

Abono de férias (1/3) da  
Constituição de 1988

*[Handwritten signature]*

- natureza jurídica e incidência de contribuições previdenciárias

PARECER

**I - DO ABONO DE FÉRIAS COMPULSÓRIO**

1 - Consultam-nos sobre a natureza jurídica da prestação instituída pelo art. 7º, nº XVII, da Constituição, da qual depende a incidência, ou não, das contribuições para a Previdência Social.

2 - O precitado dispositivo assegura aos trabalhadores urbanos e rurais:

**“XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”**

3 - A legislação vigente quando da promulgação da Lex Fundamentalis de 1988, visando a proporcionar o efetivo gozo das férias, facultava ao empregado converter um terço das mesmas em abono pecuniário (art. 143 da CLT); e porque esse abono não impedia a percepção do salário normal, nem era devido como contra-prestação de serviço contratado, a CLT explicitou:

**“Art. 144 - O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho,**

~~FF~~

do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de 20 (vinte) dias do salário, não integração a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.”(Redação da lei nº 9.528/97)

4 - É evidente que o terço referido no precitado inciso constitucional, cujo objetivo é proporcionar ao empregado condições financeiras para usufruir as férias a que tem direito, equipara-se, quanto às finalidades e natureza jurídica, aos abonos mencionados no art. 144 da Consolidação: não constitui salário, por não corresponder a contraprestação de serviço contratado, nem a remuneração, porque esta é a soma do salário com as gorjetas habituais (art. 457).

5 - Carlos Alberto Chiarelli, jurista que atuou, como parlamentar, nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, explica que o terço aludido na CLT, depois da revisão de 1977, da qual ele participou e nós presidimos.

**“Ganhou intimidade de convivência, rastro histórico e vinculação legal com o instituto das férias .**

**Agora, o constituinte de 1988, na linha traçada pelas leis anteriores, resolveu consagrar o avanço, inscrevendo-o na Lei Maior”(“Trabalho na Constituição”, SP, Ltr., 1989, vol. I, pág. 154).**

6 - Daí os comentários do douto Celso Pinheiro Bastos ao inciso XVII do art. 7º da Constituição, afirmando que a tese da inconstitucionalidade da conversão do terço de férias em abono pecuniário — não considerado salário —.

**“ surge agora reforçada pela nova Constituição, pela previsão de um acréscimo de um terço na remuneração das férias. Esse reforço é explicável pelas necessidades acrescidas do empregado durante as férias. Estas não se traduzem num mero não-fazer, mas impõem,**

~~A~~


para que possam bem cumprir o seu papel restaurador de forças desgastadas, a prática intensa de atividades de lazer, normalmente envolvendo despesas”(“Comentários à Constituição do Brasil”, SP, Saraiva, 11989, vol. II, pág. 460).

7 - A identidade entre os abonos pecuniários de que cogita o art. 144 da CLT, ao negar-lhes a natureza salarial, e o acréscimo, adicional ou abono tornado obrigatório pela Carta Magna, tem sido proclamada, interativamente, pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, a quem compete uniformizar a jurisprudência trabalhista:

“Se o empregador já concedia aos empregados um percentual a título de abono de férias em valor superior ao terço constitucional de férias, criado posteriormente, a determinação de pagamento do terço constitucional relativo ao período anteriormente pago caracteriza o “bis in idem” por haver identidade de natureza e finalidade entre as duas benesses. Orientação contrária desestimulará a concessão espontânea de benefícios pelo empregador.”(Ac. da SDI nos Embargos nº ERR-104855, rel. Min. Ronaldo Lopes Leal, DJ de 14.11.97);

“Gratificação de férias e abono constitucional de férias. Tendo em vista a identidade entre a gratificação de férias e o abono constitucional e sendo o primeiro de valor superior ao mínimo instituído pela Carta Magna, nada mais devido ao autor, por ter sido o abono absorvido pela gratificação”(Ac. da 5ª Turma no RR-161652, rel. Min. Armando de Brito, DJ de 31.10.97)

“Quem paga gratificação de férias no valor de cinquenta por cento não fica sujeito a paga de mais um terço pelo advento da norma constitucional”(Ac. da 3ª Turma no RR-337573, rel., Min. José Luiz Vasconcelos, DJ de 17.10.97);



“Gratificação de após férias e abono de um terço constitucional. Compensação. O adicional constitucional de um terço sobre as férias é compensável com a gratificação de férias instituída pela C. F, em face da identidade de escopo jurídico”(Ac. da 2ª Turma no RR-233466, rel. Min. Ângelo de Carvalho e Silva, DJ de 22.8.97)

## II - DA BASE DE INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

8 - A Constituição Federal, ao dispor sobre a seguridade social, preceitua:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II - dos trabalhadores;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

.....  
§ 4º. A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

9 - O citado art. 154, inserido no Capítulo que trata do Sistema Tributário Nacional, autoriza a União a instituir:

“I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-acumulativos e não tenham fato

A

gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição”(grifamos)

10 - Por sua vez, ao tratar especificamente da Previdência Social, a Carta Magna estatui no seu art. 201:

“§ 4º Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos termos da lei”(grifamos)

11 - Dessas normas de hierarquia constitucional resulta inquestionável que:

a) no concernente a empregadores, as contribuições para a seguridade social incidirá sobre a “folha de salários, o faturamento e o lucro”;

b) somente por lei complementar poderá a União instituir outras contribuições para manter ou expandir a seguridade social, que compreende a previdência social;

c) os “ganhos habituais do empregado” podem compor o salário sobre o qual incidem as contribuições previdenciárias.

12 - Ora, o abono de férias compulsório, imposto pela Constituição vigente (art. 7º, XVII), tal como os referidos nos arts. 143 e 144 da CLT, não possui natureza salarial, nem corresponde a “ganhos habituais” do emprego. Logo, não pode servir de base para a incidência das contribuições previdenciárias.

13 - O precitado art. 144 preceitua que esses abonos

**“Não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.”**

Antes da Lei nº 9.528, de 1997, mencionava:

**“para os efeitos da legislação do trabalho e da previdência social.”**

Mas a supressão feita não altera a equação jurídica em foco, porquanto a Constituição alude a “folha de salários”, “ganhos habituais” e “salário”(arts. 195, I, e 201, § 4º) e quem conceitua o salário é a Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 457 e 458)

14 - Discorrendo sobre a regra de hermenêutica que deve ser observada na interpretação e aplicação do Direito Tributário, mestre Carlos Maximiliano advertiu que suas disposições devem ser

**“rigorosamente taxativas”; deve, por isso, abster-se o aplicador de lhes restringir ou dilatar o sentido... Não suportam o recurso à analogia, nem a interpretação extensiva; as suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, estrito. Também no Direito Fiscal se observa, com as reservas já enunciadas, o brocado célebre - in dubio pro reo ou o seu semelhante - in dubio contra fiscum” (grifos nossos. CARLOS MAXIMILIANO, “Hermenêutica e Aplicação de Direito”, Rio, Freitas Bastos, 3ª ed., 1941, págs. 390/1).**

15 - Aliás, o Código Tributário Nacional contém regra específica a propósito do tema:

*Handwritten mark*


**“Art. 110. A Lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas constituições dos Estados ou pelas leis orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.**

16. Comentando essa disposição, escreveu o emérito ALIOMAR BALEEIRO:

**“Para maior clareza da regra interpretativa, o CTN declara que a inalterabilidade das definições, conteúdo e alcance dos institutos, conceitos e formas do Direito Privado é estabelecida para resguardá-los no que interessa à competência tributária. O texto acotovela o pleonasma para dizer que as definições e limites dessa competência, quando estatuídos à luz de direito Privado, serão as destes, nem mais nem menos” (“Direito Tributário Nacional”, Rio, Forense, 8ª ed., 1976, pág. 405).**

17. Para o renomado tributarista GERALDO ATALIBA, em lição invocada por ZOLÁ FLORENZANO, se a lei tributária

**“simplesmente faz remissão a institutos ou fórmulas de direito privado, estas são acolhidas tal como elaboradas no seu campo próprio. Da mesma forma, a referência a termos técnicos ou científicos, próprios de qualquer ciência, obriga a entendê-los tal como formulados no campo de origem - como ocorre na exegese jurídica em geral” (“Curso Superior de Direito Tributário”, Rio, Rev. Fiscal, 1972, págs. 48/9).**



18. Descabe, portanto, em bom Direito, a ampliação de fatos geradores de tributos definidos em lei, motivo por que as expressões “salário” e “ganhos habituais do empregado” devem ser entendidas tal como conceituadas pela legislação trabalhista.

19 - Essa tese, como não poderia deixar de ser, vem sendo acolhida pela Colenda Suprema Corte:

“Fora das hipóteses explicitamente contempladas, obstaculizou-se a possibilidade de - repito - via lei ordinária, serem estabelecidas novas contribuições. É que, no mesmo artigo, a demonstrar, a mais não poder, que os casos relativos a contribuições mostravam-se exaustivos, inseriu-se parágrafo viabilizando a instituição, mediante lei, de outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o teor do art. 154, inciso I, da Carta. Confira-se com o que se contém no § 4º do artigo 195 em análise. Pois bem, a remissão, sem restrições, ao artigo 154, inciso I, confere predicado ao vocábulo “lei” inserto em tal parágrafo. É que nele se contém não só a proibição de vir-se a ter tributo com infringência do princípio da ‘não-cumulatividade’, com identidade de ‘fato gerador’ ou ‘base de cálculo’ próprios dos discriminados na Carta, como também vinculação reveladora do meio hábil para chegar-se à criação respectiva. Em última análise, temos que a faculdade, conferida à União, de instituir novos tributos ficou jungida à edição de lei complementar. Creio que, diante dos precedentes desta Corte, dúvidas não pesam sobre o fato de, constitucionalmente, ter-se via única para a criação de novos tributos”(Ac. do Tribunal Pleno de 12.05.94 no RE-166.772-9-RS, rel. Min. Marco Aurélio de Mello).



**Ação direta de inconstitucionalidade referente a contribuições para a previdência social não instituídas por lei complementar:**

**“-Relevância da fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 22 da Lei 8.212/91 na redação dada pela Medida Provisória 1.523-13 e mantida pela medida Provisória 1.596/14. Ocorrência do requisito da conveniência da suspensão da sua eficácia.**

**Suspensão do processo desta ação quanto às alíneas “d” e “e” do § 9 do artigo 28 da Lei 8.212/91 na redação mantida pela Medida Provisória 1.523-13, de 23.10.97. Liminar deferida para suspender eficácia “ex nunc”, do § 2º do artigo 22 da mesma Lei na redação dada pela Medida Provisória 1.596-14, de 10.11.97”(Ac. do Tribunal Pleno, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 08.05.98).**

20 - Entendemos, destarte, que as contribuições previdenciárias não incidem sobre a prestação pecuniária imposta pelo art. 7º, XVII, da Lei Maior (foi explícita sua denominação: abono, adicional ou gratificação), porquanto não se trata de salário, nem de ganho habitual do empregado.

S.M.J., é o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 17 de junho de 1998.



Arnaldo Lopes Susekind

Consultor Jurídico-Trabalhista