qual *A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral*. Inclui-se nos questionamentos a serem analisados, se nesse comando jurisprudencial estão ou estariam inseridas as contribuições previdenciárias do empregado e/ou do empregador. Ainda, se a responsabilidade pelos eventuais tributos encontra guarida na legislação tributária e ou constitucional, também será objeto de análise e reflexão.

Palavras-chave: Responsabilidade tributária. Tomador. Terceirização. Contribuições previdenciárias.

Abstract

This clipping intends to analyze the tax liability of the company that takes out the outsourced services, in the case of a subsidiary conviction before the Brazilian labor court, in light of the consolidated jurisprudence of the Superior Labor Court, more precisely in accordance with the provisions of item VI, The service provider's subsidiary liability covers all amounts arising from the conviction relating to the period of employment. It is included in the questions to be analyzed, whether in this jurisprudential command are the social security contributions of the employee and / or the employer. Moreover, if the responsibility for possible taxes is contained in the tax and / or constitutional legislation, it will also be the object of analysis and reflection.

Keywords: Tax liability. Policyholder. Outsourcing. Social security contributions.

1 Introdução

O ativismo judicial¹ é uma notória realidade no País. Numa realidade de carência legislativa, dentre outras precariedades que deveriam promovidas e executadas pelo Estado, na morosidade e inércia de produção normativa, o Poder Judiciário para dar uma resposta aos seus jurisdicionados apossasse da função do outro Poder da República, sob pena de não resolução dos conflitos, ou do não cumprimento de sua própria função jurisdicional.

Nessa realidade ativista, analisar-se-á a Súmula 331 numa perspectiva tributária, acerca da responsabilidade imposta não por uma lei, não pela constituição, mas por um precedente jurisprudencial consolidado, que sequer tem a qualidade de Súmula Vinculante dado que não editada pela Suprema Corte Constitucional brasileira, o STF.

¹ A ideia de Ativismo judicial está relacionada com possibilidade de atuação mais efetiva do Poder Judiciário, em funções que não lhe seriam próprias, mais especificamente de legislar. Funções estas pertencentes a outros Poderes da República. (BARROSO, 2012)

Desse modo, identificar-se-ão e se contextualizarão os sujeitos dessa relação tributária (tributo, contribuintes, fisco) bem como a competência, dentre outros institutos jurídicos de forma a não esgotar o tema, mas propor uma reflexão acerca das responsabilidades pelas contribuições na terceirização, especificamente quando há condenação subsidiária do tomador dos serviços.

Ao final haverá uma breve tentativa de solucionar as indagações, propondo-se caminhos, sem, obviamente, a pretensão de elucidar por completo as indagações, ante a possibilidade notória de mudança de opiniões e evolução da pesquisa.

2 Da Terceirização e das Contribuições Previdenciárias

A terceirização de mão de obra é um tema debatido sob a perspectiva das relações trabalho, contudo não se adentrará neste viés político social, dado que o foco do artigo é a tributação, especificamente sob o aspecto das contribuições previdenciárias.

Fazem-se necessários alguns esclarecimentos acerca do conceito de Terceirização, principalmente no caso nacional, sendo que se pode conceituá-la no como *o processo de descentralização das atividades da empresa e valorização do setor terciário da economia*².

2 CAVALCANTE, Jorge Neto, p. 412.

Há outros conceitos, de terceirização tanto sob a ótica laborativa³ ou na vertente da Administração de Empresas⁴, sendo que cada um exprime seu ponto de vista, seja pendendo do lado empresarial como facilitadora e geradora de economias beneficiando o empreendedorismo ou, pendendo para o lado profissional evocando protestos de precarizar as relações de trabalho.

Repise-se que não é o viés do presente estudo as relações de trabalho terceirizado em si, mas a responsabilidade tributária das contribuições previdenciárias decorrente, especificamente de um comando jurisprudencial em que não há vinculação direta, tal e qual uma Súmula Vinculante⁵.

As contribuições, em que pese opiniões contrárias⁶

3 Segundo Maurício Godinho Delgado a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação trabalhista que lhe seria conveniente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo de produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, p. 428)

4 No âmbito da Administração, a terceirização consiste na aquisição de bens e/ou serviços especializados, de forma sistemática e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade. (Fontanela et AL, apud GIRARDI, p.10).

5 Súmula vinculante é uma jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal que vincula e comanda a obediência de todos os órgãos da administração pública direta e indireta, bem como dos jurisdicionados.

6 Esta obsessão pela busca da natureza das coisas (ou da natureza jurídica dos institutos e categorias do Direito) é um dos ingredientes que complicam o estudo das contribuições, pois diante da dificuldade de compreender seu perfil e funcionamento, parte da doutrina procurou reconduzir as contribuições às categorias conhecidas e às essências que foram “descobertas” no passado (é o que se vê, por

quanto a sua natureza jurídica, para esse estudo, entender-se-ão inseridas no sistema ou regime jurídico tributário nacional como tributos, dado o comando legislativo do artigo 149⁷ da Constituição Federal. Nesse sentido, segue trecho no Informativo n. 397 do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Carlos Velloso RE 416601/SC:

Quando do julgamento da ADI 447/DF (RTJ 145/15), examinei a matéria em pormenor. Destaco do voto que então proferi: “(...) Os tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que a Constituição inscreve nos seus artigos 145 a 162. Tributo, sabemos todos, encontra definição no artigo 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação que a lei impõe às pessoas, de entrega de uma certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações ex lege e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação ex lege, a mais importante do direito público, ‘nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar o seu nascimento.’ (Geraldo Ataliba, ‘Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário’, in ‘Direito e prática tributária’, volume I, Padova, Cedam, 1979).

exemplo, na tentativa de inserir, a qualquer custo, as contribuições na classificação que divide os tributos em vinculados e não-vinculados. (GRECO, p.18)

7 Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, (...), como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (CF, art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (CF, art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 194), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195, CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148). (grifei, Min. CARLOS VELLOSO – Informativo nº 397, DISPONÍVEL EM <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo397.htm#Substitui%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20e%20Restitu%C3%A7%C3%A3o%20-%207>).

Corroborando-se as ideias mencionadas supra, compila-se trecho de um artigo de Daniel Giotti de Paula⁸:

A contribuição é uma figura cujo estudo tem suscitado perplexidades entre os juristas. Discute-se sobre sua natureza jurídica, havendo quem a identifique como uma figura anômala, não tributária, e quem a considere tributo, o que gera outra indagação: saber se é imposto, taxa ou uma exação autônoma.

Muito embora se reconheça a cientificidade daqueles que pugnam por uma natureza não especial da contribuição, numa tentativa de remetê-la ao regime jurídico do imposto ou taxa, conforme

8 Em Busca do Tempo Perdido: As Contribuições e sua Peculiar Condição no Direito Tributário Brasileiro, Revista da PGFN, III, 2012, p. 282.

se demonstrará, com apoio no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e no perfil constitucional dela, parte da doutrina perde a oportunidade de demonstrar a verdadeira questão ainda por decidir, que é o controle finalístico do tributo.

Outrossim, verifica-se que no comando constitucional na disposição do artigo 146, III, d) no qual determina *Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

A compilação do texto constitucional faz-se necessária para a visualização da fonte formal constitutiva, os limites e diretrizes para regulamentação no tocante às Contribuições previstas no artigo 195, I e em seus parágrafos 12 e 13, e, num segundo momento analisar essas disposições no arcabouço da terceirização.

As Contribuições Previdenciárias estão previstas na Lei n. 8.212/1991, sendo que no artigo 22 determina que a Contribuição Previdenciária Patronal, *é a contribuição devida pelas pessoas jurídicas, cuja base de cálculo incidente é a remuneração paga às pessoas físicas que lhe prestaram serviço sobre uma alíquota de 20%*⁹.

⁹ TOVAR, 2012.

É perceptível que a Lei nº 8.212/91 não vinculou a Contribuição Previdenciária Patronal à receita auferida pela pessoa jurídica, o que significa que mesmo havendo uma grande redução no faturamento da empresa o valor a recolher de Contribuição Previdenciária Patronal não é alterado, pois a única possibilidade para ocasionar uma redução neste valor seria a redução nas remunerações pagas às pessoas físicas.

Como na terceirização a obrigação de recolhimento das contribuições previdenciárias é de responsabilidade do prestador de serviços, uma vez que é à empresa prestadora de serviços a quem está vinculado (vínculo empregatício) o profissional terceirizado.

Nesse diapasão, o fato gerador do recolhimento seria o pagamento da verba salarial da qual incidiria o imposto sob a respectiva alíquota, tanto do empregado e quanto do empregador, qual seja do prestador de serviços.

Reside aí uma das vantagens da terceirização para o tomador do serviço, o qual não recolheria as contribuições destes colaboradores que prestariam serviços no âmbito da organização empresarial tomadora do respectivo serviço. Contudo, a análise do presente estudo se dará em uma específica situação na qual há uma ação e uma condenação em caráter tributário, oriundo de uma relação terceirizada, sendo a tomadora responsabilizada subsidiariamente, na forma do inciso IV da Súmula 331 do TST.

3 Do Inciso VI da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e do seu Alcance Jurídico Tributário

Conforme o início introdutório do presente artigo se vislumbra o ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho em, praticamente, legislar sobre a matéria da terceirização, em face da inércia do Poder Legislativo.

Observe-se na sua íntegra, com ênfase e grifo no inciso:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Esta súmula funciona como uma lei positivada, inclusive para os órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal. Ante a falta de regulamentação pelo poder legislativo, o que resta para a população, empresas e até para administração pública é o entendimento dos magistrados, inclusive com limites proibitivos de certas condutas como a subcontratação de atividades meio e fim¹⁰, conforme os incisos I e III.

¹⁰ A atividade meio pode ser definida como a de mero suporte não sendo a que tange a essencialidade do organismo empresarial, sendo, por conseguinte, a atividade fim a que está ligada a essência do que se propõe a empresa. (GARCIA, p. 172)

Veja-se, portanto, exemplo notório e antigo da década de 1990, do ativismo judicial do TST, mormente à omissão legislativa do poder legitimado para tanto.

Responsabilidade subsidiária¹¹ do tomador, primeiramente, significa dizer que esgotados os meios de satisfação dos créditos, ou mais precisamente, de *todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral*, da empresa prestadora dos serviços, haverá a responsabilidade do tomador de serviços, desde que sejam respeitados os parâmetros da Súmula 331 conforme o inciso IV.

A primeira indagação a se fazer é a de que, na expressão da súmula *todas as verbas* estar-se-iam inseridas as contribuições previdenciárias inadimplidas pelo prestador dos serviços?

A responsabilidade tributária do tomador dos serviços poderia ser definida, ou determinada jurisprudencialmente por um órgão jurisdicional, que embora de Cúpula, não tem a capacidade de editar Súmulas Vinculantes?

A Justiça do Trabalho é competente para executar as contribuições na forma do artigo 114, VIII¹², sendo

11 A responsabilidade subsidiária, no direito das obrigações, pode ser exemplificada na hipótese de um determinado indivíduo ser devedor originário e o outro sujeito também detém a responsabilidade por essa dívida, codevedores. Diante do fato de não ser possível executar o efetivo devedor, em razão do inadimplemento da obrigação, poderão ser executados os demais sujeitos envolvidos na relação obrigacional (codevedores).

12 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VIII a

inclusive já sedimentado pelo próprio STF desde 2001¹³, bem como neste recente julgamento que inclusive verbas relativas ao Imposto de Renda poderão ser objeto de cobrança na justiça laboral:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA, NOS TÍTULOS JUDICIAIS QUE PROLATAR, DEFINIR A INCIDÊNCIA OU NÃO DO DESCONTO DO IMPOSTO DE RENDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A Justiça Trabalhista, prolatora do título judicial, é competente para definir a incidência, ou não, dos descontos previdenciário e do imposto de renda. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 696358 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 17-12-2013 PUBLIC 18-12-2013)¹⁴

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Execução de sentença. Parcelas decorrentes da condenação. Imposto de renda.

execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

13 COMPETÊNCIA - EXECUÇÃO - TÍTULO JUDICIAL TRABALHISTA - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIO E DO IMPOSTO DE RENDA - CONTROVÉRSIA. Cumpre à própria Justiça do Trabalho, prolatora do título judicial e competente para a execução respectiva, definir a incidência, ou não, dos descontos previdenciário e para o imposto de renda. (STF RE 196517, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 14/11/2000, DJ 20-04-2001 PP-00138 EMENT VOL-02027-09 PP-01845) Fonte: www.stfjus.br, acesso em janeiro de 2017

14 Fonte: www.stfjus.br, acesso em janeiro de 2017.

Juros de mora. Justiça do Trabalho. Competência. 1. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento dos tributos incidentes sobre as parcelas tributáveis decorrentes da condenação, o que inclui a definição das verbas que compõem a base de cálculo do imposto de renda. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 696411 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 18-06-2015 PUBLIC 19-06-2015)¹⁵

Quanto ao imposto de renda, o Tribunal Superior do Trabalho acompanha¹⁶ o entendimento do Supremo Tribunal Federal, todavia, não há qualquer manifestação do Supremo sobre a responsabilidade tributária do tomador do serviço no tocante à condenação subsidiária oriunda da relação processual terceirizada.

Ocorre que a justiça laboral vem executando¹⁷ o tomador do serviço, inclusive a administração pública direta e indireta, na forma do Inciso V da Sumula 331 do TST, mesmo sem qualquer legislação específica sobre a responsabilização tributária subsidiária do tomador dos serviços, ou decisão do Supremo Tribunal Federal que determine que as empresas tomadoras do serviço como responsável tributário, em caso de inadimplemento do prestador dos serviços.

A Lei do Trabalho Temporário n. 6.019 de 1974, que autoriza a terceirização de forma pré-determinada (três meses, prorrogáveis por mais três meses), prevê a solidariedade do pagamento das contribuições, mas no caso apenas de falência, na forma de seu artigo 16:

¹⁵ Idem, acesso em dezembro de 2016.

¹⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. VALORES RETIDOS INDEVIDAMENTE PELO ESTADO MEMBRO. VIOLAÇÃO DO ART. 157, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O referido dispositivo da Carta Magna diz respeito à repartição de receitas tributárias, não fazendo nenhuma alusão à restituição do Imposto de Renda, cuja competência tributária pertence à União. Não, há, pois, discutir a matéria à luz desse dispositivo constitucional, se o que pretendem os exequentes, ao final, é a conclusão acerca da competência da Justiça Trabalhista para julgar a demanda. Como bem consignou o Regional, a regra da repartição de receitas não altera a relação jurídicotributária estabelecida com a União, permanecendo na Justiça Federal a competência para julgar possível repetição de indébito. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 33746-21.1986.5.18.0001 , Relator Ministro: Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 08/10/2008, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2008), disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017.

¹⁷ TRT-PR-18-03-2011 (...) Neste sentido, o entendimento sedimentado na OJ EX SE nº 12 do TRT da 9ª Região. II-CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS - EMPRESA TOMADORA - SÚMULA 331, IV, DO TST - CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. Ao contrário do que argumenta empresa tomadora, condenada subsidiariamente (Súmula nº 331, IV, do TST), as parcelas previdenciárias e fiscais da condenação não se consubstanciam obrigação personalíssima da empresa empregadora (prestadora de serviços). Se, eventualmente, a empresa tomadora, em decorrência do reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária, tiver que efetuar o pagamento das verbas deferidas ao reclamante, deverá efetuar os descontos previdenciários e fiscais sobre os créditos devidos ao obreiro e efetuar o respectivo recolhimento perante à União, bem como efetuar o pagamento da quota-parte das contribuições previdenciárias da empresa prestadora, por força do § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993. (TRT-PR-08803-2007-006-09-00-6-ACO-09258-2011 - SEÇÃO ESPECIALIZADA, Relator: LUIZ EDUARDO GUNTHER, Publicado no DEJT em 18-03-2011) disponível em www.trt9.jus.br.

Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

O Tribunal Superior do Trabalho já se pronunciou sobre a questão da responsabilidade pelo adimplemento da verba previdenciária¹⁸, especialmente, no tocante à

18 O Tribunal Superior do Trabalho, na Seção de Dissídios Individuais editou duas jurisprudências consolidadas acerca das contribuições previdenciárias e das respectivas responsabilidades, tanto nos acordos, como nas condenações, repise-se que silencia quanto à responsabilidade específica do tomador dos serviços na terceirização:

Orientação Jurisprudencial n. 363. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008) A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recai sobre sua quota-parte.

Orientação Jurisprudencial n. 368. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. ACORDO HOMOLOGADO EM JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PARCELAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR TOTAL. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008) É devida a incidência das contribuições para a Previdência Social sobre o valor total do acordo homologado em juízo, independentemente do reconhecimento de vínculo de emprego, desde que não haja discriminação das parcelas sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, conforme parágrafo único do art. 43 da Lei nº 8.212, de 24.07.1991, e do art.

limitação da condenação; contudo sem enfrentar o tema proposto no presente estudo, especificamente no tocante à terceirização.

Súmula nº 368 do TST. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

*I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. **A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição.** (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998) grifei.*

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010.

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no

195, I, "a", da CF/1988. Disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017.

art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs nº 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)¹⁹

Muito embora se verifique a edição de Súmula referente à limitação das cobranças e execuções das contribuições previdenciárias, repise-se não há uma lei, decreto, ou até mesmo resolução específica para a responsabilização na terceirização, em análise no presente estudo.

O conturbado Projeto de Lei n. 4.330 de 2004, o qual até hoje se encontra abandonado (em tramitação há mais de 12 anos) pelo Congresso Nacional, faz menção ao recolhimento das contribuições na Lei n. 8.212 de 1990. Todavia, a legislação previdenciária mencionada é silente no tocante a obrigação tributária decorrente de condenação judicial subsidiária, prevendo no artigo 31 e subsequentes a forma de retenção em nota fiscal de prestação dos serviços:

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.

¹⁹ Disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017.

Ora, não havendo legislação específica que determine essa responsabilidade, não estaria essa determinação sumular infringindo inúmeros princípios tributários e constitucionais, tais como o da legalidade²⁰, anterioridade, dentre outros?

Não estaria havendo uma invasão de competência do Poder Judiciário no espectro do Poder Legislativo? O Judiciário, embora tenha a louvável tarefa de entregar e aplicar o direito, como operador do mesmo na visão de Paulo de Barros Carvalho, o interprete do texto legislativo, a quem é direcionado para esta referida interpretação e transformação do texto frio em norma aplicável.

O próprio comando referente à terceirização, qual seja a Súmula n. 331 é um “tampão”, dado que a não há legislação (somente o Projeto de Lei n. 4.330 de 2004), tampouco vontade de legislar pelos órgãos competentes.

Vivencia-se a realidade do ativismo judicial, seja do STF cujo papel de hoje um verdadeiro “reformador da constituição”, mormente inúmeros exemplos notoriamente explicitados nos mais variados canais de informação, o TST também atua nesse sentido na sua esfera especializada conforme se referendou acima em algumas jurisprudências consolidada, inclusive em

²⁰ O artigo 150 da Constituição estabelece. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

matéria fiscal relativa nas contribuições.

A composição do TST se dá pelo Pleno, que é responsável pela edição das Súmulas e algumas Orientações Jurisprudenciais e, também as Seções Especiais de Dissídios Individuais I e II (SDI I E II) e Coletivos (SDC) são responsáveis pela edição das Orientações Jurisprudenciais conhecidas como “OJs”²¹ CAVALCANTE, JORGE NETO, p. 48. As Orientações Jurisprudenciais e as Súmulas são conhecidas como Jurisprudência Consolidada do TST.

A jurisprudência tem como conceito *derivado do latim “jurisprudētia” de “jus” (direito) e “prudētia” (sabedoria). (...) é utilizado para designar o conjunto de decisões relativas a uma matéria ou a coleção de decisões de um tribunal.*²² Idem, p. 48.

Nesse raciocínio, as denominadas jurisprudências consolidadas, compostas, prioritariamente por Súmulas e Orientações Jurisprudenciais são verdadeiras balizadoras dos entendimentos e prolações decisões dos Magistrados hierarquicamente inferiores àqueles que as editaram, sejam na primeira, ou em segunda instância.

Embora não vinculantes, havendo omissão legal ou divergência de interpretação de textos legislativos as súmulas e as orientações jurisprudenciais irão sem impor como forma de dirimir dúvidas e até sanar lacunas existentes na legislação, mas daí a determinar

21 CAVALCANTE, JORGE NETO, p. 48.

22 Idem, p. 48.

a responsabilização tributária, ainda que em uma especificidade, sem uma legislação que preceda ao menos uma interpretação.

Em resumo, o critério pessoal da responsabilização do tomador de forma subsidiária pelas contribuições previdenciárias, além da hipótese de incidência e do fato gerador da responsabilidade tributária dar-se-ão em lides em que o prestador de serviços não honrar o adimplemento que foi definido por uma jurisprudência, a qual sequer tem status de súmula vinculante.

Há de se ponderar, contudo que a receita tributária deve obedecer ao princípio da legalidade, sendo, portanto, aprovada pelos representantes do povo, afirmando assim, que o fenômeno tributário encontra-se juridicizado²³, pois resulta exclusivamente da lei.

Embora nesta hipótese não se tenha a criação, majoração de um tributo, mas a responsabilização em um caso específico, não há legislação conforme já analisado supra, desse modo a jurisprudência, ainda que consolidada, ou sumulada não poderia obrigar o recolhimento, primeiramente por violação ao princípio da legalidade ou da estrita legalidade, dado que não a matéria foi sequer discutida no sistema bicameral legislativo nacional²⁴, o qual é o competente para a

23 O termo tem como conceito a integralização de um fato da vida no mundo jurídico, sendo que o ato juridicizado é aquele cuja incidência da norma jurídica se deu sobre determinado fato.

24 Câmara dos Deputados ou Senado Federal.

edição do texto legal sobre a matéria das contribuições previdenciárias:

A relação jurídica que se instaura entre o Estado, que tem o poder de exigir o tributo, e a pessoa sob sua jurisdição, que tem o dever de pagar esse tributo, é submetida a uma série de normas jurídicas que vão compor a disciplina do Direito Tributário.”²⁵

Não bastasse a violação ao princípio da legalidade, conforme já se ponderou, percebe-se uma invasão da competência do Poder Legislativo, em que pesem as motivações sociais, igualitárias, dentre outras.

Desse modo, infringe-se o Princípio Republicano, criando-se precedentes temerários, pois maiores críticas ao positivismo e ao formalismo, estes impõem certos limites, principalmente em uma seara jurídica na qual há possibilidade de apropriações pelo estado e do confisco.

A reunião de súmulas, orientações jurisprudenciais, bem como das legislações pertinentes ao tema de estudo proposto não criam um contexto impositivo suficiente para substituir a prescrição do legislador, mormente o sistema jurídico atual.

Considerações Finais

O presente artigo tentou, de forma breve e despretensiosa, ponderar reflexões sobre a titularidade e

legitimidade de uma Súmula em compelir e determinar uma responsabilidade tributária, ainda que de forma subsidiária, do tomador dos serviços nas lides em que não se possam cobrá-las do devedor principal, qual seja o prestador de serviços.

Para uma visualização holística do assunto, definiram-se limites e conceitos envolvidos na pesquisa, bem como se apresentaram legislações, súmulas e revisão bibliográfica para embasar o estudo.

Diante da pesquisa proposta, entende-se que não há qualquer legislação pertinente para determinar a responsabilidade tributária subsidiária pelo pagamento das contribuições previdenciárias do tomador dos serviços, no caso de impossibilidade do prestador de serviços condenado em ação na justiça do trabalho.

Há apenas um comando jurisprudencial, ilegítimo e incompetente para tal determinação, à luz do princípio da legalidade, da anterioridade dentre outros elencados na constituição no artigo 150 e subsequentes.

Desse modo, entende-se que uma jurisprudência, ainda que consolidada através de uma súmula, ainda que sob o enfoque de lacuna legislativa, não poderia determinar a responsabilidade tributária, criando o judiciário a hipótese de incidência, o fato gerador e a responsabilidade do sujeito passivo tributário.

25 HARADA, p. 289.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do Trabalho*, Tomo I e II. 4ª Edição Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2008;
- DELGADO; Mauricio Godinho. *Curso de Direito Do Trabalho*, 5ª Edição, São Paulo, Editora LTr. 2006;
- DE PAULA, Daniel Giotti, *Em Busca do Tempo Perdido: As Contribuições e sua Peculiar Condição no Direito Tributário Brasileiro*, Revista da PGFN, III, 2012. disponível em <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/Q%252054%2520em%2520bsca%2520do%2520tempo%2520perdido.pdf+&ccd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, cesso em dezembro de 2016
- GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009;
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª Edição, Método, São Paulo, 2010;
- GIRARDI, Dante, *A Terceirização Como Estratégia Competitiva nas Organizações*, 1ª Edição, Florianópolis, 2006.
- GUNTHER, Luiz Eduardo, ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Descontos previdenciários e fiscais na Justiça do Trabalho*. In: *Jornal Trabalhista Consulex*. Brasília, n. 893, dez.2001.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura 'sui generis'*. São Paulo: Dialética, 2000.
- HARADA, Kiyoshi, *Direito Financeiro e Tributário*. 18ª ed.São Paulo: Saraiva, 2009.
- Supremo Tribunal Federal – STF, Informativo nº 397, DISPONÍVEL EM <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo397.htm#Substitui%C3%A7%C3%A3o%20Tribut%C3%A1ria%20e%20Restitui%C3%A7%C3%A3o%20-%207>). Acesso em dezembro de 2016.
- _____. Pesquisa jurisprudencial, verbetes imposto de renda e competência justiça do trabalho, disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em janeiro de 2017;
- TOVAR, Zehuri. *Contribuição Patronal: base de cálculo*. Disponível em: [http://www.zehuritovar.com.br/ArquivoUpload/Publicacoes/33_BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL.pdf](http://www.zehuritovar.com.br/ArquivoUpload/Publicacoes/33_BASE%20DE%20C%C3%A1lculo%20da%20Contribui%C3%A7%C3%A3o%20Patronal.pdf) acesso em janeiro de 2017;
- Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 331, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017;

_____. Súmula 368, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017;

_____. Orientação Jurisprudencial n. 363, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017;

_____. Orientação Jurisprudencial 368, disponível em www.tst.jus.br, acesso em janeiro de 2017;

LEI n. 6.019 de 1974, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em dezembro de 2016;

_____ n. 8.812 de 1991, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em dezembro de 2016;

Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em www.planalto.gov.br, acesso em dezembro de 2016;