ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10980.720100/2014-27

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

Processo nº	10980.720100/2014-27
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2402-005.582 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	19 de janeiro de 2017
Matéria	CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ENQUADRAMENTO RGPS.
Recorrente	ESTADO DO PARANÁ
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2013

ENQUADRAMENTO EM REGIME DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB detém competência para diante do caso concreto decidir acerca de vinculação de servidor público ao RGPS, não representando esta atividade invasão de atribuições do Poder Judiciário.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INOCORRÊNCIA. Não representa ofensa ao princípio da legalidade estrita a interpretação da Constituição e da legislação ordinária que conclui pela vinculação ao RGPS dos servidores contratados sem concurso após a Carta de 1988.

MULTA. ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO OU ALTERAÇÃO.Inexiste a possibilidade dos órgãos de julgamento administrativo afastarem/alterarem a multa imposta por descumprimento de obrigação pagar o tributo, sob o fundamento de que seria confiscatória.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2013

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. SÚMULA CARF N° 1. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, conhecer em parte do recurso, para na parte conhecida, afastar as preliminares de incompetência do Auditor Fiscal e nulidade do lançamento e, no mérito, por negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Kleber Ferreira de Araújo, Ronnie Soares Anderson, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Túlio Teotônio de Melo Pereira, Theodoro Vicente Agostinho, Mário Pereira de Pinho Filho, Bianca Felícia Rothschild e João Victor Ribeiro Aldinucci.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo acima identificado contra decisão que declarou improcedente a sua impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração que integra o presente processo.

Trata-se do AI n.° 51.050.874-0, no qual são exigidas as contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT).

Nos termos do relatório fiscal, fls. 19/29, o fato gerador das contribuições previdenciárias objeto do lançamento foi a prestação de serviços ao Estado do Paraná, por parte de trabalhadores admitidos sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no período 01/2009 a 12/2013.

Segundo o fisco, a relação dos trabalhadores admitidos sem concurso, os quais são obrigatoriamente filiados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, foi obtida mediante ofício encaminhado pelo ente fiscalizado ao INSS.

Cientificado do lançamento em 27/01/2014, o sujeito passivo apresentou impugnação de fls. 2.187/2.320.

A DRJ determinou o saneamento do processo, tendo em vista que o fisco houvera feito referência ao Parecer MPS n.° 2.281/2000, o qual já havia sido revogado na época dos fatos geradores pelo Parecer MPS n.° 3.333/2004. Os autos retornaram ao fisco para emissão de novo relatório fiscal, desta vez fundamentado no novo Parecer.

Observou a DRJ que, muito embora o entendimento dos dois atos em relação aos segurados tratados no lançamento não tenha se alterado, haveria necessidade saneamento para que o lançamento não ficasse embasado em parecer revogado.

Nova impugnação foi apresentada, ratificando os termos da primeira e trazendo considerações acerca do Parecer MPS n.° 3.333/2004, no sentido de desconstituir o lançamento.

A DRJ declarou o improcedente a impugnação, mantendo o lançamento na íntegra.

Inconformado com a decisão, o sujeito passivo apresentou recurso de fls. 2.414/2.477, no qual, após relatar o principais aspectos do processo, alegou em síntese que as conclusões da DRJ acerca da contenda encontram-se equivocadas, tendo apresentado os argumentos que abaixo reproduzo.

O Estado do Paraná editou em 1992 a Lei n.° 10.219, estabelecendo o regime jurídico único para os servidores da administração direta e das autarquias. Ressalta que o art. 70 da referida Lei carrega a seguinte redação:

> *"Art. 70. Os atuais servidores da administração direta e das autarquias, ocupantes de empregos ou regime jurídico definido pela Consolidação das Leis do Trabalho, terão seus empregos transformados em cargos públicos, na data da publicação desta lei".*

Assim, os servidores contratados pelo regime celetista tiveram suas relações laborais prorrogadas e transferidas para o regime estatutário, passando a contribuir para a previdência estadual e, nesta situação, desde então permanecem.

Os servidores incluídos nesta categoria, ao preencherem os requisitos legais, foram aposentados pelo regime próprio de previdência, bem como fizeram jus a todos os benefícios arcados e regidos por esse regime previdenciário.

Diante desta situação fática excepcional e transitória, o Tribunal de Contas do Estado - TCE, arrimando-se nos princípios da boa-fé, da segurança jurídica, da moralidade e do interesse público, aprovou em 2007 a Súmula n.° 05, assim redigida:

> *"São legais para fins de registro as admissões de pessoal, estaduais e municipais, anteriores ao ano de 2000, inclusive as relativas ao art. 70 da Lei Estadual n.° 10.219/1992, em decorrência dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé."*

Nessas condições, a conduta da Administração Pública Estadual de incluir os servidores em questão no seu RPPS está correta e em perfeita consonância com inteiro respaldo na instância de controle das contas públicas.

Não é sustentável a conclusão a que chegou o fisco, a partir dos Pareceres em que se baseou, para incluir os servidores admitidos nos termos do art. 70 da já citada lei estadual.

A conclusão da turma *a quo* de que o entendimento do fisco estaria em consonância com o Parecer MPS/CJ n.° 3.333/2004 é absolutamente equivocada. Não deve prevalecer a tese adotada na decisão recorrida de que, sem analisar a atividade desenvolvida pelo servidor, nem o regime jurídico ao qual está submetido, parte da premissa de que a única categoria de servidor que pode ser incluída nos regimes próprios de previdência é a dos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, que seria aquele investido no cargo mediante concurso público.

A própria autoridade lançadora reconhece que, malgrado o Estado sofresse retenções no Fundo de Participação dos Estados - FPE para fazer frente as contribuições do Regime Geral, os servidores em questão eram mantidos no RPPS, inclusive com as contribuições patronais.

Salienta que o Parecer GM n.° 030/2003 exarado pela Advocacia Geral da União, que vincula toda a Administração Federal, conclui que os servidores não efetivos e não estáveis, desde que titulares de cargos efetivos, possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores efetivos.

A jurisprudência tem acolhido este entendimento, conforme decisões do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região colacionadas.

Questões idênticas a presente foram levadas ao STF pelos Estados do Acre e do Rio Grande do Sul, tendo a Ministra Rosa Weber concedido tutela antecipada para

suspender os créditos tributários. Essas decisões foram confirmadas pelo pleno do Tribunal, sob o entendimento de que as exações teriam "duvidosa legitimidade jurídica".

Alega que o fisco feriu o princípio tributário da estrita legalidade ao se utilizar do silogismo e da analogia para determinar que os trabalhadores em questão são vinculados ao RGPS e assim lançar as contribuições. Para fundamentar esse argumento utiliza-se de artigo do Professor Ives Gandra Martins.

Toma a decisão do STF no bojo do RE n.° 351.717, para afirmar que a autuação padece de nulidade, posto que tenta criar nova hipótese de incidência , consistente na remuneração de servidores "estáveis não efetivos", sem que lei complementar dispusesse nesse sentido.

O Auditor Fiscal extrapolou os limites de sua competência ao decidir que os servidores admitidos sem concurso público não são servidores estatutários e não poderiam continuar vinculados a RPPS. A invasão da competência do Judiciário neste caso é claríssima.

O fato do Estado sofrer retenções no FPE desde 2003 para custeio da contribuição sobre a remuneração desses segurados em absoluto representa concordância com a tese do fisco. Veja-se que o TCE somente se pronunciou definitivamente sobre a questão em 2007, assim, ante a incerteza existente na época e para não causar possíveis prejuízos aos servidores, o recorrente acabou por anuir com as retenções.

Ressalta que o Estado do Paraná ajuizou a ação cautelar n.° AC n.° 3.638 MC/DF, perante o STF, com liminar deferida no sentido de suspender a exigibilidade das contribuições correntes ao RGPS cobradas em relação aos servidores admitidos sem concurso após 1988.

Argumenta que a multa no patamar em que foi aplicada apresenta efeito de confisco.

Ao final requereu:

a) a declaração de nulidade do lançamento, em razão do desrespeito ao princípio tributário da legalidade estrita;

b) a reforma da decisão recorrida, com reconhecimento da improcedência do AI; e

c) redução da multa imposta.

A Fazenda Nacional apresentou contra-razões de fls. 2.480/2.496, onde rebate as alegações recursais e pugna pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Admissibilidade

A ciência da decisão recorrida deu-se em 16/01/2015 (fl. 2.413), tendo o recurso sido apresentado em 06/02/2015 (fl. 2.414), portanto, dentro do trintídio legal. Por atender também ao requisito de legitimidade, merece conhecimento.

Incompetência do Auditor Fiscal

O recorrente requer a declaração de incompetência do Auditor para decidir a qual regime previdenciário estaria vinculado os segurados contratados sem concurso a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Afirma que somente ao Judiciário é dada a competência para definir a natureza jurídica do vínculo entre os servidores e o Estado.

A competência dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil encontra-se prevista na Lei n.° 11.457/2007, nos termos abaixo:

> *"Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil:*
>
> *I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:*
>
> *a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições;*
>
> *b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;*
>
> *c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;*
>
> *d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;*
>
> *e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;*

> *f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;*
>
> *II - em caráter geral, exercer as demais atividades inerentes à competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil.*
>
> *(...)"*

Da conjugação das alíneas "a" e "c" do inciso I, infere-se que ao AFRFB é dada a atribuição de executar os procedimentos fiscais mediante aplicação da legislação tributária e, se for o caso, constituir o crédito tributário mediante o lançamento.

Essas atribuições induvidosamente envolvem a interpretação da legislação, que nada mais é de que decidir no caso concreto quais os dispositivos normativos abarcam a situação analisada.

Na situação sobre enfoque, a Autoridade Lançadora, ao verificar a existência de segurados contratos sem concurso público pelo Estado do Paraná após a vigência da Carta de 1988, aplicou a legislação em conformidade com o entendimento prevalente no âmbito da Administração Tributária, que redundou no enquadramento desses servidores como segurados obrigatórios do RGPS na categoria de empregados.

Observe-se que o fisco não enveredou pelo tortuoso caminho de decidir sobre a regularidade da forma de contratação dos servidores, haja vista que de fato esta situação está fora do seu feixe de atribuições. A operação hermenêutica levada a efeito foi tão-somente no sentido de definir o vínculo das referidas pessoas, conforme interpretação da Constituição e da legislação tributária.

Nesse sentido, não há o que se falar em carência de competência do Auditor Fiscal, posto que, conforme vimos, o enquadramento de trabalhadores como segurados da Previdência Social para fins de exigência das contribuições devidas, é tarefa que lhe compete nos termos da combinação das alíneas "a" e "c" do inciso I do art. 6.° da Lei n.° 11.457/2007.

Para fechar a questão, trago excerto da decisão recorrida que bem reflete o meu pensamento sobre o tema:

> *"E não se trata de transmudar a natureza do vínculo efetivo estabelecido entre a Administração e os servidores, trata-se de aplicar ao caso concreto a expressa determinação legal de que estes servidores contratados após a CF/88 sem concurso são vinculados ao RGPS e não ao RPPS como incorretamente admite o ESTADO DO PARANÁ.*
>
> *Ainda, em nenhum momento a fiscalização desconstituiu o regime jurídico adotado pelo ESTADO DO PARANÁ, nem considerou ou tratou como irregulares as admissões dos trabalhadores, apenas, relativamente aos respectivos segurados empregados objeto do AIOP, enquadrou-os conforme dispõe a legislação específica em termos tributários, de acordo com o já amplamente disposto."*

Afasto, assim, a preliminar de incompetência do Auditor.

Princípio da legalidade estrita

Sustenta o recorrente que o fisco, por haver feito a demonstração da ocorrência do fato gerador com base em silogismo e/ou analogia, incorreu em atropelo ao princípio tributário legalidade estrita. Tal violação seria motivo para que o AI fosse nulificado.

Visitando o relatório fiscal, verifico que a descrição do fato gerador foi efetuada de maneira clara e sem utilização de analogia. Vejamos excerto do relato do fisco:

> *" 5. O fato gerador das contribuições previdenciárias objeto deste Auto de Infração foi a prestação de serviços ao ESTADO DO PARANÁ, por parte de trabalhadores admitidos sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, no período 01/2009 a 12/2013. Assim, sobre as verbas salariais pagas a estes trabalhadores, incidem as contribuições destacadas no item 3.*
>
> *(...)*
>
> *7. Nos termos do Parecer/CJ nº 2281 de 05/09/2000 (cópia em anexo), aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 06/09/2000 e publicado no Diário Oficial da União de 12/09/2000, em seu item 4, a única categoria de servidor que pode ser incluída no regime próprio de previdência social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é o servidor titular de cargo de provimento efetivo. Todos os outros são obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral da Previdência Social. E segundo a Nota Técnica/SPS nº 27/2000, transcrita no referido Parecer, em seu item 10, servidor titular de cargo efetivo é aquele investido no cargo por meio de concurso público na forma da Lei Maior. Por fim a mesma Nota Técnica em seu item 30 atesta que a partir de 30/10/1998, data da publicação da Medida Provisória nº 1723/98, os servidores estáveis e não efetivos, os servidores titulares, exclusivamente de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração e os temporários não podem ser ou continuar vinculados a regime próprio de previdência social, pois são segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social. Como os trabalhadores listados no Ofício citado no item anterior não são efetivos, uma vez que foram admitidos sem concurso público após 10/1988, entende-se que são vinculados ao Regime Geral de Previdência Social."*

O órgão de primeira instância determinou a emissão de novo relatório, tendo-se em conta que o Parecer MPS/CJ n.° 2.281/2000 houvera sido revogado pelo Parecer MPS CJ n.° 333/2004.

Passo a transcrever trechos do novo relatório:

> *"1. Em complemento aos fatos narrados no item 7 do Relatório Fiscal do Processo COMPROT nº 10980-720.100/2014-27, de 22/01/2014, informa-se que o Parecer/CJ nº 2281 de 05/09/2000 foi revogado pelo Parecer MPS/CJ nº 333 de 14/10/2004,*

> *aprovado pelo Ministro da Previdência em 21/10/2004 e publicado no Diário Oficial da União de 29/10/2004. No entanto, o novo Parecer (cópia em anexo) manteve o mesmo entendimento do Parecer revogado quanto à não aplicação de regime próprio de previdência aos servidores admitidos após a promulgação da Constituição de 1988, sem concurso público, conforme se pode depreender de sua conclusão final:*
>
> *(...)*
>
> *1.1. Como cargo de provimento efetivo entende-se aquele em cuja investidura há necessidade de aprovação prévia em concurso público.*
>
> *Salienta-se que o caput do Artigo 40 da Constituição Federal de 1988, na redação da Emenda Constitucional nº 41 de 19/12/2003, assegura somente aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas fundações e autarquias, o regime de caráter contributivo e solidário, e que o Parágrafo 13, do mesmo Artigo, parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 20 de 15/12/1998, determina que ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e de cargo temporário ou emprego público (caso em tela) aplica-se o Regime Geral de Previdência Social."*

Das transcrições fica evidente que o fisco utilizou-se do raciocínio dedutivo (silogismo) para subsumir a situação do enquadramento dos servidores contratados a partir da promulgação da atual Constituição sem concurso público à legislação previdenciária.

Partiu-se de duas proposições, a primeira consistente na afirmação de que "somente aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo aplica-se o regime previdenciário próprio" (premissa maior) e a segunda, ancorada na constatação de que "os servidores objeto do lançamento não foram nomeados para cargo de provimento efetivo" (premissa menor), para se chegar a conclusão de que tais servidores, por terem sua vinculação ao regime próprio vedada, obrigatoriamente vinculam-se ao RGPS, dado que os citados trabalhadores têm que contar com cobertura previdenciária por expressa disposição constitucional (art. 7.°, XXIV).

Essa operação lógica é bastante comum na aplicação do direito tributário e em absoluto representa desrespeito ao princípio da legalidade estrita, uma vez que o silogismo é levado a efeito tomando como premissa maior sempre uma hipótese de incidência tributária legalmente prevista e como premissa menor um fato da vida que o legislador quis incluir no rol das atividades sujeitas à tributação.

Quanto à utilização de analogia para cobrança de tributos, assim como o sujeito passivo, entendo que não é possível para se criar uma nova hipótese de incidência, conforme inteligência do § 1.° do art. 108 do CTN. Todavia, no caso sob enfoque não se lançou mão dessa forma de integração do direito.

Pelo processo analógico, estende-se a um caso não legalmente previsto, as consequências de um caso semelhante que o legislador tenha tornado juridicamente relevante. Não foi isso que se viu na descrição do lançamento.

Nos termos do art. 13 da Lei n.° 8.212/1991 os servidores ocupantes de cargo efetivo que estejam vinculados a regime próprio de previdência social são excluídos do RGPS. A única conclusão lógica é que os servidores não amparados por previdência específica, são obrigatoriamente vinculados ao regime geral, posto que não podem ficar sem cobertura previdenciária.

Nessa toada, tendo o fisco concluído que os servidores tratados no lançamento, por não serem efetivos, não poderiam se filiar a regime previdenciário próprio, aplicou a regra do inciso I do art. 12 da Lei n.° 8.212/1991, tratando-os como segurados empregados vinculados ao RGPS.

Nesse sentido, ao contrário do que afirmou o contribuinte, não houve criação de nova figura de segurado obrigatório, mas o enquadramento de trabalhadores em conformidade com a legislação existente.

Observe-se que a autorização para esse enquadramento encontra amparo também no § 2.° do art. 229 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.° 3.048/1999, nos seguintes termos:

> *"Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para:*
>
> *(...)*
>
> *§2ºSe o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do **caput** do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.*

Diante do exposto, encaminho por afastar a alegação de nulidade decorrente de suposto atropelo ao princípio da legalidade estrita.

Concomitância de instância administrativa e judicial.

No recurso menciona-se a existência de ajuizamento pelo recorrente no STF da Ação Cautelar Preparatória n.° 3.638 cujo objeto era a suspensão da retenção da contribuição previdenciária incidente sobre os vencimentos dos servidores contratados sem concurso público após Constituição de 1988 e que estariam integrados ao regime de previdência estadual desde 1992.

A ação foi distribuída a Ministra Rosa Weber, que decidiu liminarmente pela procedência do pedido do Estado do Paraná.

Posteriormente foi ajuizada a Ação Civil Originária n.° 2.517/PR cujo objeto é a declaração pelo Pretório Excelso de que os servidores admitidos sem concurso público após 10/1988, mas incluídos no regime jurídico único por lei estadual, poderiam permanecer filiados ao regime próprio de previdência do Estado do Paraná.

Conforme narramos, o julgamento desses autos foi convertido em diligência para que o ente recorrente apresentasse a petição inicial da referida ação de modo que pudéssemos aferir se efetivamente ocorrera a concomitância entre a discussão administrativa e a judicial.

Veio aos autos a peça de fls. 2.509/2.522, a qual não deixa dúvida da existência de discussão no judiciário idêntica a questão principal discutida no processo administrativo. Lendo-se o pedido observa-se que o Estado do Paraná se reporta inclusive ao procedimento administrativo comandado pelo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 09.1.01.00-2013.00680-4, o qual deu ensejo à presente lavratura. Senão vejamos:

> Em vista do exposto, o Estado do Paraná requer seja conhecida e provida a presente Ação Cível Originária, para o fim de que, colocando-se termo ao conflito federativo acima fundamentado, a revelar situação inconstitucional de dupla tributação:
>
> (a) seja declarado que compete **exclusivamente ao Estado do Paraná a cobrança de contribuições previdenciárias em relação aos servidores públicos "não efetivos" e "não estáveis" que possuem vínculo funcional estatutário permanente com o Estado do Paraná,** a exemplo daqueles listados no Procedimento Fiscal de nº 09.1.01.00-2013-00680-4, em razão de sua filiação ao Regime Próprio dos Servidores Públicos do Estado – RPPS, excludente da filiação obrigatória do Regime Geral de Previdência Social - RGPS;
>
> (b) como consequência do item "a" acima, pede-se que seja declarada a **nulidade de quaisquer atos de cobrança de contribuições previdenciárias ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, pela União**, relativamente aos servidores "não efetivos" e "não estáveis" que, embora tenham ingressado na Administração Pública após 1988 sem concurso, possuem vínculo funcional estatutário permanente com o Estado do Paraná, a exemplo daqueles arrolados no Procedimento Fiscal de nº 09.1.01.00-2013-00680; e
>
> (c) subsidiariamente, na improvável hipótese de se entender que compete à União exercer essa competência tributária, requer-se seja declarada a exclusividade de cobrança de contribuições previdenciárias e de cobertura pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, relativamente aos servidores públicos "não efetivos", "não estáveis" e que possuem vínculo estatutário permanente com o Estado, **com todos os efeitos jurídicos daí decorrentes.**

De acordo com o enunciado nº 1 de Súmula Vinculante do CARF (Portaria do Ministério da Fazenda nº 383, de 14/07/2010), o sujeito passivo tem o direito de se defender na esfera administrativa, mas, caso haja discussão na via judicial sobre o mesmo objeto litigioso, interpreta-se que este abdicou da via administrativa, levando o seu caso diretamente ao Poder Judiciário ao qual cabe dar a última palavra quanto à interpretação e à aplicação do Direito e, por consectário lógico do principio da jurisdição una no sistema brasileiro, isso importará em não conhecimento do recurso na via administrativa.

> ***Súmula CARF nº 1****: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo,* ***sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial****.*

Registra-se que a aplicação desse anunciado e da legislação que dispõe sobre a concomitância de instâncias administrativa e judicial, tais como o art. 38, parágrafo único, da Lei 6.830/1980 e o art. 126, §3º, da Lei 8.213/1991, não é uma tarefa automática, a ser exercida mecanicamente, oriunda somente da propositura de ação judicial pelo contribuinte, **pressupõe-se sempre a identidade de objeto nas discussões administrativas e judicial** para se adotar os seus comandos impositivos. Isso porque a identidade do objeto litigioso deverá ser constatada caso a caso, de modo a identificar as semelhanças fáticas e jurídicas das questões postuladas nas instâncias administrativa e judicial.

Nesse sentido, tanto a doutrina como a jurisprudência do STJ (EDcl no REsp 840.556/AM) afirmam que quando a demanda administrativa versar sobre objeto menor ou idêntico ao da ação judicial estará caracterizada a concomitância de instância, nas palavras de Leandro Paulsen: *"(...) o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário e que apenas a decisão deste é que se torna definitiva, com o trânsito em julgado, prevalecendo sobre eventual decisão administrativa que tenha sido tomada ou pudesse vir a ser tomada. (...)* ***Entretanto, tal pressupõe a identidade de objeto nas discussões administrativa e judicial***". (Leandro Paulsen e René Bergmann Ávila. Direito Processual Tributário. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 560).

De se concluir que, por haver ingressado no Judiciário para discutir a situação previdenciária da categoria de segurados incluídos no lançamento, o sujeito passivo renunciou a discussão dessa matéria no âmbito administrativo, motivo pelo qual deve ser declarada a concomitância da discussão.

Multa

Arguiu a recorrente a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação de pagar o tributo é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no quantum previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da falta de pagamento do tributo, fato incontestável, aplicou a multa no patamar fixado na legislação, conforme muito bem demonstrado no Discriminativo do Débito, em que são expressos os valores originários a multa e os juros aplicados no lançamento.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

> *Súmula CARF Nº 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do "caput" do art. 72 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015.

Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, uma vez que o fisco tão somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha para efetuar o lançamento.

Conclusão

Voto por conhecer em parte do recurso, para na parte conhecida afastar as preliminares de incompetência do Auditor Fiscal e nulidade do lançamento e, no mérito, por negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Kleber Ferreira de Araújo.