



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11070.001421/2008-14
Recurso nº 511.567 Voluntário
Acórdão nº **2401-01.545 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICIPIO DE PALMEIRA DAS MISSOES-PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/05/2008

LANÇAMENTO DE CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO - SERVIDORES SEM CONCURSO - VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Ainda que represente irregularidade a existência de servidores trabalhando no serviço público sem concurso, a remuneração a eles paga é fato gerador de contribuições previdenciárias.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/05/2008

MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE DEFESA/IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Não devem ser conhecidas as razões/alegações constantes do recurso voluntário que não tenham sido suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado da segunda seção de julgamento, por unanimidade de votos: I) conhecer em parte do recurso; II) rejeitar a preliminar de decadência; e III) no mérito, negar provimento ao recurso.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Wilson Antonio de Souza Correa, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se do Auto de Infração – AI n. 37.172.926-2, posteriormente cadastrado na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho, no qual são exigidas do ente público notificado contribuições patronais para a Seguridade Social, incluindo aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT).

O crédito, consolidado em 10/09/2008, assumiu o montante de R\$ 314.082,81 (trezentos e quatorze mil, oitenta e dois reais e oitenta e um centavos).

De acordo com o Relatório da Auditoria Fiscal, fls. 229/233, os fatos geradores que deram ensejo ao presente lançamento foram as remunerações pagas a segurados empregados e a segurados contribuintes individuais e pagamento de faturas de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, além de glosas decorrentes de compensações de salário-família pagas indevidamente.

Incluem-se no AI as contribuições relativas a:

a) pagamentos efetuados a funcionários nas rubricas "36" diferença de difícil acesso, "408" ajuda de custo, "417" gratificação classe especial, "430" difícil acesso magistério, "431" difícil acesso servidores, "435" difícil acesso convocação, "811" folga trabalhada;

b) diárias que excederam a 50% da remuneração;

c) diferenças apuradas na folha de pagamento;

d) valores que deveriam ser retidos das empresas prestadoras de serviços;

e) diferença de RAT;

f) glosa de salário família;

g) valores pagos aos participantes da banda de música e a contribuintes individuais.

O órgão autuado apresentou impugnação, fls. 282/283, no qual insurge-se apenas contra o levantamento "MUS" — valores pagos aos integrantes da banda municipal.

Esclarece que os músicos ingressaram na via judicial pleiteando o vínculo empregatício com o Município e que o juiz, embora reconhecendo de fato a relação de emprego, retirou-lhe a validade porque ausente o requisito concurso público. Nesse sentido, declarada a nulidade da contratação daquelas pessoas físicas, inexistiria contribuições a recolher.

Em relação aos demais levantamentos, o autuado concordou com os mesmos e apresentou as Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP devidamente regularizadas e solicitou o parcelamento das contribuições correspondentes.

O AI foi desmembrado, seguindo a parte contestada para DRJ em Santa Maria (RS), que declarou procedente o lançamento, fls. 1.442/44, sob o fundamento de que a ocorrência do fato gerador independe da validade dos atos praticados.

Irresignado, o Município interpôs recurso voluntário, onde argüiu a decadência das contribuições lançadas cujos fatos geradores tivessem ocorrido a mais de cinco anos do lançamento.

Alega na seqüência que os pagamentos a título de “difícil acesso”, “ajuda de custo” e “diárias de viagem” são insusceptíveis de incidência de contribuições previdenciárias, haja vista que têm natureza de indenização.

Afirma que após o mês de agosto de 2005, todos os servidores concursados do Município passaram a ser amparados pelo Regime Próprio de Previdência Social, deixando de contribuir para o Regime Geral.

Na seqüência, afirma que, se a relação entre os músicos e o Município foi declarada nula pela Justiça do Trabalho, não há que se cogitar da cobrança de contribuição sobre os pagamento efetuados a essas pessoas físicas, haja vista que um liame nulificado não pode produzir quaisquer efeitos jurídicos.

Assevera que, nos termos da Súmula n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho, a contratação de servidor sem concurso público gera direito apenas ao recebimento da contraprestação pactuada e aos depósitos do FGTS.

Sustenta que se pode ver no processo relativo ao segurado Gilson Vieira Moreira que o Município não foi condenado ao pagamento das contribuições, mas apenas a quitar o saldo salarial e os depósitos ao FGTS.

Argüiu que o entendimento firmado pela Justiça do Trabalho de que a prestação de serviço até três dias por semana não gera relação de emprego, afasta a configuração do vínculo da Municipalidade com os músicos.

A exigência de contribuições sobre os pagamentos efetuados aos contribuintes individuais não é aplicável aos entes do Poder Público.

Pede o cancelamento das multas e penalidades aplicadas às contribuições indevidamente lançadas.

Ao final, pede o provimento do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, todavia, devo conhecê-lo apenas parcialmente, conforme veremos.

Embora suscitada apenas em sede de recurso, cabe-me, por ser questão de ordem pública, pronunciar-me acerca do argumento relativo à decadência do direito do Fisco de lançar contribuições que compõem o AI.

Verifico dos autos que a data da ciência do lançamento foi 15/09/2008 e as competências envolvidas no mesmo circunscrevem-se ao período de 01/2004 a 05/2008. Assim, mesmo adotando o critério de contagem do prazo decadencial pela norma do § 4.º do art. 150 do CTN¹ (mais favorável ao contribuinte), a competência inicial do AI somente estaria decadente em 01/02/2009.

Diante desse cenário, não há o que se falar em caducidade do direito da Fazenda de lançar as contribuições em questão.

As outras alegações apresentadas, exceto aquela relacionada à remuneração dos músicos integrantes da Banda Municipal, não merecem sequer ser conhecidas, haja vista que não aventadas em sede de impugnação.

Verifica-se aí a preclusão consumativa, caracterizada na perda da faculdade processual de manifestar em recurso inconformismo contra matérias que não tenham sido aventadas em sede de defesa.

Nos termos do art. 16, III, do Decreto n. 70.235/1972², a impugnação deverá mencionar os motivos de fáticos e jurídicos necessários a instalação da fase litigiosa do processo administrativo fiscal. Assim, em relação as matérias não constantes da impugnação, precluiu o direito do contribuinte de fazê-lo no recurso, isso nos termos do art. 17³ do mesmo diploma legal.

¹ Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

² Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

(...)

³ Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Vejo ainda que a recorrente adotou, ao solicitar parcelamento das contribuições decorrentes, procedimento frontalmente incompatível com as alegações não lançadas na impugnação e que agora quer fazê-las valer,.

Nesse sentido, entendo haver ocorrido também aí a preclusão lógica nesse proceder, como se pode inferir da abalizada doutrina dos Professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁴:

Preclusão lógica: a extinção do direito de efetivar certo ato processual também pode derivar da prática de algum ato com ele incompatível. Dessa forma, se a parte renuncia ao direito de recorrer, certamente não poderá manifestar interesse em oferecer recurso, já que praticara anteriormente ato incompatível com a segunda faculdade. A perda do direito de recorrer resulta da prática de ato logicamente inconciliável com aquele.

É essa a inteligência do § 2. do art. 78 do Decreto n. 70.235/1972⁵

Passo agora a analisar a insurgência do Município recorrente contra a incidência de contribuição sobre a remuneração recebida pelos músicos. Alega-se que, não tendo a justiça do trabalho reconhecido o vínculo de emprego dos mesmos, inexistiria o dever legal de recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre esses pagamentos, mas apenas os saldos de salários e os depósitos ao FGTS.

A luz do CTN, passa longe de ter razão o recorrente. É que, nos termos do art. 118, I⁶, desse diploma, não se leva em consideração para configuração do fato gerador a validade dos atos praticados pelo contribuinte.

Assim, embora a Justiça do Trabalho tenha nulificado a contratação desses trabalhadores, as verbas que lhes foram pagas devem sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, não sendo relevante para o Fisco o não reconhecimento da relação de emprego, em razão do descumprimento do requisito constitucional de ingresso no serviço público por concurso.

Vou mais além, não poderiam esses trabalhadores, no período em laboraram para o Município, ficar sem qualquer cobertura previdenciária, impedindo-se que os mesmos viessem a contar esse tempo para fins de percepção de futuros benefícios previdenciários.

⁴ Curso de Processo Civil, V. 2, Processo de Conhecimento, 7. ed., 2008, p. 640

⁵ Art. 78. Em qualquer fase processual o recorrente poderá desistir do recurso em tramitação.

(...)

§ 2º O pedido de parcelamento, a confissão irretratável de dívida, a extinção sem ressalva do débito, por qualquer de suas modalidades, ou a propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial com o mesmo objeto, importa a desistência do recurso.

(...)

⁶ Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

(...)

Nesse sentido, a exação questionada cumpre a função de evitar que o empregador, beneficiado com a prestação dos serviços, deixe de contribuir com sua parcela para o custeio de encargo que fatalmente será suportado pela Seguridade Social.

Devo dizer ainda que o enquadramento dos músicos perante a Previdência Social como empregados está em perfeita consonância com o disposto na alínea “a” do art. 12 da Lei n. 8.212/1991, posto que os requisitos de pessoalidade, subordinação, não-eventualidade e onerosidade inegavelmente estavam presentes na prestação de serviços para a Banda de Música do Município de Palmeira da Missões.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso, exceto na parte não impugnada, por afastar a preliminar de decadência e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2010

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO