



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

Processo nº 35172.000509/2006-69
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-001.924 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2012
Matéria CARGO EM COMISSÃO
Recorrente A UNIÃO SUPERINTENDÊNCIA DE IMPRENSA E EDITORA
Recorrida DRJ EM SALVADOR/BA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1996 a 31/01/2005

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. SALÁRIO INDIRETO. ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. OCORRÊNCIA.

O prazo decadencial para a constituição dos créditos previdenciários é de 05 (cinco) anos, nos termos dos dispositivos legais constantes do Código Tributário Nacional, tendo em vista a declaração da inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos dos RE's nºs 556664, 559882 e 560626, oportunidade em que fora aprovada Súmula Vinculante nº 08, disciplinando a matéria. *In casu*, aplicou-se o prazo decadencial insculpido no artigo 150, § 4º, do CTN, eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal).

PREVIDENCIÁRIO - EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO - AUTUAÇÃO - REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - NÃO-SUBMISSÃO.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, somente "com a Emenda Constitucional 20/1998, o art. 40, § 13 da Constituição Federal determinou a filiação obrigatória dos servidores sem vínculo efetivo ao Regime Geral de Previdência" (RMS 25.039, Rel.Min. Joaquim Barbosa, Dje. 18.4.2008).

ADMISSÃO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA CF/88 - CONTRATO NULO - VINCULAÇÃO DO TRABALHADOR AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL Conquanto tenha havido efetiva prestação de serviço ao Estado, resultando em sua responsabilização pelo pagamento das parcelas salariais devidas, não

há que se falar em vinculação sob regime administrativo, mas tão-somente relação de trabalho, caracterizada pelos elementos da subordinação jurídica, onerosidade, não-eventualidade, pessoalidade, e que enseja a obrigatoriedade de contribuição à previdência social, nos termos do art. 195, II, da CF/88. Por outro lado, considerando a natureza tributária das contribuições previdenciárias, dispõe a Lei nº 8.212/91, art. 12, I, que o pagamento de salários ao empregado constitui seu fato gerador, atraindo a competência da Justiça do Trabalho para processar a execução, nos termos do art. 114, VIII, da CF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria conceder provimento parcial quanto à preliminar de extinção do crédito pela homologação tácita prevista no art. 150, parágrafo 4 do CTN, nos termos do voto do relator. O Conselheiro Arlindo da Costa e Silva divergiu pois entendeu que deveria ser aplicado no art. 173, inciso I do CTN. Quanto à parcela não extinta não houve divergência.]

LIEGE LACROIX THOMASI

Presidente Substituta (na data da formalização do acórdão)

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 20/08/2013

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA (Presidente), LIEGE LACROIX THOMASI, ARLINDO DA COSTA E SILVA, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, ADRIANO GONZALES SILVÉRIO.

Relatório

Trata-se de NFLD lavrada em face da pessoa jurídica acima identificada, referente ao período entre 10/1996 e 01/2005, visando a contribuição do crédito previdenciário, decorrentes de contribuições destinadas à Seguridade Social e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência laborativa, decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

De acordo com o Relatório Fiscal da NFLD [fl. 90], constituem fatos geradores das contribuições lançadas, os pagamentos efetuados nas folhas dos prestadores de serviço de 10/1996 a 02/2003, os remanescentes das demissões dos serviços prestados, denominados pela empresa como “novos contratos”, no período de 03/2003 a 12/2003, e, de 01/1999 a 08/2005 a folha dos comissários.

Os valores lançados foram apurados com base nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP declaradas pelo contribuinte e Folhas de pagamento e apresentadas à Fiscalização.

Documento digitalmente assinado em 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/08/2013 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/

08/2013 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 26/08/2013 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 08/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Inconformada a Interessada apresentou impugnação [fls. 102/126].

Ato contínuo, foi prolatada Decisão-Notificação n. 13.401.4/0047/2006 [fls. 131/134] que julgou procedente o lançamento.

Devidamente intimada, a Interessada interpôs recurso voluntário [fls. 140/147] que alegou, em síntese:

(i) a União é uma autarquia, logo seus servidores são estatutários, ou seja, submetidos ao regime de previdência do Estado da Paraíba;

(ii) apesar de nulo o ato de contratação dos prestadores dos “prestadores de serviços”, não está obrigada a recolher à autarquia previdenciária as contribuições relativas a esses servidores; e

(iii) qualquer desconto previdenciário sobre os cargos comissionados é inconstitucional.

Instada a se manifestar, a SRP em João Pessoa/PB apresentou contra-razões que repisa os argumentos dispostos no *decisum* recorrido.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR

Cumprido o requisito de admissibilidade frente à tempestividade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

1PRELIMINAR DE NULIDADE – NÃO ACOLHIMENTO

Não vislumbro a tese de nulidade da autuação, argüida pela recorrente, pois não foi observado qualquer vício no procedimento da fiscalização e formalização do lançamento. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

A recorrente foi devidamente intimada de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Superadas as questões preliminares para exame do cumprimento das exigências formais, passo à apreciação do mérito.

2DECADÊNCIA

Já manifestei meu entendimento em diversas oportunidades segundo o qual a Contribuição Previdenciária é tributo sujeito ao lançamento por homologação, sendo que o prazo decadencial para efetuar o lançamento de tal tributo seria, em regra, o do art.150, §4º do CTN. Dessa forma, o prazo decadencial para o lançamento seria de cinco anos a contar do fato gerador.

No tocante à decadência é mister analisarmos o instituto à luz da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário Oficial da União, de 20/06/2008, em consonância com as disposições do art. 103-A da Constituição Federal, **in verbis**:

Súmula Vinculante nº 8 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569-1997 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

O art. 2º da Lei nº 11.417, de 19/12/2006, que regulamenta o dispositivo constitucional supratranscrito, assim dispõe sobre os efeitos da Súmula Vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

Quanto ao teor da Súmula Vinculante editada, esta declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que previam, respectivamente, prazos decadencial e prescricional de 10 anos para as contribuições devidas à Seguridade Social. O fundamento da decisão foi que lei ordinária não pode dispor sobre prazos de decadência e prescrição de tributo, questões reservadas à lei complementar (artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal).

Além do entendimento manifesto pelo Supremo Tribunal Federal, para deslinde da questão há de ser considerada também a previsão contida no art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, alterado pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, abaixo transcrito:

“62-A – As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Dessa forma, no tocante à matéria prazo decadencial, o Superior Tribunal de Justiça, julgando os recursos submetidos à sistemática de repetitivos, proferiu o Acórdão no Resp 973733, pacificando a matéria, cujo ementa transcrevo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: Resp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

Nesse sentido, considerando a existência de decisão emanada do egrégio Tribunal, em sede de Recursos Repetitivos, passo a análise do caso concreto.

Note-se, inicialmente que, diferente da tese dominante nesse Conselho em relação ao fato de que a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo tendente a praticar as ações previstas no art. 142 do CTN, independente de pagamento, seria o objeto da homologação pela autoridade tributária, verifica-se que a teor da decisão do STJ, o que deve ser homologado é o pagamento eventualmente antecipado pelo sujeito passivo.

Feitas essas considerações, para solução da lide ora proposta, resta dirimir se houve ou não recolhimento da parte do contribuinte.

Dessa forma, com o advento da decisão acima referida, tem-se que nos casos em que não houve antecipação de pagamento deve-se aplicar a regra do art. 173, I, do CTN, ou seja, contar-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Nos casos em que há recolhimento, ainda que parcial, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN, ou seja, o prazo inicia-se na data do fato gerador.

No caso, registre-se que, segundo consta do Relatório Fiscal, o Fiscal constatou que a empresa [fl. 90]:

“se encontra em débito com a Previdência Social, não recolheu as contribuições, em sua totalidade, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados [...]

Considerando que Recorrente foi cientificada em 15/12/2005 e que houve recolhimento, aplico o art. 150, §4º do CTN, restando, por conseguinte, fulminadas pela decadência as competências anteriores a **11/2000, inclusive**.

3DO LANÇAMENTO FISCAL - CARGO EM COMISSÃO E

Os servidores exercentes, exclusivamente, de cargos em comissão e ocupantes de cargos temporários devem obrigatoriamente ser vinculados ao RGPS conforme determina o inciso V do art. 1º da Lei nº 9.717/98 e o § 13 do art. 40 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998.

Por não se tratar de nova contribuição mas sim de desvinculação do regime próprio e vinculação ao regime geral de previdência, esta nova determinação passou a ter vigência a contar da publicação, não se lhe aplicando o prazo de noventa dias estipulado no §6º do artigo 195 da Constituição Federal;

A alegada inconstitucionalidade do § 13 do art. 40 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, por ofensa ao princípio da forma federativa do Estado, foi repelida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que, em sede de liminar, praticamente, esgotou o mérito de ação direta de inconstitucionalidade n.º 2.024-2, proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, que pretendia ver declarada a inconstitucionalidade do citado § 13 do art. 40

Decisão do STF fundamentou-se nos artigos 24, XII, e 40, § 2 da CF/88 que facultam à União editar norma de matéria previdenciária, de caráter geral, de validade em âmbito nacional, e que não afetam ou tendem a abolir a autonomia dos Estados-membros e Municípios;

Em que pesem as decisões isoladas dos tribunais superiores citadas pelo recorrente, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 4ª e 5ª Regiões pacificou-se no sentido de reconhecer a obrigatoriedade da submissão dos ocupantes de cargo em comissão ao Regime Geral de Previdência Social, ainda que haja regime próprio de previdência social, como se pode ver a seguir:

Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MUNICÍPIO.

I - A orientação desta Corte pacificou-se no sentido de que os ocupantes de cargos em comissão, temporário ou emprego público devem se submeter ao regime geral da Previdência Social, na forma do art.40, § 13, da Constituição Federal de 1988, ainda que o Município tenha regime próprio de previdência .II - Ausência da verossimilhança da alegação.III - Agravo regimental de que não se conhece.IV - Agravo de instrumento provido.Data Decisão 18 /06 /2003 Decisão A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental e deu provimento ao agravo de instrumento. N° do Processo AG 2003.01.00.009540-7 /MG ; AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL

*CÂNDIDO RIBEIRO TERCEIRA TURMA do TFR 1ª Região -
Publicação DJ 12 /09 /2003*

*Ementa CONSTITUCIONAL.PREVIDENCIÁRIO.
TRANSFERÊNCIA DO REGIME PREVIDENCIÁRIO
MUNICIPAL PARA O GERAL. LEI 9.717/98 E PORTARIAS
MPAS 4.882/98,4.883/98 E 4.992/99.*

1. A lei 9.717/98 bem como as portarias do MPAS que a regulamentaram não padecem do vício de inconstitucionalidade, estando em plena sintonia com o disposto nos arts. 195, I, "a" e 201, §5º da CF. 2. Instituído pelo Município sistema previdenciário próprio, apenas os servidores efetivos estão exonerados de obrigação frente ao INSS. Os ocupantes de cargo em comissão, os exercentes de mandato eletivo e empregados públicos são, entretanto, filiados obrigatórios da Previdência Social.3. Apelação e remessa oficial improvidas.: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 01000339275 Processo: 200001000339275 UF: MG- QUARTA TURMA do TFR 1ª Região DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS OLAVO - .Data Publicação 26/06/2003

Ementa CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CAUTELAR. MUNICÍPIOS. SERVIDORES OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO, CARGO TEMPORÁRIO, OU EMPREGO PÚBLICO. SERVIDORES OCUPANTES DE CARGO EFETIVO. EXISTÊNCIA DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA.INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.717/98. ART. 40, § 13, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ACRESCENTADO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98. ART. 13, DA LEI Nº 8.212/91. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE.

1.Para a concessão da medida cautelar, faz-se necessário a presença simultânea do fumus boni juris e do periculum in mora. 2. Encontrando-se o servidor ocupante de cargo efetivo vinculado a regime previdenciário próprio, fica o mesmo desobrigado do recolhimento da contribuição destinada ao Instituto Nacional do Seguro Social, nos termos do art. 40, da Constituição Federal.3. O § 13, do art. 40, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98, ao estabelecer que o servidor ocupante, exclusivamente de cargo em comissão, bem como de outro cargo temporário ou emprego público, encontra-se vinculado ao regime geral da previdência social, não afronta nenhum princípio constitucional. Precedente do Plenário do eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento da cautelar da ADIn nº 2.024/DF e desta Corte Regional Federal. 4. Nos termos do art. 149, parágrafo

único da Constituição Federal, o Município pode instituir regime previdenciário próprio para os seus servidores efetivos.5. A Lei nº 9.717/98, norma de caráter geral, foi editada visando a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema

previdenciário.6.Apelação e remessa oficial parcialmente providas. AC - APELAÇÃO CÍVEL - 38000031058 Processo: 200138000031058 UF: MG Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data da decisão: 06/05/2003

Ementa TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA. COMISSIONADOS E TEMPORÁRIOS. OBRAS. SOLIDARIEDADE. REQUISITOS. - A exclusão dos servidores do regime geral de previdência pressupunha a existência efetiva de regime próprio de previdência, com prévia fonte de custeio.- A contar da EC nº 20/98, os comissionados e temporários restaram automática e obrigatoriamente vinculados ao regime geral. - A ausência da documentação revestida das formalidades pelo dono da obra atrai a responsabilidade solidária do mesmo, mas não autoriza o automático arbitramento, que depende da inexistência de elementos idôneos quanto à base de cálculo e aos respectivos pagamentos junto às empresas contribuintes. AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 67206 Processo: 200072020005563 UF: SC Fonte DJU DATA:24/09/2003 JUIZ LEANDRO PAULSEN

Ementa REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS MUNICÍPIOS. FUNCIONÁRIOS OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO E EMPREGADOS PÚBLICOS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA AUTONOMIA MUNICIPAL. CONTRIBUIÇÃO SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR AUTÔNOMOS. LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988 1. Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em inconstitucionalidade do parágrafo 13 do art. 40 da Constituição Federal conforme redação dada pela Emenda Constitucional 20/98, restando o ocupante exclusivamente de cargo em comissão e o empregado público obrigatoriamente vinculado ao Regime Geral de Previdência Social. 2. Na mesma ADIMC n.º 2.024-2/DF, entendeu o Supremo Tribunal Federal que toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos, inclusive a do seu regime previdenciário -já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parágrafo único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores. 3. Desde 1988, portanto, os Municípios devem submeter o seu regime previdenciário local às diretrizes preconizadas nas normas gerais editadas pela União dentro da competência que lhe é conferida pelo inciso XII do art. 24 da Constituição Federal de 1988. 4. A legislação que determinava a incidência de contribuições sobre os valores pagos a título de

recepcionada pela Constituição de 1988. REO - REMESSA EX OFFICIO - 24611 Processo: 200004011189850 UF: PR DJU DATA:13/08/2003 JUIZA MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA

Ementa: TRIBUTÁRIO. CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DE REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS. LEI Nº 9.717/98. ART. 40, § 13, DA CF/88 NA REDAÇÃO QUE LHE FOI DADA PELA EC 20/98. CONSTITUCIONALIDADE. - A Lei nº 9.717/98, ao estabelecer critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, não viola o princípio

federativo, já que se limita a dispor sobre normas gerais de previdência social, as quais são de competência da União, nos termos do § 1º do art. 149 da CF/88. - Se os detentores de cargos em comissão, temporários e empregos públicos têm relação de natureza precária com a Administração Pública, não há qualquer vício na vinculação desses trabalhadores ao Regime Geral da Previdência, operada pela Lei nº 9.717/98 e pela EC 20/98 (art. 40, § 13, da CF/88). - Apelação e remessa oficial provida em parte Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL - 447190 Processo: 199971050028110 DJU DATA:06/08/2003 Relator(a) JUIZ JOÃO SURREAUX CHAGAS.

Ementa PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA. SERVIDORES NÃO-EFETIVOS. ENQUADRAMENTO INDEVIDO. CRP. NEGATIVA. 1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU ART. 40 INDICA QUE O REGIME DE PREVIDÊNCIA PRÓPRIO DOS ENTES QUE INTEGRAM NOSSA FEDERAÇÃO SOMENTE SE APLICA AOS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS. OS DE MAIS ESTÃO ADSTRITOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. É O QUE, DE RESTO, DISPÕE A LEI Nº 9.717/98, ART. 1.º, V. 2. NÃO TENDO O MUNICÍPIO OBSERVADO ESSE REGRAMENTO CONSTITUCIONAL E A LEGISLAÇÃO QUE DISCIPLINA A MATÉRIA, NÃO FORAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA CERTIDÃO DE REGULARIDADE PREVIDENCIÁRIA - CRP.3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.: AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 46001 Processo: 200205000279662 UF: PB Órgão Julgador: Quarta Turma Data da decisão: 05/11/2002 Relator(a) Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria Decisão UNÂNIME

Enfim, a legalidade da autuação, uma vez que o regime próprio de previdência do Estado somente pode abranger os servidores efetivos, excluídos, portanto, os

ocupantes de cargo comissionado e os exercentes de mandato eletivo, conforme jea julgou o e. STJ:

PROCESSUAL CIVIL – PREVIDENCIÁRIO – SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DETENTORES DE CARGO EM COMISSÃO – AUTUAÇÃO – PERÍODO DE 12/1993 A 12/1994 – REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – NÃO-SUBMISSÃO.

1. Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, somente "com a Emenda Constitucional 20/1998, o art. 40, § 13 da Constituição Federal determinou a filiação obrigatória dos servidores sem vínculo efetivo ao Regime Geral de Previdência" (RMS 25.039, Rel.Min. Joaquim Barbosa, Dje. 18.4.2008).

2. Na hipótese dos autos, observa-se que os débitos executados remontam aos fatos geradores do período de 12/1993 a 12/1994, época em que não vigia a Lei n. 9.876/99. Assim, os servidores municipais detentores de cargo em comissão não estavam sujeitos ao regime de previdência geral, podendo, assim, serem vinculados ao regime próprio.

Agravo regimental provido.

(AgRg no AgRg no REsp 951.547/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009)

No caso, mesmo considerando-se a aplicação do art. 173, I do CTN – o que se alega por amor ao debate –, a decadência fulminou as competências anteriores a **11/99**, inclusive. Logo, os ocupantes em cargos em comissão estavam vinculados ao RGPS.

Quanto ao argumento que a nulidade dos contratos dos “prestadores de serviços” impossibilita a incidência da contribuição previdenciária, valho-me dos estudos de Geraldo Magela Melo [Incidência de Contribuição Previdenciária nos Contratos de Trabalho Efetivados sem Concurso com a Administração Pública e Declarados Nulos pela Justiça do Trabalho - http://www.amatra3.com.br/uploaded_files/geraldo_melo.pdf]

[...] A Constituição da República de 1988 inaugurou uma nova era na administração pública brasileira, ao instituir expressamente como norma constitucional a obrigatoriedade de concurso público para ingresso no serviço público, inquinando de nulidade a contratação em desobediência ao mencionado requisito, conforme disciplina o art. 37, inciso II, § 2º, da Carta.

Frente a essa situação, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 363, em que fixou a orientação pela nulidade do contrato firmado entre o trabalhador e a administração pública, determinando apenas o pagamento da contraprestação pactuada e o recolhimento dos depósitos ao FGTS.

Contudo, a Súmula nada diz acerca dos reflexos tributários existentes, o que vem acarretando decisões judiciais conflitantes, principalmente, em razão da competência constitucional da Justiça Especializada para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias, a teor do art. 114, inciso VIII, da Carta Magna.

Nesse diapasão, urge lembrar que a EC nº 20/1998 incluiu, no art. 114 da Lei Magna, o § 3º, atribuindo à Justiça Obreira competência para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes de suas decisões, vale dizer, a Justiça Especializada passou a efetivamente assegurar todos os direitos dos trabalhadores, pois, antes, o Juiz Trabalhista determinava o pagamento das verbas laborais sem assegurar que aquele período de labor e que o montante pago, em sede de reclamatória trabalhista, tornar-se-iam salário de contribuição para fins de cálculo dos futuros benefícios a que o trabalhador tivesse direito.

A partir de então, o magistrado possui a atribuição constitucional de ordenar a quitação da exação previdenciária, com o fito de garantir o acesso do trabalhador ao seu direito constitucional à Previdência Social. Por isso o TST editou a Súmula Nº 368, em que confirma a mencionada competência.

Vale destacar que a Emenda Constitucional nº 45/04 atribuiu nova redação ao art. 114 da Lei Maior; porém, o então § 3º apenas foi transformado no inciso VIII, mantendose, basicamente, a mesma redação. Entretanto, recentemente, a letra do parágrafo único do art. 876 da CLT foi alterada pela Lei da Super Receita – 11.457/07, para ressaltar a competência para execução das contribuições previdenciárias inclusive sobre o período contratual reconhecido e não só sobre as parcelas deferidas em sentença, por força da autorização do art. 114, IX da CF/88.

De outra banda, reiteradamente, a Justiça Obreira aprecia casos em que a administração pública realizou a contratação de servidores, preenchendo todos os requisitos da configuração de uma relação empregatícia, porém, sem a observância do parâmetro constitucional do concurso público, o que acarreta uma situação de ilegalidade, que implica a nulidade do contrato de trabalho firmado, por ofensa ao interesse público, nos moldes do § 2º, do supracitado art. 37 da CR/88 e da Súm. 363 do TST.

Por conseguinte, o TST declara a nulidade do contrato e defere o pagamento da contraprestação pactuada, ou seja, o salário contratualmente estabelecido, bem como os depósitos do FGTS. Todavia, nada aduz acerca da incidência ou não das contribuições previdenciárias decorrentes do pagamento da contraprestação pactuada, e dos valores pagos durante o vínculo anulado.

Dito silêncio vem gerando as mais dispares decisões em torno do tema, vejamos:

"NULIDADE DO CONTRATO. CONCURSO PÚBLICO. EFEITOS. VIOLAÇÃO LEGAL. ARTIGO 37, INCISO II, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

De acordo com a jurisprudência desta Egrégia Corte Superior, consubstanciada no Enunciado nº 363 do TST, a contratação de servidor público, após a Constituição da República de 1988, sem

prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no artigo 37, II, da Carta Política, sendo nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados. Faz jus, ainda, à parcela relativa ao FGTS, pois, a par de não incluída no Enunciado nº 363/TST, o deferimento encontra respaldo no art. 9º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24/08/2001." Apesar de a determinação de anotação da CTPS exaurir-se no âmbito da Previdência Social, o fato é que, tratando-se de contrato nulo, não tem lugar a anotação da Carteira de Trabalho, mesmo porque, além de o Enunciado 363 do TST não tê-la previsto, a aposentadoria atualmente regese pelo tempo de contribuição e não pelo tempo de serviço.

Remessa oficial parcialmente provida."

(TST, RXOFROAR - 71838-2002-900-11-00, Rel. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, in DJ de 15/08/2003)

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONTRATO NULO. A contratação de servidor, sem a prévia aprovação em concurso, após a promulgação da Constituição de 1988, é nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados (Precedente 85 do TST). A natureza do pagamento a esse título é a de uma "reposição equivalente" e visa impedir o enriquecimento ilícito do credor do trabalho que lucrou com o serviço do obreiro, admitido sem concurso, e não pôde devolver-lhe a atividade, restituindo o "status quo" ante (cf. a propósito Amaro Barreto. Tutela Especial do Trabalho, v. II, Edições Trabalhistas S/A, p. 569). A nulidade, no caso, alcança a esfera previdenciária, tornando indevida qualquer contribuição incidente sobre a parcela paga a esse título, pois o trabalhador não se enquadra em nenhuma hipótese de segurado da Previdência Social, tampouco receberá ele, por esse período, qualquer tipo de benefício previdenciário. Por outro lado, o credor do trabalho também não se situa em nenhuma hipótese de contribuinte, em face da nulidade do pacto."

(TRT 3ª Região, AP 3973/1999, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, in DJ de 28/01/00)

"ADMISSÃO SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA CF/88 - CONTRATO NULO - VINCULAÇÃO DO TRABALHADOR AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL Conquanto tenha havido efetiva prestação de serviço ao Estado do Piauí, resultando em sua responsabilização pelo pagamento das parcelas salariais devidas, não há que se falar em vinculação sob regime administrativo, mas tão somente relação de trabalho, caracterizada pelos elementos da subordinação jurídica, onerosidade, não-eventualidade, pessoalidade, e que enseja a obrigatoriedade de contribuição à previdência social, nos termos do art. 195, II, da CF/88. Por outro lado, considerando a natureza tributária das contribuições previdenciárias, dispõe a Lei nº 8.212/91, art. 12, I, que o pagamento de salários ao empregado constitui seu fato gerador, atraindo a competência da Justiça do Trabalho para processar a execução, nos termos

do art. 114, VIII, da CF. Conferir tratamento diferenciado à reclamante, ensejaria violação ao princípio da isonomia, sem falar no mais gravoso dos efeitos, que seria o óbice à aquisição do direito à aposentadoria, que impescinde do devido recolhimento.” (TRT 22ª, AP - 02721-1992-001-22-00-8, Rel. Juiz Arnaldo Boson Paes, in DJ de 04/04/2005).

“TRIBUTÁRIO. SERVIDORES TEMPORÁRIOS. CONTRATOS ESPECIAIS DECLARADOS NULOS PELA JUSTIÇA TRABALHISTA. IPETINS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA O INSS. EXIGIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Os contratos especiais de trabalho celebrados pelo requerente com os servidores temporários foram declarados nulos pela Justiça do Trabalho. 2. Segundo o art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos”.

3. Os servidores contratados sob o regime especial são contribuintes obrigatórios e beneficiários do INSS e não de órgão previdenciário estadual (art. 12, I, “a”, da Lei 8.212/91).

4. O art. 13 da Lei 8.212/91 excluiu do regime geral da previdência somente o servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem assim de suas fundações e autarquias, devendo, para tanto, ser efetivo sob o regime estatutário.

5. Inobstante possua o Estado competência concorrente para legislar a respeito da previdência social, este somente poderá exercê-la dentro dos limites constitucionais (art. 24, inciso XII, c/c o art. 149, parágrafo único, da Carta Política de 1988 ou na omissão da União (artigo 24, § 3º, CF/88).

6. Improvimento ao apelo do Estado de Tocantins e à remessa oficial.” (TRF 1ª, AC - 199801000587750, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, in DJ de 24/09/2003). (grifos nossos)

Frente às decisões supra, calha notar que as contribuições previdenciárias são prestações pecuniárias devidas por empregados e empregadores destinadas à manutenção do sistema de previdência social público, ou seja, toda a arrecadação possui destinação específica, qual seja, custeio dos benefícios concedidos pela previdência social.

Nessa linha, a CR/88 atribui natureza jurídica de tributo às contribuições sociais, por força dos arts. 149 c/c 195, conforme assentado na jurisprudência do STF no histórico RE 138.284, DJ 28/08/92, e, por consequência, devem obediência aos princípios tributários, bem como às normas gerais estabelecidas pelo CTN.

Destarte, calha notar que para o direito tributário não se deve observar o caráter de nulidade do ato, basta verificar se o

fenômeno ocorrido no mundo dos fatos corresponde à hipótese de incidência da exação.

Tal ilação decorre do princípio do “non olet”, segundo o qual ao verificar a invalidade de um ato, mantém-se a ocorrência do fato gerador, com vistas a não tratar os que não observam a legislação de forma mais benéfica do que os que agem de maneira escoreita. Portanto, abstrai-se, para os fins de definição do fato gerador, a validade juridical dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, nos moldes do artigo 118 do CTN.

Nesse contexto, as decisões judiciais que entenderam que a nulidade do pacto laboral implicaria, por consequência, inexistência de efeitos na esfera previdenciária, ao meu sentir, não estão de acordo com o direito tributário, pois, como a contribuição previdenciária possui natureza jurídica de tributo, deve seguir o regramento dispensado pelo CTN à nulidade dos negócios jurídicos.

Vale dizer, mesmo que o ato seja nulo haverá incidência da exação, pois o pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, nada mais é do que ordenar o pagamento do salário pactuado que, porventura, estiver em atraso, fato gerador, nos termos do art. 195 da CR/88.

É de bom tom ressaltar que inclusive esse é o entendimento do Colendo TST, como visto no precedente RXOFROAR - 71838-2002-900-11-00, acima colacionado, no qual o MINISTRO ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN expressamente afirmou que é devido o pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados.

Ora, se é devido o pagamento dos salários, ocorre a hipótese de incidência da contribuição previdenciária, mesmo sendo o contrato declarado nulo, uma vez que o trabalhador aufere o ganho pactuado e tal fato perfaz, por si só, no mundo fenomênico, o fato gerador do tributo em tela, em face da disciplina prevista no art. 118 do CTN.

Ademais, dito entendimento, inclusive, é favorável à tutela do hipossuficiente trabalhador, na medida em que o mesmo estará segurado pela previdência social, contando o período trabalhado para fins de benefícios, tais como, aposentadoria, auxílio doença e pensão por morte, o que assegura, em última instância, a dignidade do trabalhador.

Cumpre salientar que o valor despendido a título de contraprestação pactuada possui natureza jurídica de salário e não natureza indenizatória, como alguns Tribunais entenderam nas decisões arroladas acima, tendo em vista que, conceitualmente, indenização não retribui o trabalho prestado, mas sim compensa um dano sofrido. O trabalhador não é indenizado pela nulidade do contrato, o montante despendido visa evitar o enriquecimento ilícito e a mão de obra escrava, ou seja, o trabalhador recebe o combinado com a administração pública pelo valor do seu labor.

Tanto não é indenização que a Justiça Obreira determina o pagamento do FGTS, que, por sua vez, possui, praticamente, a mesma base de incidência da contribuição previdenciária, conforme art. 15 e seu § 6º da Lei 8.036/90.

Ademais, tais contribuições possuem um valor social inigualável, pois visam garantir a fruição do direito fundamental do trabalhador brasileiro à previdência social, ex vi, art. 7º, incisos XVIII, XXIV e XXVIII, da Constituição da República de 1988, e, na medida em que garantem a sobrevivência do trabalhador em períodos críticos, asseguram, por consequência, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inciso III da Lei Maior.

Nessa linha, com fulcro em todos os argumentos acima ventilados, torna-se indene de dúvidas a obrigatoriedade da incidência da contribuição previdenciária na hipótese de existir nulidade do contrato firmado com os “prestadores de serviços”.

CONCLUSÃO

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do recurso voluntário, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir as competências anteriores a 11/2000, inclusive.

É como voto.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator