

DIES A QUO PARA A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC E MULTA: uma leitura constitucional

Tereza Aparecida Asta Gemignani¹

“Só a superação desta visão, com o reconhecimento da *força normativa* de toda a Constituição, em especial de seus princípios, é que vai permitir conceber o ordenamento como uma unidade, na qual a Lei Maior representa não apenas o limite para o legislador, mas também o norte de sua atuação e o centro unificador de todo o direito infraconstitucional.” Daniel Sarmento

Resumo

O artigo se propõe a examinar a tormentosa questão do dies a quo para o cômputo de juros pela taxa SELIC e multa moratória em relação às contribuições previdenciárias executadas pela Justiça do Trabalho. Sustenta que, ante o princípio da unidade da Constituição, o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em conjunto com o inciso I do artigo 109 da CF/88. Pondera que fato gerador e constituição em mora são institutos jurídicos distintos, ressaltando que a execução de ofício na Justiça Trabalhista é pautada por regras próprias, que não substituem a ação fiscal da União, não exigem anterior lançamento nem prévia inscrição na dívida ativa, de modo que não se confundem com as que regem o procedimento administrativo fiscal e judicial tributário. Defende a observância da tipicidade e do princípio da estrita legalidade previsto no artigo 150 da CF/88, com aplicação do critério estabelecido no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91, conforme recente alteração promovida pela lei 11.941/09, pois em consonância com o artigo 880 da CLT, para que seja cumprido o *due process of law*, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º da Carta Maior a fim de preservar a segurança jurídica.

Palavras-chave- A taxa SELIC e o dies a quo de sua aplicação em relação às contribuições previdenciárias. A distinção entre fato gerador e constituição em mora. Interpretação da nova redação conferida pela lei 11.941/09 ao artigo 43 da lei 8212/91. Tipicidade e o princípio da estrita legalidade. *Due process of law* e segurança jurídica.

1 - Introdução

A conversão da Medida Provisória 449/2008 na Lei 11.941/09 veio suscitar controvérsia sobre muitas questões, que envolvem o recolhimento previdenciário em execução processada de ofício nos autos de uma ação trabalhista. Trata-se de momento propício para estimular as discussões acerca da interpretação do texto legal que possam levar a conclusões concretas e, por isso, a fim de contribuir para o debate, trago para análise a matéria referente ao cômputo do dies a quo para a incidência da taxa SELIC e multa moratória.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao traçar um capítulo inteiro sobre a Seguridade Social (Título VIII- Capítulo II- artigos 194 a 204), como gênero que abriga três espécies distintas: a previdência social, a assistência social e a saúde, agasalhando de vez a teoria dualista, ao desvincular o direito previdenciário do direito trabalhista, incluído entre os fundamentais no Capítulo II do Título II- artigo 7º.

Assim, estabeleceu de forma clara que nas questões que versam sobre seguridade social a relação é estatutária e publicista *ex lege*, formada entre os particulares e o Estado, pautada pelo princípio da estrita legalidade, enquanto o direito trabalhista rege relações de natureza jurídica contratual.

A Seguridade social é direcionada por princípios diferenciados e contém conceitos próprios como salário de benefício, salário de contribuição, auxílio doença, renda mensal, entre outros. As normas que disciplinam o procedimento fiscal administrativo e o judicial tributário estão

¹ Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas- Doutora em Direito do Trabalho- nível de pós-graduação- pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco- USP- Universidade de São Paulo

atreladas ao princípio da estrita legalidade, estabelecem regras peculiares que prevêem a possibilidade de Recuperação Fiscal (REFIS) e sistemas de parcelamento (PAES/PAEX), benefícios que não podem ser concedidos numa execução trabalhista, processada com observância do *due process of law*.

Como bem ressalta Regina Helena Costa,² a tributação exercida pelo Estado “há de ser desenvolvida dentro dos balizamentos constitucionais, impondo-se a edição de leis tributárias com observância dos princípios pertinentes”

Os institutos jurídicos são distintos e a competência também. Enquanto à Justiça do Trabalho cabe julgar as lides que tratam de matéria trabalhista conforme estabelece o artigo 114 da CF/88, compete à Justiça Federal tratar das questões previdenciárias, em que a União figure como “autora, ré, assistente ou oponente” como reza o inciso I do artigo 109 da CF/88

Entretanto, as leis editadas sob a égide da Carta de 1988 estabeleceram um espaço de confluência, entre o direito trabalhista e o previdenciário, ao construir o conceito de segurado. Não se trata de junção, pois a noção de segurado não se restringe apenas aos que exercem atividade remunerada, podendo incluir outros como a dona de casa e o síndico de condomínio sem remuneração. Porém, há um imbricamento conceitual inequívoco na medida em que todo trabalhador, só por ostentar essa condição se torna segurado obrigatório, independentemente de estar, ou não, inscrito no órgão previdenciário. Nestes termos preceitua o artigo 12 da lei 8.212/91, ao estabelecer que o simples exercício de atividade remunerada, sujeita ao Regime Geral de Previdência Social, provoca filiação automática, formando uma relação jurídica com o órgão previdenciário. Neste sentido também dispôs o parágrafo único do artigo 20 do Decreto 3048/99, ao consignar expressamente que a “filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios”, assim evidenciando claramente a junção da figura do trabalhador e do segurado.

2 - As alterações da Emenda Constitucional nº 45

Visando preservar a unidade da jurisdição trabalhista, a Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o inciso VIII ao artigo 114 da CF/88, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar: “a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

A aplicação deste dispositivo tem causado intensa celeuma quanto à extensão de seu alcance:

Alguns procedem à leitura reducionista do que ali está disposto, entendendo que a incidência previdenciária só é cabível quando for proferida sentença de natureza condenatória, excluindo as decisões declaratórias de vínculo, tendo sido neste sentido expedido o inciso I da Súmula 368 do C. TST.

Contudo, me parece que tal entendimento foi superado e está em dissonância com a idéia básica que norteou a edição da Emenda Constitucional 45, qual seja, a de reconhecer a unidade da jurisdição trabalhista a fim de conferir-lhe maior efetividade, diretriz devidamente explicitada pela lei 11.457/07 ao acrescentar o parágrafo único ao artigo 876 da CLT.

Com efeito, como aduzir que na Justiça do Trabalho a execução da incidência previdenciária se processaria apenas em relação às sentenças condenatórias, quando as declaratórias de vínculo produzem efeitos decisivos na concessão de benefícios previdenciários ao trabalhador, segurado obrigatório? Como sustentar a partição de competência quando a Lei Maior sinalizou exatamente em sentido contrário?

A alegação de que os valores assim recolhidos, mediante execução trabalhista,

2 Costa, Regina Helena - Curso de Direito Tributário-Editora Saraiva - 2009-pag 6

estavam sendo lançados pelo INSS indevidamente num fundo comum e não eram considerados para fins de concessão de benefícios indica a necessidade de correção dos procedimentos adotados, mas não respalda a redução da competência, ante o teor do dispositivo constitucional supra referido, que assim estabelece de forma genérica em relação a toda sentença trabalhista, de modo que não há supedâneo para a exclusão das declaratórias.

Outros partem para uma leitura ampliativa pretendendo, ao arrepio da Lei Maior, imputar à jurisdição trabalhista uma atribuição supletiva da inércia fiscal da União, enxertando indevidamente no processo trabalhista atos próprios da atividade fiscal, administrativa e tributária do Poder Executivo.

Também considero insustentável esta posição extremada, pois o Poder Judiciário Trabalhista não é órgão administrativo e não lhe compete substituir a ação fiscalizatória que cabe à União, pois a lei não deixou de exigir tais procedimentos por parte do fisco, nem foi abolido o processo judicial de cobrança que a União deve implementar junto a Justiça Federal Comum.

Neste contexto, como deve ser feita a leitura constitucional da matéria?

3 - A unidade da jurisdição trabalhista.

Respaldada no princípio da unidade de convicção, a Emenda Constitucional 45 visou garantir a unidade da jurisdição trabalhista em razão da matéria, por reconhecer na relação de trabalho uma vis atrativa dos consequentes desdobramentos dela decorrentes, mas não conferiu ao Juízo Trabalhista a atribuição de substituir a ação fiscal própria do Poder Executivo, nem transferiu-lhe a jurisdição tributária, que continua a ser exercida pela Justiça Federal Comum nos limites traçados pela Carta Magna, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado em consonância com o inciso I do artigo 109, ambos da Constituição Federal.

Importante ressaltar que tal critério já vem sendo observado em outras matérias, em que também ocorre este tangenciamento material. Por exemplo, ao constatar a falta de recolhimento do FGTS o juiz trabalhista pode determinar ao empregador que efetue os depósitos respectivos sob pena de execução direta. Entretanto, não tem atribuição fiscal, nem jurisdição tributária, para condená-lo ao pagamento das multas previstas no artigo 22 da lei 8036/90 em favor do Fisco e da contribuição social de 10% devida ao Fundo nos termos da Lei Complementar 110/01.

O mesmo ocorre em relação à apuração da incidência previdenciária, pois o fato de existir uma reclamação trabalhista em trâmite nesta Justiça Especializada não impede a atuação fiscal dos órgãos do Poder Executivo, com a observância do procedimento administrativo quanto ao lançamento, inscrição na dívida ativa e ajuizamento da ação pela União perante a Justiça Federal Comum, inexistindo amparo constitucional para sustentar que esta ação fiscal e tributária teria sido substituída por uma ação trabalhista, em cujos autos se processa de ofício uma execução atípica e peculiar, balizada por limites próprios.

Não foi esse o escopo da Emenda Constitucional.

Não foi isso o que estabeleceu a lei.

O inciso VIII do artigo 114 não veio neutralizar a ação fiscal do Poder Executivo, nem teve o escopo de esvaziar o contido no inciso I do artigo 109 da CF/88 quanto a cobrança de débito fiscal, sendo que tais procedimentos não se excluem, continuando a existir cada qual em sua esfera de competência.

E qual a esfera de competência trabalhista?

Precisamente o que está disposto no inciso VIII do artigo 114, ou seja, nem mais, nem menos do que ali foi fixado.

Cabe a Justiça do Trabalho a execução de ofício das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, condenatórias e declaratórias, assim preservando a unidade da jurisdição trabalhista, no sentido de

fazer valer o reconhecimento do vínculo não só nas relações contratuais entre os particulares envolvidos, mas também em face do Estado, nas relações previdenciárias delas decorrentes, pela simples e boa razão de que não tem sentido deixar a jurisdição pela metade. Com efeito, se o trabalhador foi assim considerado pela Justiça Trabalhista, que detém jurisdição específica para tanto, e se tal categorização per se lhe confere a condição de segurado obrigatório junto ao INSS, com o consequente reconhecimento do tempo de serviço para fim de auferir benefícios previdenciários, é evidente que a jurisdição trabalhista só estará completa se a decisão tiver a sua eficácia reconhecida em relação a todos esses aspectos.

Portanto, se a condição de segurado nasce junto com o reconhecimento da existência de um vínculo trabalhista, a preservação da lógica do sistema normativo impele a atribuição de competência à Justiça do Trabalho também para executar as conseqüentes contribuições previdenciárias decorrentes da sentença proferida. Entretanto, não neutraliza ou substitui a ação fiscal que cabe aos órgãos próprios da União, nem desloca a integralidade da competência tributária, pois o disposto no inciso I do artigo 109 da CF/88 permanece em vigor.

A peculiaridade da execução trabalhista fica bem evidenciada quando passamos a analisar os institutos da decadência e prescrição. Com efeito, caso não prevaleça a posição que ora sustento, um número significativo de contribuições previdenciárias será atingido pela decadência, por ter decorrido o prazo legal de 5 anos sem a devida constituição do crédito tributário (artigos 150 parágrafo 4º e 173 do Código Tributário Nacional), ou mesmo a prescrição, pelo decurso de 5 anos sem a necessária inscrição na dívida ativa (artigo 174 do CTN e Súmula Vinculante nº 8 do STF), por ter deixado a União de cumprir com suas atribuições fiscais, que não foram suspensas nem substituídas pelo ajuizamento de uma ação trabalhista.

Ademais, os critérios para a fixação do dies a quo quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória estabelecidos nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, tem aplicação específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum, casos em que também incidem as normas que regem os institutos da decadência e prescrição em direito tributário (artigos 150, 156 173 e 174 do Código Tributário), mas não se aplicam à execução atípica processada nos autos de uma ação trabalhista, pois é pautada por regras próprias e específicas.

Também se revela juridicamente insustentável a alegação de que o prazo prescricional referente aos recolhimentos previdenciários teria início a partir do ajuizamento porque não há lei que assim estabeleça além de que, por óbvio, a ação trabalhista não é intentada pelo credor previdenciário.

Destarte, como na execução trabalhista a União só teve conhecimento da existência de um crédito tributário em seu favor quando este já estava sendo executado no curso de uma ação judicial trabalhista, descabe qualquer questionamento quanto a possibilidade da ocorrência de decadência, devendo ser aplicado, quanto a prescrição, o disposto no parágrafo 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal que prevê o reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente quando decorridos 5(cinco) anos do arquivamento provisório dos autos, determinado após o prazo de 1(um) ano sem a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A possibilidade de pronunciamento de ofício da prescrição intercorrente está em consonância com a diretriz esposada pelo parágrafo 5º do artigo 219 do CPC, nos termos em que foi alterado pela lei 11.280/06, sendo inaplicável a diretriz prevista na Súmula 114 do C. TST, pois aqui não se trata de crédito trabalhista, mas tributário, o que é bem diferente.

É importante ressaltar que num Estado de Direito, como o nosso, a exigibilidade do débito tributário só se sustenta quando há observância do rito procedimental posto pela lei. No caso das verbas previdenciárias, isso pode ocorrer de duas formas distintas:

- 1- A constituição do crédito tributário tem início pela fase administrativa mediante lançamento (artigo 142 do CTN), que é ato vinculado e enseja as cominações previstas na

lei 8.212/91 quanto a declaração de decadência nos termos do art. 173 do CTN, concessão de parcelamentos e financiamento e, se não houver pagamento, inscrição na dívida ativa com observância do prazo prescricional previsto no artigo 174 do CTN, e ajuizamento do executivo fiscal –LEF- perante a Justiça Comum Federal- art. 109 -I da CF/88.

2- Nos autos de uma ação trabalhista, processada nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88. Aqui não há lançamento, não há inscrição na dívida ativa. É a sentença trabalhista que constitui o crédito previdenciário e o reveste de certeza, enquanto a sentença de liquidação lhe confere liquidez, assim perfazendo os requisitos necessários para que se torne exigível. Como a União só toma conhecimento da existência deste crédito em seu favor quando o título já está sendo processado judicialmente, não há que se falar em decadência nem prescrição nos termos dos artigos 173 e 174 do CTN, sendo cabível apenas a decretação de ofício da prescrição intercorrente conforme dispõe o artigo 40 da LEF.

O sistema constitucional delimita claramente essas duas situações, tendo o inciso VIII do artigo 114 da CF/88 fixado expressamente tal baliza, ao estabelecer que a competência trabalhista se refere às verbas previdenciárias decorrentes das sentenças e acordos.

As normas infraconstitucionais também caminham neste sentido. O artigo 879 da CLT trata da sentença de liquidação, enquanto a lei de custeio distingue com clareza os critérios de cobrança administrativa, daqueles que deverão ser observados na execução trabalhista, ao tratar desta questão em dispositivo específico (artigo 43), diretriz ratificada e ampliada pela lei 11.941/09 ao alterar seu parágrafo 3º.

Portanto, as contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças e acordos trabalhistas só se tornam exigíveis quando o débito previdenciário se reveste de certeza e liquidez, que assim possibilite o recolhimento pelo devedor, que só está obrigado a responder pelo pagamento de multa e juros moratórios pela taxa SELIC quando configurada a situação de mora, ou seja, apenas se descumprir o prazo legal previsto no artigo 880 da CLT.

E que assim deve ser observado, ante a estrita legalidade e os princípios constitucionais constantes do artigo 150 da CF/88 que regem o direito tributário, pois foi a própria lei que fixou a data da configuração da mora nesta modalidade peculiar de execução.

Com efeito, se a União não procedeu a qualquer ato administrativo ou fiscal, não houve lançamento do débito nem inscrição na dívida ativa, qual o amparo legal para retroagir a imputação de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, se antes da sentença de liquidação havia impossibilidade material de cumprir com a obrigação, pois o devedor tributário não tinha conhecimento da importância líquida que devia pagar?

Ressalte-se que o artigo 144 do CTN em nenhum momento trata da constituição da mora em processo judicial trabalhista, disciplinando especificamente a constituição do crédito tributário pelo ato administrativo de lançamento, de modo que ante o princípio da tipicidade, que rege a incidência tributária, não pode ser aplicado fora destes limites, notadamente porque a instância judicial trabalhista não se confunde com a esfera administrativa fiscal.

Insustentável a pretensão de enxertar institutos e normas legais exclusivas da fase administrativa num processo judicial trabalhista que já está em fase de execução, o que tem aumentado desnecessariamente os temas em conflito, ao arrepiar da reforma trazida pela EC 45.

4 - Princípio de interpretação das leis em conformidade com a unidade constitucional

Ademais, a fim de possibilitar a operacionalidade do sistema, as normas legais devem ser interpretadas de modo a fazer valer a unidade da Constituição.

Em relação a tal matéria, ressalta Canotilho³ que como a Constituição é a norma normarum “deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade

3 Canotilho, José Joaquim Gomes- Direito constitucional e Teoria da Constituição- 5ª edição- Livraria Almedina- Coimbra Portugal- pag 1210.

das estruturas constitucionais, possibilitam a actualização normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência”. Assim, ante o “princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa) contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental”, de modo que a superioridade normativa da Constituição baliza todas as demais leis e atos administrativos.

Este princípio é pautado pela idéia de prevalência da Constituição e conservação da norma posta, com especial atenção para os fins colimados pelo legislador e o sentido em que foi instituída. Pondera que a aplicação desta diretriz ganha relevância quando “a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma”, o que torna necessário proceder a uma interpretação que “lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” que, na questão ora em estudo, teve o escopo de garantir em razão da matéria a integralidade da jurisdição trabalhista nesta Justiça Especializada e não de imputar-lhe atribuição fiscal supletiva da inércia da União ou atribuir-lhe a unidade da jurisdição tributária.

Neste sentido também caminha o pensamento de Jorge Miranda⁴, ao pontuar que a “acção imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema...com... função prospectiva, dinamizadora e transformadora,” atuando como “elementos de construção e qualificação: os conceitos básicos de estruturação do sistema constitucional aparecem estreitamente conexos com os princípios,” . decorrendo daí “o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximam da idéia de direito inspiradora da Constituição”

Ao tratar do tema, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁵ salientam que os “aplicadores da Constituição, em face das normas infraconstitucionais de múltiplos significados,” devem proceder a interpretação de modo a preservar os princípios da certeza e segurança jurídica, que “estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado”. Destacam que “o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há que se optar por aquela que a torne compatível com a constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte”.

No caso da Emenda Constitucional 45, em consonância com o disposto no inciso IV do artigo 1º da CF/88, que erigiu o trabalho como valor fundamental para a edificação da república brasileira, este querer está direcionado para a consolidação da unidade da jurisdição trabalhista, a fim de garantir a integralidade da tutela judicial nas relações de trabalho, nestes termos balizando a interpretação das normas infraconstitucionais e o procedimento estatal. Em nenhum momento foi estabelecido o deslocamento das atribuições fiscais ou transferência da jurisdição tributária da Justiça Federal Comum para a Justiça Trabalhista, como vem arguindo a União em inúmeros recursos que tem ajuizado perante essa Justiça Especializada.

5- A distinção entre fato gerador e constituição em mora.

4 Miranda, Jorge- Manual de Direito Constitucional- Tomo II- Coimbra Editora Limitada- 3ª edição- 1991- págs 226/227

5 Ferreira Mendes, Gilmar- Martires Coelho, Inocêncio- Gonet Branco, Paulo Gustavo *in* Curso de Direito Constitucional- Editora Saraiva- 2ª edição- 2008- pags 119/120

A distinção entre fato gerador e constituição em mora não enseja maiores questionamentos em matéria trabalhista. Se, por exemplo, determinado empregado faz horas extras em janeiro e não recebe o respectivo pagamento, tal configura o fato gerador. Entretanto, se ajuizar ação apenas em dezembro, o pagamento dos juros, decorrentes da constituição em mora, só será exigível a partir de dezembro, nos termos do artigo 883 da CLT.

Tal ocorre porque a constituição em mora não se dá no mesmo momento do fato gerador.

Se assim decidimos em relação ao crédito trabalhista, que é privilegiado por deter natureza alimentar, qual o fundamento para desconsiderar a mesma distinção estabelecida na lei previdenciária, que por ter natureza tributária está adstrita ao princípio da estrita legalidade?

Ora, em relação aos recolhimentos previdenciários cuja execução é processada em ação trabalhista o raciocínio deve ser o mesmo, notadamente ante o constante da recente lei 11.941/09 que, ao alterar o disposto no artigo 43 da lei 8.212/91, destacou de forma expressa a diferença entre o momento em que ocorre o fato gerador (parágrafo 2º), daquele em que se dá a constituição em mora (parágrafo 3º), distinção a cujo reconhecimento estamos obrigados pelo princípio da legalidade, pois se a lei assim não entendesse não haveria necessidade de excepcionar os critérios de aferição.

Com efeito, se não houve lançamento nem inscrição em dívida ativa, e o débito previdenciário só foi constituído em decorrência de uma sentença trabalhista que o revestiu de certeza e de uma sentença de liquidação que lhe conferiu liquidez, a constituição em mora só se dá quando o devedor, citado para pagar, deixa de fazê-lo no prazo legal. E tal ocorre porque, como anteriormente destacado, trata-se de uma situação jurídica peculiar e atípica, que se configura nos autos de uma ação judicial que está em trâmite, o que afasta as regras procedimentais estabelecidas nos artigos 34 a 39 da lei 8.212/91 para a fixação do dies a quo, quanto a aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, bem como a concessão de parcelamento e recuperação fiscal, benefícios que têm aplicação exclusiva e específica no procedimento fiscal administrativo e execução judicial processada perante a Justiça Federal Comum.

6 - O dies a quo para a incidência da taxa SELIC e a conversão da MP 449 na lei 11.941/09

Destarte, na execução processada nos autos de uma ação trabalhista, o fato gerador não se confunde com a constituição em mora.

São situações jurídicas distintas, porque a própria lei assim estabeleceu.

Com efeito, enquanto o parágrafo 2º trata do fato gerador, o parágrafo 3º no artigo 43 da lei 8.212/91, com a recente alteração promovida pela Lei 11.941/09, assim prevê a constituição em mora:

“Parágrafo 3º-As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou acórdão homologado, sendo que neste último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acórdão, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”

Tal disposição está em plena consonância com o disposto no artigo 880, caput, da CLT, in verbis:

“Requerida a execução, o juiz ou presidente do Tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

Este critério legal observou a específica tipicidade desta modalidade de execução da incidência previdenciária decorrente de uma sentença trabalhista, que julgou uma situação jurídica em que houve pretensão resistida, não ocorreu ação fiscal por parte da União, não houve anterior lançamento administrativo do débito nem inscrição na dívida ativa, não foi concedida a possibilidade do devedor solicitar qualquer parcelamento (artigo 38 da lei 8212/91 e artigo 3º da lei 11.941/09), requerer inserção em programas de recuperação fiscal (REFIS) ou desconto (artigo 1º da lei 11.941/09).

Além disso, o valor certo da contribuição previdenciária só foi apurado em sentença de liquidação e, por consequência, apenas nesta oportunidade houve a possibilidade do respectivo recolhimento, de sorte que não há amparo para retroagir a imputação em mora ao período anterior ao critério legal estabelecido.

Deste modo, proferida a sentença de liquidação que procederá à apuração das contribuições sociais mês a mês, com referência ao período de prestação de serviços, aplicação das respectivas alíquotas e observância dos limites do salário de contribuição, a Vara expede o mandado nos termos do artigo 880 da CLT, constando expressamente que se não houver o recolhimento previdenciário nas 48 horas (mesmo prazo em que devem ser pagos os créditos trabalhistas) o executado passará a responder pelos juros pela taxa SELIC e multa moratória, que serão cobrados até o efetivo cumprimento da obrigação.

E assim é porque nesta execução atípica, a incidência previdenciária decorre inequivocamente de uma sentença trabalhista “situação definida em lei como necessária e suficiente”, de sorte que a disposição constante do artigo 114 do CTN deve ser entendida em consonância com o disposto no inciso II do artigo 116 do CTN, ao estabelecer que “tratando-se de situação jurídica” considera-se o ocorrido “desde o momento em que esteja definitivamente constituída nos termos do direito aplicável”, o que só restou configurado com a proferição da sentença de liquidação, ao fixar os valores do quantum debeat exigível para o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Por tais razões o cômputo retroativo de multa e juros moratórios desde a prestação de serviços, quando se trata de execução processada de ofício nos autos de uma reclamação trabalhista nos termos do inciso VIII do artigo 114 da CF/88, viola frontalmente o disposto no artigo 150 da Constituição Federal em vigor e afronta os princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica, além de conferir indevidamente ao crédito tributário privilégio superior ao próprio crédito principal trabalhista, em relação ao qual os juros são computados, “em qualquer caso” apenas a partir do ajuizamento. Conforme anteriormente referido, também não há supedâneo legal para considerar que os juros moratórios do débito tributário seriam exigíveis pelo mesmo critério, ou seja desde o ajuizamento da ação, pois o artigo 883 da CLT rege apenas a matéria trabalhista e o parágrafo 4º do artigo 879 da CLT que, sintomaticamente, trata da sentença de liquidação, estabelece expressamente que não é aplicável a lei trabalhista para tanto.

Portanto, o deslinde da controvérsia passa pelo reconhecimento de que não se pode confundir o momento em que ocorre o fato gerador com aquele em que se dá a constituição em mora.

São institutos jurídicos distintos, que se configuram em épocas próprias, em conformidade com os critérios postos pelo ordenamento legal em vigor. Em relação às verbas trabalhistas, a contagem dos juros moratórios só é devida a partir do ajuizamento da ação e não da data da prestação dos serviços. No caso de incidência previdenciária, à parte toda a celeuma que ainda grassa no meio jurídico quanto ao fato gerador, os dispositivos legais suso transcritos evidenciam de forma clara que a lei também fixou momentos diferentes para a caracterização do fato gerador e para a configuração do devedor em mora, de modo que deve o interprete observar tais critérios, notadamente quando se trata de débito tributário, em que prevalece o princípio da estrita legalidade e da “tipicidade fechada”.

Como bem ressalta Roque Antonio Carrazza “o princípio da legalidade teve sua intensidade reforçada no campo tributário, pelo artigo 150, inciso I da CF. Sem essa precisa tipificação, de nada valem regulamentos, portarias, atos administrativos e outros atos normativos infralegais: por si sós, não tem a propriedade de criar ônus ou gravames para os contribuintes. Incontroverso, pois, que a cobrança de qualquer tributo pela Fazenda Pública (nacional, estadual, municipal ou distrital) só poderá ser validamente operada se houver uma lei que a autorize. O princípio da legalidade é um limite intransponível à atuação do Fisco. O tributo subsume-se a esse princípio constitucional. Afinal, a vontade da lei, na obrigação tributária, substitui a vontade das partes, na obrigação privada.”

Esta mesma fundamentação consta das razões de decidir de voto proferido pelo Ministro Luiz Fux⁶ ao ressaltar que o “princípio da legalidade, no Direito Tributário, impõe que todos os elementos da exação fiscal estejam previstos em lei, consubstanciando o de nominado princípio da estrita legalidade, segundo o qual não apenas a integralidade da hipótese de incidência- em seus critérios material, espacial e temporal- mas também a relação jurídico-tributária- em seus critérios pessoal e quantitativo- devem, imprescindivelmente, constar em lei”.

Importante ressaltar que a inobservância destes balizamentos legais pode conferir, indevidamente, maior gravosidade ao crédito tributário em detrimento do principal trabalhista, provocando insustentável desvirtuamento na execução que se processa nesta Justiça Especializada. Pesquisa realizada pelos servidores deste TRT, Cláudio Yoshinori Yoen e Adelina do Amaral Martins, evidencia de forma contundente esta disparidade entre o débito principal trabalhista e o acessório tributário, quando a multa e os juros moratórios são calculados desde a prestação de serviço. Com efeito, no processo 774-2001-053-15-00-3- AP, o débito trabalhista importou em R\$ 3.000,00, enquanto o previdenciário foi pleiteado pela União em R\$ 6.738,59; no processo 1876-2003-053-15-00-8 foi apurado débito trabalhista de R\$ 9.409,95 e pretendido pela União o valor de R\$ 22.899,52 quanto ao previdenciário; no processo 2154-2002-053-15-00-0 foram homologados cálculos trabalhistas em R\$ 3.237,07 e pretendido pela União o recebimento de R\$ 18.678,63.

Pondera Luiz Roberto Marinoni⁷ que interpretar é “expressar significado. Contudo, muito mais do que atribuir significado a uma norma, cabe à jurisdição realizar, no caso concreto, o que foi por ela prometido”, pois o direito de ação, assim “como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta”.

A competência atribuída pela Emenda Constitucional 45 à Justiça do Trabalho não objetivou transferir-lhe atribuições fiscais que são próprias da União, mesmo porque Executivo e Judiciário são poderes com órbitas distintas de atuação, nem provocou o deslocamento da jurisdição tributária, já que preservada a competência da Justiça Federal Comum nos termos do inciso I do artigo 109. Teve o escopo específico de garantir a efetividade da tutela dos direitos trabalhistas, de modo que se tornava necessário preservar a integralidade da jurisdição, abarcando também os efeitos dela decorrentes ao sistema previdenciário, face a condição de segurado obrigatório do trabalhador. Como a vinculação do fisco com o empregador não tem natureza trabalhista, mas tributária, a execução de ofício só pode ser processada com observância dos limites traçados pelo princípio da estrita legalidade, notadamente quanto aos critérios de constituição em mora e cômputo do dies a quo para incidência da taxa SELIC, face ao disposto no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 com a nova redação estabelecida pela Lei nº 11.841/09.

Destarte, em relação às contribuições previdenciárias devidas em decorrência de

6 Fux, Luiz- Ministro Relator do Recurso Especial nº 0241706-6 -STJ - Primeira Turma- votação unânime- 11/11/2008

7 Marinoni, Luiz Roberto- Teoria Geral do Processo- 2ª edição- Editora Revista dos Tribunais- vol 1- 2ª edição- 2007- pag. 112 e 210

sentença trabalhista, executadas de ofício nesta Justiça Especializada, o dies a quo para o aplicação da taxa SELIC passa a ser computado se não houver pagamento nas 48 horas estabelecidas no artigo 880 da CLT, devendo tal cominação constar expressamente do mandado, para que o executado seja cientificado do encargo que passará a suportar.

7 - O princípio da estrita legalidade e a segurança jurídica.

Importante ressaltar que em relação às matérias disciplinadas pelo Direito Tributário a Constituição Federal ampliou o alcance do princípio da legalidade constante do inciso II do artigo 5º, exigindo em seu artigo 150 a observância do princípio da estrita legalidade, de modo que o poder de tributar está limitado ao que consta expressamente das normas quanto às condições e tipicidade, regra que também alcança a incidência previdenciária e visa preservar a segurança jurídica como valor fundamental para a operacionalidade do sistema.

Assim sendo, o contribuinte só pode ser onerado nos termos e condições estabelecidos pela norma legal, de sorte que cada ato concreto da atividade tributária estatal deve estar rigorosamente respaldado em uma regra, como também prescreveu o artigo 97 do CTN, notadamente em relação aos elementos essenciais do *an e do quantum debeat*, o que levou a formulação do conceito de estrita legalidade.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior⁸ revela mais, ao destacar que o princípio da legalidade está inserido no *substantive due process*, a gasalhado no inciso LIV do artigo 5º de nossa Carta Magna, com o escopo de garantir “legal e pragmaticamente, a segurança jurídica”

Tal fundamento doutrinário vem reforçar a interpretação de que a contagem do dies a quo para fins de aplicação da taxa SELIC, em relação às incidências previdenciárias executadas de ofício pela Justiça do Trabalho, deve observar a diretriz estabelecida no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8212/91 (inserido pela Lei 11.941/2009) no que se refere aos critérios de constituição em mora, que exigem a prévia quantificação líquida da obrigação tributária que o sujeito passivo terá que recolher ao fisco, porque a regra legal assim a considerou como execução atípica, regida por critérios próprios, já que não houve anterior ação fiscal pela União, lançamento do débito, nem inscrição na dívida ativa.

Portanto, ante o disposto no artigo 150 da CF/88, deve ser considerado o prazo fixado no artigo 880 da CLT para o cumprimento da obrigação tributária, sob pena de ocorrer violação ao princípio da estrita legalidade, segundo o qual não basta que a lei preveja a exigência de um tributo, sendo necessário observar também os critérios que vinculam a atuação da Fazenda Pública quanto a constituição em mora numa determinada situação jurídica. Tal visa preservar a segurança jurídica, que o sistema erigiu como direito fundamental no inciso LIV do artigo 5º da Constituição e impedir que a União aumente indevidamente o valor do débito, pois na “verdade, o quantum a ser desembolsado é o que afinal vai interessar, sendo tudo o mais instrumental do implemento das garantias que a Constituição dá, daí a razão pela qual a fixação do quantum direta ou indiretamente está subordinada à legalidade”.

Roque Antonio Carrazza⁹ observa com percuciência que, embora louváveis os “propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica *in malam partem*”. Assim sendo, em se tratando de execução de contribuições previdenciárias, processadas de ofício pela Justiça do Trabalho, não pode ser descumprida a regra posta e exigido o recolhimento do tributo em condições diversas da

8 Nery Junior, Nelson- Princípios do Processo na Constituição Federal- Editora Revista dos Tribunais- 2009 pags 83 a 88

9 Carraza, Roque Antonio- Curso e Direito Constitucional Tributário- 20ª edição- 2004- Malheiros Editores- São Paulo- pag. 245 a 252

estipulada no parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91 quanto a contagem do dies a quo para o cômputo dos juros pela taxa SELIC e multa moratória.

8 - Conclusão

Transcorridos quase cinco anos da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe alterações estruturais significativas, fortalecendo a unidade da jurisdição trabalhista a fim de fazer valer o trabalho como princípio fundante da República brasileira, vivemos um momento de maturidade na avaliação de seus efeitos. Os arroubos, próprios da fase de conquista de maior espaço institucional de atuação para esta Justiça Especializada, deram lugar a uma nova perspectiva de ponderação na avaliação desta mudança, a fim de garantir segurança jurídica, operacionalidade e coerência sistêmica do ordenamento, de modo que o disposto no inciso VIII do artigo 114 deve ser interpretado exatamente nos termos em que foi estabelecido, com a finalidade de implementar a integralidade da jurisdição trabalhista, e não de substituir a ação fiscal da União ou deslocar a competência tributária da Justiça Federal Comum, não elidindo a aplicação do inciso I, do artigo 109, da Constituição Federal de 1988.

Destarte, com o escopo de preservar a estrita legalidade e demais princípios agasalhados no artigo 150, bem como a segurança jurídica assegurada pelo due process of law estabelecido como direito fundamental no inciso LIV, do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, é preciso proceder à interpretação que preserve a unidade constitucional, de modo que nas execuções processadas de ofício em relação às contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, a configuração da mora, com a contagem do dies a quo para aplicação de juros pela taxa SELIC e multa moratória, deve observar os critérios estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 43 da Lei 8.212/91.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. Ed. 5. Coimbra Portugal: Livraria Almedina.

CARRAZZA Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Ed. 20. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. Editora Saraiva. 2009.

FERREIRA MENDES, Gilmar, MÁRTIRES COELHO, Inocêncio, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* Ed. 2. Editora Saraiva. 2008.

MARINONI, Luiz Roberto. *Teoria Geral do Processo*. Ed. 2. V. 1. Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional- Tomo II*. Ed. 3. Coimbra Editora Limitada. 1991.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. Ed. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2009.