



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10865.003901/2008-01
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2402-010.768 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 14 de setembro de 2022
Recorrente SERVIÇO MUNICIPAL DE TRANSPORTES COLETIVOS DE ARARAS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2005

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF.

LEGITIMIDADE PASSIVA. ENTE PÚBLICO.

Os órgãos e entidades da administração pública direta são considerados empresa para fins previdenciários, sujeitando-se às obrigações decorrentes da Lei 8.212/1991.

DECADÊNCIA PARCIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O direito de a Seguridade e Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

EMPREGADO PÚBLICO. VINCULAÇÃO AO RGPS.

Os regimes próprios de previdência devem abranger somente os servidores titulares de cargos efetivos, admitidos através de concurso público. Os servidores com outros tipos de vínculos com a administração pública, entre eles os empregados públicos, são segurados obrigatórios do RGPS.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário interposto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Honório Albuquerque de Brito (suplente convocado), Rodrigo Duarte Firmino e Vinícius Mauro Trevisan.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 10ª Tuma da DRJ/RJO, consubstanciada no Acórdão nº 12-88.163 (p. 415), que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (AI DEBCAD 37.157.520-6, consolidado em 06/11/2008), contra a autarquia municipal acima identificada, no valor de R\$ 190.784,63, acrescidos de juros, referente às contribuições destinadas à Seguridade Social, correspondentes à quota patronal, incidentes sobre as remunerações de empregados públicos indevidamente vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social - RPPS do Município de Araras.

2. Conforme Relatório Fiscal (fls. 24/29), a presente ação fiscal se originou de uma Representação Administrativa formalizada pelo Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público, o qual realizou auditoria direta no RPPS no município de Araras, identificando, entre outras irregularidades, a manutenção como segurados de seu RPPS um grupo de servidores em desacordo com a legislação, os quais deveriam estar obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, juntando cópia da referida Representação Administrativa às fls. 51/58.

DA IMPUGNAÇÃO

3. A interessada interpôs impugnação às fls. 75/82, alegando em suma:

3.1. a prescrição quinquenal do período reclamado no Auto de Infração em questão, nos termos do Decreto 20.910/1932;

3.2. a ilegitimidade da autuação do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras - TCA, haja vista que a TCA é apenas órgão repassador dos valores descontados, agindo em obediência ao princípio da legalidade, cumprindo a legislação municipal;

3.3. que não há amparo legal ao presente Auto de Infração com relação aos valores descontados e repassados, relativos ao extinto Fundo Municipal de Seguridade Social - FMSS e ao atual Fundo Municipal de Seguridade Social denominado ARAPREV, sob o argumento de que o contrato desses servidores está regido pela CLT;

3.4. que os servidores relacionados no levantamento da Remuneração dos Empregados Públicos vinculada ao RPPS constante do Auto de Infração tiveram seu contrato de trabalho celebrado antes da introdução do Regime Jurídico Único dos Funcionários Municipais, e posteriormente vieram a adquirir estabilidade, sendo a maioria deles concursados;

3.5. que na condição de servidores públicos municipais concursados e estáveis, o correto é fazer seus recolhimentos previdenciários sob o regime próprio de previdência social e não ao INSS;

3.6. que o fato dos servidores relacionados estarem sob a égide da CLT não obsta que os mesmos se vinculem ao Regime Próprio de Previdência Social, vez que o regime funcional não se confunde com o regime de previdência;

- 3.7. que a Lei Municipal n.º 2535/1993 excluiu apenas os ocupantes de cargos em comissão do seu regime próprio, mantendo os demais servidores públicos efetivos e celetistas;
- 3.8. que posteriormente foi editada a Lei Municipal n.º 3.806/2005, criando a ARAPREV, entidade atualmente responsável pela previdência social dos servidores;
- 3.9. que o fato dos servidores relacionados estarem sob a égide da CLT, não obsta que os recolhimentos fossem feitos ao antigo FMSS e atual ARAPREV, vez que irão gozar dos benefícios, referentes à pensão, aposentadoria e outros;
- 3.10. que não há que se falar em falta de descontos e recolhimentos ou recolhimentos indevidos, sendo que qualquer valor que a autuante pretenda reaver a seu favor deverá ser pleiteado diretamente do Município de Araras e da ARAPREV Entidade Pública responsável pelo RPPS dos servidores, sendo ela a detentora dos valores descontados dos salários;
- 3.11. que questão idêntica já foi julgada pela Justiça do Trabalho, no sentido de que em se tratando da Administração Pública podem se submeter ao RPPS tanto os estatutários como os celetistas;
- 3.12. que a maioria dos servidores relacionados prestaram concurso público, o que evidencia ainda mais o caráter estável do regime contratual que determina de forma reflexa o acerto do recolhimento previdenciário ao Regime Próprio de Previdência Social;
- 3.13. que frente a tais assertivas e da farta prova documental apresentada, impossível não pugnar pela improcedência do referido Auto de Infração.

Da diligência

4. Consoante Resolução DRJ/RJO I n.º 072, de 02/06/2010 (fls. 208/209), retornaram-se os presentes autos para a fiscalização, para esclarecimento sobre dúvidas acerca da base de cálculo utilizada referente à remuneração de servidores indevidamente vinculados ao Regime Próprio de Previdência do Município, mais especificamente quanto à declaração ou não da referida base de cálculo apurada em GFIP. Solicitou-se também a confirmação da ciência da Representação Administrativa de fls. 51/58, por parte da autuada, bem como eventual demonstração da retificação do lançamento.

4.1. Tal solicitação foi atendida, conforme Informação Fiscal de 26/07/2010 (fls. 215/218), a qual, em suma, ratificou o lançamento realizado, esclarecendo, fundamentadamente que as bases de cálculo utilizadas no lançamento não foram declaradas em GFIP como sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, mas tão somente ao FGTS. Confirma a ciência por parte da autuada da Representação Administrativa de fls. 51/58, quando da Auditoria realizada pelo Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público – DRPSP (06/2007). Acrescenta ainda que a partir da competência 06/2007, a autuada providenciou a alteração do enquadramento dos segurados indevidamente vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, alterando seu vínculo do “RPPS” para o “RGPS”.

Do Acórdão n.º 12-33.196, de 14/09/2010 (fls. 227/235)

5. Da análise da impugnação apresentada, da Informação Fiscal, a 10ª Turma da DRJ/RJ1 concluiu pela procedência parcial do Auto de Infração, retificando o débito para R\$ 145.854,11, acrescidos de juros, consoante DADR de fls. 221/226. A razão da retificação realizada foi tão somente o reconhecimento da decadência para parte do período lançado.

Do Recurso Voluntário

6. O contribuinte apresenta recurso voluntário às fls. 238/246, reiterando as razões de defesa e acrescentando, em sede preliminar, que no período da autuação estava em vigor o art. 41, da Lei 8.212/1991, que previa a responsabilidade pessoal do dirigente em caso de infração à legislação previdenciária.

Do Acórdão no 2803-00.789, da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, de 07/06/2011 (fls. 344/349)

7. O Acórdão proferido pelo CARF, decide pela anulação da decisão de primeira instância, para que seja dada ciência ao contribuinte do Relatório Fiscal Complementar e do Discriminativo Analítico de Débito Retificado, abrindo-se novo prazo para impugnação.

8. A Delegacia da Receita Federal do Brasil – DRF/SP/ARF interpôs embargos de declaração contra o Acórdão proferido pelo CARF, alegando divergência entre o nome do recorrente constante no Acórdão e em seu relatório, requerendo a revisão do Acórdão. Os embargos foram acolhidos, saneando o equívoco suscitado pela DRF, bem como corrigindo a data da sessão de julgamento (Acórdão n.º 2803-002.080, de 19/02/2013).

Da ciência do Acórdão e demais atos processuais

9. A interessada foi cientificada do Acórdão por via postal, consoante AR de fls. 371, em 16/12/2013.

10. O processo foi encaminhado para esta Turma da DRJ/RJO, para prosseguimento. No entanto, verificou-se a necessidade de retorno ao órgão preparador, para que fosse cumprido o determinado pelo Acórdão n.º 2803-00.789, de fls. 344/349, ou seja, que fosse dada ciência ao contribuinte dos documentos juntados pelo Auditor-Fiscal (Informação Fiscal de fls. 215/218) e DADR (fls. 221/226), com reabertura do prazo de defesa.

Da reabertura do prazo de defesa

11. Em atendimento ao solicitado, mediante Despacho de fls. 377, o contribuinte foi cientificado dos documentos de fls. 215/218 e 221/226, e informado do novo prazo de impugnação (Termo de Intimação n.º 107/2016 de fls. 378 e AR de fls. 412/413).

Da nova impugnação

12. No prazo legal, a autuada interpõe nova impugnação, às fls. 379/390, reiterando os argumentos já elencados na impugnação originária e no recurso voluntário.

A DRJ julgou procedente em parte a impugnação apresentada pela Contribuinte, nos termos do susodito Acórdão n.º 12-88.163 (p. 415), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2005

LEGITIMIDADE PASSIVA. ENTE PÚBLICO.

Os órgãos e entidades da administração pública direta são considerados empresa para fins previdenciários, sujeitando-se às obrigações decorrentes da Lei 8.212/1991.

DECADÊNCIA PARCIAL. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

O direito de a Seguridade e Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

EMPREGADO PÚBLICO. VINCULAÇÃO AO RGPS.

Os regimes próprios de previdência devem abranger somente os servidores titulares de cargos efetivos, admitidos através de concurso público.

Os servidores com outros tipos de vínculos com a administração pública, entre eles os empregados públicos, são segurados obrigatórios do RGPS.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ em 22/08/2017 (p. 431), a Contribuinte, em 16/09/2017, apresentou o competente recurso voluntário (p. 435), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

(i) responsabilidade pessoal e direta do dirigente, nos termos do art. 41 da Lei 8.212/91, vigente à época dos fatos geradores;

(ii) decadência total do lançamento fiscal; e

(iii) ilegitimidade da autuação do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal com vistas a exigir as contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa e para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de capacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT).

De acordo com o Relatório Fiscal (p. 24), tem-se que:

O referido contribuinte esteve sob auditoria direta no Regime Próprio de Previdência Social — "RPPS", realizada pelo Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público — "DRPSP", destinada a verificar o cumprimento dos critérios e exigências para a constituição e funcionamento do Regime Próprio de Previdência Social daquele município, estabelecidos pelo artigo 40 da Constituição Federal, pela Lei nº 9.717 de 27/11/1998 e pelos atos normativos regulamentares correlatos, que abrangeu o período de 01 /2001 a 03/2007, tendo sido encerrada com a entrega da Notificação Fiscal de Auditoria Fiscal nº 0119/2007 de 05/06/2007, onde constatou-se que o Município de Araras vem mantendo como segurados de seu "RPPS" um grupo de servidores em desacordo com a legislação, os quais deveriam estar obrigatoriamente, vinculados ao Regime Geral de Previdência Social — "RGPS", o que terminou pela emissão de Representação Administrativa — "RA" destinada a Secretaria da Receita Federal do Brasil para as providências quanto a cobrança das contribuições sociais incidentes sobre a remuneração daqueles segurados.

A Contribuinte, em sua peça recursal, reiterando os termos da impugnação apresentada, defende, em síntese, os seguintes pontos:

(i) responsabilidade pessoal e direta do dirigente, nos termos do art. 41 da Lei 8.212/91, vigente à época dos fatos geradores;

(ii) decadência total do lançamento fiscal; e

(iii) ilegitimidade da autuação do Serviço Municipal de Transportes Coletivos de Araras.

Considerando que tais alegações de defesa em nada diferem daquelas apresentadas em sede de impugnação, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor neste particular, *in verbis*:

Da preliminar

15. Preliminarmente, argui a impossibilidade de a autarquia municipal ser autuada, por infração cometida no período de vigência do art. 41, da Lei 8.212/1991, que atribua

responsabilidade pessoal ao dirigente, citando julgados da mesma turma no sentido de tornar improcedente o crédito tributário.

16. Vejamos então o que dispunha o artigo 41, da Lei 8.212/1991, antes de sua revogação pela MP 449/2008:

Art. 41. O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos desta Lei e do seu regulamento, sendo obrigatório o respectivo desconto em folha de pagamento, mediante requisição dos órgãos competentes e a partir do primeiro pagamento que se seguir à requisição.

17. Da simples leitura do dispositivo se verifica que a responsabilidade pessoal do dirigente se restringia às penalidades decorrentes de infrações à legislação previdenciária.

18. Nesse passo, cumpre esclarecer que o presente Auto de Infração, ao contrário dos Autos de Infração tornados improcedentes por esta turma (processo 10865.003921/2008-73, citado como paradigma pela impugnante), foi lavrado em decorrência do descumprimento da obrigação principal, relativa ao não recolhimento de parte da contribuição devida à Seguridade Social, não incluída em GFIP. Dessa forma, não possui a mesma natureza das multas lançadas em autos de infração por descumprimento de obrigação acessória.

18.1. Não há que se confundir a obrigação principal com a acessória, vide o artigo 113, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional – CTN.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

19. Ademais, para fins previdenciários, os entes públicos são considerados como empresas, consoante disposto no art. 15, da Lei 8.212/1991, e, como tais, sujeitam-se às contribuições instituídas pela Lei 8.212/1991 (art. 22 e incisos).

20. Ultrapassada a preliminar, passamos a examinar o mérito.

Da Decadência

21. Primeiramente, tem-se que com a edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, de 12/06/2008, publicada no DOU nº 117 de 20/06/2008, adiante transcrita, a aplicação do art. 45, da Lei 8.212/1991 foi afastada, por vício de inconstitucionalidade, senão vejamos:

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

22. Os Ministros do STF entenderam que lei ordinária não pode dispor sobre prazos de decadência, por se tratar de matéria reservada à lei complementar, sendo aplicável às contribuições sociais, previstas no artigo 149 da Constituição Federal, o disposto no artigo 146, inciso III, do referido diploma legal.

23. Pelo posicionamento adotado pela egrégia Corte, a Fazenda Pública não pode exigir as contribuições sociais no prazo de 10 anos previsto nos dispositivos declarados inconstitucionais.

24. Na modulação dos efeitos da Súmula nº 08, os Ministros estabeleceram que a decisão que considerou os artigos. 45 e 46 da Lei 8.212/1991 inconstitucionais terá eficácia retroativa somente para aqueles que já ajuizaram as respectivas ações judiciais ou solicitações administrativas até a data do julgamento da referida Súmula.

25. Cabe ressaltar que a Súmula Vinculante foi criada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o artigo 103-A na Constituição Federal, com a seguinte disposição:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

26. Pelo teor do texto constitucional e da Lei 11.417/2006, que regulamentou a matéria, as Súmulas devem ser seguidas rigorosamente pelos órgãos da administração pública direta.

27. Logo, em face da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991, a constituição do crédito relativo às contribuições previdenciárias deve obedecer ao prazo decadencial previsto no CTN. Entendemos que os critérios a serem aplicados na apuração do prazo decadencial, conforme os parâmetros fornecidos pelo CTN, foram expostos de forma clara e precisa na ementa da decisão proferida no Recurso Especial 784.218/SP, DJU de 29/08/2006, abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. No lançamento por homologação, o contribuinte, ou o responsável tributário, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito condicionada à futura homologação, expressa ou tácita pela autoridade fiscal competente. Havendo pagamento antecipado, o fisco dispõe do prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente (art. 150, § 4º do CTN).

2. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN: cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado.

3. Em síntese, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário será: a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração (regra geral do art. 173, I do CTN); b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso de lançamento por homologação em que há pagamento antecipado pelo contribuinte (aplicação do art. 150, § 4º do CTN) e c) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado nos casos de tributo sujeito à homologação sem que nenhum pagamento tenha sido realizado pelo sujeito passivo, oportunidade em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação.

4. Na hipótese, houve pagamento antecipado e pretende o fisco cobrar diferenças relacionadas à apuração a menor realizada pelo contribuinte. Aplicando-se a regra do art. 150, § 4º, do CTN, deve ser reconhecida a decadência do direito de lançar tributos cujo fato gerador tenha ocorrido em momento anterior aos cinco anos que antecedem a notificação do auto de infração ou da nota de lançamento.

5. Recurso especial provido (Resp 784.218/SP, DJU de 29.08.2006).

28. Uma vez estabelecidos os parâmetros a serem utilizados na apuração do prazo decadencial, resta verificar se no caso em questão ocorreu, ou não, a decadência do direito do Fisco de efetuar o lançamento fiscal.

29. Em consulta ao sistema informatizado de arrecadação da Receita Federal do Brasil, constam guias de recolhimentos em todas as competências do lançamento (fls. 220).

30. Assim sendo, consoante os parâmetros acima expostos, verifica-se que ocorreu o lançamento por homologação, logo o prazo a ser aplicado na apuração da decadência é o previsto no artigo 150, § 4º do CTN: cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi pago ou lançar a diferença acaso existente.

31. Necessário determinar o dies a quo para contagem do prazo de decadência. No caso em análise, a ciência do lançamento ocorreu pessoalmente em 17/11/2008 (fls. 02), sendo apuradas contribuições e acréscimos legais relativos ao período de 01/2003 a 13/2005. Para as contribuições e acréscimos legais lançados até a competência 10/2003, ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento, pelo que as competências do período de 01/2003 a 10/2003 serão excluídas do lançamento, e as demais mantidas.

Da sujeição passiva

32. Alega a impugnante que por ter recolhido as contribuições previdenciárias ao Fundo Municipal de Seguridade Social, em obediência à legislação municipal, não pode ser sujeito passivo da presente exação e que qualquer valor que o Fisco federal pretenda reaver deverá pleitear diretamente ao Município de Araras e da Entidade Pública responsável pelo RPPS dos servidores.

33. Entretanto, o fato de a Autarquia ter, na observância da legislação municipal, recolhido as contribuições previdenciárias para o RPPS, ao invés de para o RGPS, não tem o condão de afastar sua condição de contribuinte de direito das contribuições previdenciárias, destinadas ao RGPS, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados (empregados públicos) que lhe prestaram serviços, consoante dispositivos da Lei 8.212/1991, vigentes à época dos fatos geradores, a seguir transcritos:

“Art. 15. Considera-se:

I- empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

(...)

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devida à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, até o dia dois do mês seguinte ao da competência;

(Redação dada pela Lei nº 9.876/1999)

34. No tocante à alegação de que os servidores públicos relacionados no presente Auto de Infração tiveram seu contrato de trabalho celebrado antes da introdução do Regime Jurídico Único dos Funcionários Municipais, sendo em sua maioria concursados e estáveis, tem-se que tais circunstâncias não implicam a transformação automática de empregados públicos em servidores estatutários, senão vejamos breve histórico da legislação municipal constante às fls. 52, acerca dos regimes de trabalho e dos regimes previdenciários adotados pelo Município de Araras, *in verbis*:

“a) O Município de Araras contratava seus servidores públicos tanto pelo regime estatutário (Lei 1.026/1972) como pelo regime celetista (CLT).

b) confirma a existência dos dois regimes de trabalho a Lei nº 1.414/1981 (“normas e estrutura do quadro de pessoal da Prefeitura”, que previa a existência de um quadro de “cargos” para os servidores regidos pelo Estatuto (artigo 4º e Anexo I) e de um quadro de “funções” para os servidores regidos pela CLT (artigo 5º e Anexo II).

c) A Lei n.º 2.227/1990 instituiu o regime estatutário como regime jurídico único dos servidores públicos municipais, estabelecendo um prazo de 180 dias para que os servidores regidos pela CLT pudessem optar pelo regime estatutário, com a condição de que tivessem sido admitidos mediante prévia aprovação em concurso público ou terem sido beneficiados pela estabilidade do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

d) A Lei n.º 2.535/1993 incluiu os servidores pelo regime da CLT entre aqueles amparados pelo RPPS, através de seu artigo 37.”

35. Também a Lei n.º 1.566/1984 (fls. 85/92), que criou a Autarquia ora impugnante, previu em seu art. 18, § 1º, que “O pessoal da Autarquia será admitido sob o regime empregatício da Legislação Trabalhista, mediante prova de seleção”, o que é comprovado pelos Editais e Portarias juntados pela própria impugnante às fls. 167/198.

36. Com efeito, a interessada não nega a existência de servidores celetistas, mas tão somente à obrigatoriedade de sua vinculação ao RGPS, quando existia lei municipal em vigor que os vinculava ao RPPS.

37. Veja-se que conforme legislação citada nos itens anteriores, os servidores celetistas remanescentes após a instituição do Regime Jurídico Único foram incluídos entre os amparados no RPPS pela Lei 2.535/1993, o que pela redação então em vigor da Constituição Federal, foi feito legitimamente.

38. No entanto, com o advento da Emenda Constitucional n.º 20/1998, a redação do “caput” do art. 40 da Constituição Federal foi alterada, passando a assegurar o RPPS apenas para os servidores titulares de cargos efetivos, in verbis:

“Art. 40. O servidor será aposentado (...)” redação original

“Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/1998)

39. Para não deixar qualquer dúvida de interpretação, ainda incluiu ao mesmo artigo o § 13, determinando que “Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

40. Assim, a partir da vigência da EC n.º 20, de 15/12/1998, o RPPS passou a amparar apenas os servidores titulares de cargos efetivos, vinculando-se os empregados públicos obrigatoriamente ao RGPS, derogando-se todas as leis em sentido contrário.

41. O próprio STF, instado a se manifestar quanto à constitucionalidade da do § 13, do art. 40, da Constituição Federal, introduzido pela EC n.º 20/1998, além de sequer conhecer da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pacificou o entendimento acerca da auto-aplicabilidade do novel dispositivo constitucional, pelo que a existência de Lei Municipal vigente não seria óbice ao seu descumprimento, como alega a impugnante, senão vejamos:

EMENTA: - Ações diretas de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei n.º 9.717/98, Portarias n.ºs 4882 e 4883 de 1998 e 4992 de 1999 do Ministro da Previdência e da Assistência Social, artigo 40, § 13, da Carta Magna na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15.12.98, e Orientação Normativa INSS n.º 10/99, Orientação Normativa MPAS n.º 9/99 e Ordem de Serviço INSS n.º 619/99.

- Quanto à argüição de ser o § 13 do artigo 40 da Carta Magna na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98 inconstitucional, está ela prejudicada, uma vez que esta Corte, na ADIMC n.º 2024, indeferiu a medida cautelar para suspender a eficácia desse dispositivo. - Por outro lado, tendo a Lei n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998, sido publicada anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 20/98, e tendo esta também de ser levada em consideração no exame da constitucionalidade da referida Lei, dada a causa de pedir em ação direta de inconstitucionalidade ser aberta, não é de ser conhecida a presente ação porque se estará no âmbito da revogação, o que não dá margem ao cabimento da ação direta de

inconstitucionalidade. - No tocante à inconstitucionalidade total, ou de alguns de seus dispositivos, das Portarias MPAS n.ºs 4882/98, 4.883/98 e 4.992/92, esta ação também não é de ser conhecida, porquanto as duas primeiras não dão margem ao controle concentrado de constitucionalidade por serem atos normativos que se destinam a execução de lei, e a última não está regulamentando o § 13 do artigo 40 da Constituição em sua redação atual por ser este auto-aplicável, mas, sim, está dando instruções, no âmbito da Administração Pública da Previdência e Assistência Social, aos servidores subordinados ao Ministério dessa área para a aplicação, à nova hipótese, da legislação infraconstitucional relativa ao regime geral de previdência social. Por fim, também não é de ser conhecida a presente ação quanto à Ordem de Serviço 619/99 da Diretoria do Seguro Social do INSS, à Orientação Normativa n.º 9/99 da Secretaria da Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social e à Orientação Normativa n.º 10/99 da Coordenação Geral de Arrecadação do INSS, porquanto, sendo o § 13 do artigo 40 da Carta Magna em sua redação atual auto-aplicável, não estão elas regulamentando-o, mas têm o exame de sua validade situado no terreno infraconstitucional. Ações diretas de inconstitucionalidade não conhecidas. (ADI 2009, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2001, DJ 09-05-2003 PP-00045 EMENT VOL-02109-02 PP-00204)

42. Faz-se necessário ainda fazer as distinções entre cargos, funções e empregos públicos, pelo que nos socorremos das lições de José dos Santos Carvalho Filho:

“Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ele equivalente.

A função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. (...)

Todo cargo tem função, porque não se pode admitir um lugar na Administração que não tenha a predeterminação das tarefas do servidor. Mas nem toda função pressupõe a existência do cargo. O titular do cargo se caracteriza como servidor público estatutário.

A expressão emprego público é utilizada para identificar a relação funcional trabalhista, assim como se tem usado a expressão empregado público como sinônima da de servidor público trabalhista. Para bem diferenciar as situações, é importante lembrar que o servidor trabalhista tem função (no sentido de tarefa, atividade), mas não ocupa cargo. O servidor estatutário tem o cargo que ocupa e exerce as funções atribuídas ao cargo.”

43. Por fim, quanto à alegação de que a maioria dos servidores eram concursados, tem-se que o simples fato de terem prestado concurso público não os torna ocupantes de cargos efetivos, já que pelo art. 37, II, da Constituição Federal, a prévia aprovação em concurso público é, em regra, condição de ingresso no serviço público, tanto para investidura em cargo como em emprego público.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior