



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

Processo n° 44000.001683/2006-91
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-000.773 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2010
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 02/1995 a 12/2004

Ementa: PROCEDIMENTO FISCAL. NATUREZA INQUISITIVA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

A ação fiscal é um procedimento de natureza inquisitiva, logo não há contraditório na formalização do lançamento. O contraditório é conferido somente após a cientificação do contribuinte acerca do lançamento efetuado. Da mesma forma que o contraditório no direito penal é conferido somente durante a ação penal e não durante o inquérito policial. No presente caso, foi conferida ciência ao contribuinte de todos os atos lavrados pelo órgão fazendário.

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 da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

LIEGE LACROIX THOMASI-

Presidente Substituta (na datada formalização do acórdão)

(assinado digitalmente)

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA (Presidente), LIEGE LACROIX THOMASI, ARLINDO DA COSTA E SILVA, THIAGO D AVILA MELO FERNANDES, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, ADRIANA SATO.

Relatório

Trata-se de débito lançado pela fiscalização que, em atenção ao relatório fiscal de fls. 162/165, refere-se às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social incidentes sobre as remunerações pagas aos servidores regidos pela CLT (ocupantes de cargos em comissão e temporários) e aos trabalhadores autônomos (inclusive médico-residentes), entre as competências 02/1995 a 12/2004.

Conforme relatado (fls. 162/165), a UFC cometeu inúmeras irregularidades quanto ao recolhimento das contribuições devidas: (I) em algumas competências recolheu parcialmente; (II) em outras não recolheu às contribuições; (III) aplicou alíquotas indevidas; (IV) não descontou dos segurados; ou (V) não considerou determinada parcela como salário-contribuição.

A UFC apresentou Ofício sob o n. 430 (fl. 178), considerando como o meio de defesa (impugnação), tendo limitado-se a dizer que os rendimentos objetos do lançamento foram realizados em época própria.

Por meio de DN n. 05.401.4/0053/2005 (fls. 186/188), a DRP julgou procedente o lançamento.

Em 11 de novembro de 2005, a UFC encaminhou ofício – n. 701 (fl. 312) – ao i Presidente do CRPS, Dr. Salvador Marciano Pinto, que informou situação de greve na

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 04/10/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR. Assinado digitalmente em 04/

10/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 05/10/2012 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 18/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Universidade e requereu, por conseguinte, prorrogação de prazo para interposição de recurso voluntário.

Por força de situação excepcional, o i Presidente deferiu o pleito apresentado (fl. 313) e determinou à cientificação da Universidade (fl. 315).

Ato contínuo, os autos foram remetidos ao Serviço de Contencioso para análise de os motivos constantes as fls. 192/193 e os comprovantes de recolhimento da previdência Social emitido pelo SIAFI (fls. 194/310).

O resultado da referida diligência foi à expedição de Informação Fiscal (fls. 319-320) que pugnou pela manutenção do lançamento e apontou à existência de créditos em favor da UFC.

O julgamento do recurso foi convertido em diligência, tendo em vista não ter sido dado ciência ao sujeito passivo de anterior diligência. Em atenção aos artigos 26 e 28, da Lei n. 9.784/99, foi determinada a intimação da UFC do resultado da diligência.

Fo dada ciência ao sujeito passivo do resultado da diligência, conforme (fl. 340), contudo não houve manifestação quanto ao seu teor fl. (343).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente; pressuposto de admissibilidade superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

1 PRELIMINAR 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.

2 DO LANÇAMENTO FISCAL - CARGO EM COMISSÃO E SEGURADOS INDIVIDUAIS

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. Nº 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 CIVEL - 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 pressupõe 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 pró-labore e remuneração de serviço de autônomos não foi 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 DEMAIS ESTÃO ADSTRITOS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. É O QUE, DE RESTO, DISPÕE A LEI N.º 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, § 2ª 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. *Improvemento 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 escorreta. 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 auferiu 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.

Cumpra 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”.

3 SELIC

No tocante à taxa SELIC, cumpre asseverar que sobre o principal apurado e não recolhido, incidem os juros moratórios, aplicados conforme determina o artigo 34 da Lei 8.212/91:

“... As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, a que se refere o artigo 13, da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável.”

O art. 161 do CTN prescreve que os juros de mora serão calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. No caso das contribuições

em tela, há lei dispondo de modo diverso, ou seja, o aludido art. 34 da Lei 8.212/91 dispõe que sobre as contribuições em questão incide a Taxa SELIC.

Portanto, está correta a aplicação da referida taxa a título de juros, perfeitamente utilizável como índice a ser aplicado às contribuições em questão, recolhidas com atraso, objetivando recompor os valores devidos.

Ainda, quanto à admissibilidade da utilização da taxa SELIC, ressaltamos que o Segundo Conselho, do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovou - na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, publicada no D.O.U. de 26/09/2007, Seção 1, pág. 28 - a Súmula 3, que dita:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

E, com a criação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tal súmula foi consolidada na Súmula CARF n.º 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

CONCLUSÃO

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator

CÓPIA