



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11522.001469/2007-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2301-009.777 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de dezembro de 2021
Recorrente SECRETARIA DE ESTADO DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO DO ACRE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1998

NULIDADE. NATUREZA DO VÍCIO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Identificado o erro de identificação do sujeito passivo que ensejou a declaração de nulidade do mesmo há que se analisar a sua natureza.

Mera irregularidade na identificação do sujeito passivo que não prejudique o exercício do contraditório configura vício de natureza forma.

Na hipótese dos autos observa-se que este foi relançado sem que houvesse necessidade de novas diligências. O que demonstra que se trata de vício de natureza formal.

DECADÊNCIA. NULIDADE POR VICIO FORMAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, II CTN.

No lançamento substitutivo, em que o anterior foi anulado por vício formal, aplica-se o prazo previsto no artigo 173, inciso II, do CTN.

SERVIDORES CONTRATADOS SEM CONCURSO PÚBLICO. PERÍODO POSTERIOR AO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS AO RGPS. INCIDÊNCIA.

Os servidores admitidos sem concurso público após a promulgação de Constituição de 1988 são segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, estando o ente contratante obrigado ao recolhimento das contribuições respectivas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em afastar a decadência e negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes – Presidente e Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Joao Mauricio Vital, Wesley Rocha, Flavia Lilian Selmer Dias, Fernanda Melo Leal, Diogo Cristian Denny (suplente convocado(a)), Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 510/525) interposto pelo Contribuinte em epígrafe, contra a decisão da 4ª Turma da DRJ/BEL (e-fls. 469/490), que julgou parcialmente procedente a impugnação contra a Notificação de Lançamento de Débito – NFLD - Debcad nº 35.818.112-7 (e-fls. 2/41), conforme ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1998

NFLD nº 35.818.112-7. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE. STF.

Prescreve a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, razão pela qual, em se tratando de lançamento de ofício, deve-se aplicar o prazo decadencial de cinco anos.

DECADÊNCIA. NULIDADE POR VICIO FORMAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, II CTN.

No lançamento substitutivo, em que o anterior foi anulado por vício formal, aplica-se o prazo previsto no artigo 173, inciso II, do CTN.

O direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário substitutivo com fundamento no artigo 173, inciso II, do CTN não abrange o direito de lançar contribuições relativas a obrigações tributárias já extintas, quando da lavratura do lançamento substituído, pela ocorrência da decadência.

ÓRGÃO PÚBLICO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Aplica-se a exegese literal do art. 40 da Constituição da República aos servidores admitidos no serviço público após a promulgação da Constituição de 1988, somente sendo aplicável o regime previdenciário próprio previsto no caput do citado artigo aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo.

FALTA DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATO NULO. INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos, a teor do art. 118, inciso I do CTN.

Havendo a disponibilidade da força de trabalho esta deverá ser devidamente recompensada, gerando direito à remuneração e produzindo reflexos no enquadramento do prestador de serviço como segurado obrigatório do RGPS.

DEDUÇÃO DE SALÁRIO FAMÍLIA E SALÁRIO MATERNIDADE.

O pagamento e o reembolso de salário-família e salário-maternidade estão condicionados à apresentação da documentação legalmente definida, nos termos dos art.

67 e 72 da Lei nº 8.213/91, devendo a empresa conservar tais documentos durante 10 (dez) anos, para exame pela fiscalização da Previdência Social.

COMPENSAÇÃO.

A compensação é uma prerrogativa deferida ao contribuinte; no entanto, este deve observar os procedimentos fixados pela Administração Tributária a fim de fazer valer o seu direito.

Somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição.

ÔNUS PROBATÓRIO.

O crédito previdenciário lavrado em conformidade com o art. 37 da Lei nº 8.212/91 e alterações c/c art. 142 do C.T.N, somente será elidido mediante a apresentação de provas, pelo contribuinte, que comprove a não ocorrência desses fatos.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O lançamento diz respeito às contribuições devidas à Seguridade Social incidentes sobre pagamento de remuneração efetuados pelo Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Comunicação a segurados empregados, correspondentes à parte descontada dos segurados (rubricas Segurados) e à parte patronal (rubricas Empresa e Sat/Rat), do período de 01/1994 a 13/1998.

De acordo com o Relatório Fiscal de e-fls. 112/120, a presente Notificação foi lavrada em substituição ao crédito constituído por meio da NFLD nº 35.677.152-0, anulada por meio da Decisão de Notificação nº 24.401.4/047/2005 (e-fls. 529/539).

O crédito foi constituído originalmente em 28/06/2004 e a decisão definitiva que considerou o crédito previdenciário nulo se deu com a homologação no dia 19/07/2005 pelo Delegado da Receita Federal - Previdenciária em Rio Branco, conforme fl. 1164 constante do processo de número 35.677.152-0.

Segundo relato da fiscalização, as contribuições apuradas incidiram sobre as remunerações destinadas a retribuir os serviços prestados por segurados empregados ao Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Comunicação, irregularmente contratados, sem a devida prestação de concurso público após a Constituição Federal de 1988, estando desprovida de amparo constitucional a integração destes segurados empregados na relação estatutária vinculado ao Regime Próprio.

A relação contratual nula de deu de forma permanente, subordinada e mediante remuneração, caracterizando o vínculo ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, conforme definido na alínea "a", inciso I do art. 12 da Lei 8212, de 24/07/91.

A irregularidade na contratação no serviço público e a conseqüente filiação e/ou inscrição ao Regime Geral de Previdência Social, foi fundamentada nos art. 37, inciso II, 39, 40 e 194, parágrafo único, alínea "a" da CF/88, no art. 19 das disposições constitucionais transitórias; nos artigos 12, inciso I, alínea "a", 13 e 15 da Lei nº 8212/91; na Lei Complementar

Estadual n.º 39, 29/12/1993 e alterações posteriores (Estatuto dos servidores civis do Estado do Acre), art. 2.º, 3.º, parágrafo único, e 9.º, incisos I e II, e § 1.º, art. 236 a 241.

As importâncias pagas a título de salário-família e salário maternidade por não estarem em conformidade com a Lei 8.213/91, não foram consideradas para fins de dedução do valor apurado mensalmente.

Além dos arquivos digitais citados nos item 5 e 6 do Relatório Fiscal, foram examinados também a Constituição Estadual do Estado do Acre, as leis que dispõe sobre a contratação temporária de pessoal por tempo limitado, termos de posse de governadores, decretos de nomeação de secretários, relatórios com os dados cadastrais dos governadores e secretários, a lei do Regime Próprio de Previdência Social e as leis de criação de autarquias e fundações públicas; por amostragem, foi examinado o assentamento funcional de servidores, resumo de empenho da folha de pagamento (meio papel) e fichas financeiras anual de servidores.

O órgão público sob ação fiscal foi notificado do presente débito mediante remessa postal, em 05/12/2005, conforme Aviso de Recebimento-AR dos Correios às fls. 120v e protocolizou tempestivamente, em 13/12/2005, sob o n.º 35009003462/2005-04, impugnação ao lançamento, por intermédio do instrumento de fls. 122 a 148, acompanhada dos anexos de fls. 149 a 236.

Em face das irregularidades apontadas pelo impugnante em sua defesa, entendeu o órgão julgador de primeira instância pela necessidade de esclarecimentos, convertendo o julgamento em diligência para pronunciamento da autoridade fiscal, conforme documento de e-fls. 243/245.

Em atendimento à diligência a fiscalização prestou os esclarecimentos de e-fls. 323/324.

Em razão da diligência realizada pelo serviço de fiscalização da Receita Federal, a postulante, por intermédio do instrumento de fls. 326 a 331, acompanhada dos anexos de fls. 332 a 466, aduz em linhas gerais as mesmas questões apresentadas na impugnação.

A decisão de primeira instância julgou parcialmente procedente a impugnação, reconhecendo a ocorrência da decadência do direito de constituição dos créditos previdenciários relativos às competências 01/1994 a 11/1998 e 13/1998. Remanesceu no lançamento apenas a competência 12/1998.

Cientificada da decisão de primeira instância em 01/09/2010 (e-fl.504), a contribuinte interpôs em 06/09/2010 recurso voluntário (e-fls. 510/525), no alega qual alega em síntese:

1. DA DECADÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS REFERENTES À COMPETÊNCIA 12/1998 — NÃO APLICAÇÃO DO ART. 173, INCISO II, DO CTN — AUSÊNCIA DE LANÇAMENTO SUBSTITUTIVO.

- que o crédito tributário referentes à competências 12/1998, quando lançados pela NFLD 35.677.152-0 em 11.11.2005, já estava consumado pela decadência disposta no art. 173, I, do CTN;

- que o crédito previdenciário consolidado através da DEBCAD n.º 35.677.152-0 foi considerado nulo por erro na identificação do sujeito passivo, conforme explicitado na Decisão Notificação n.º 24.401.4/047/2005;

- que crédito ali consignado foi constituído, inicialmente, em desfavor do "Governo do Estado do Acre" e não contra o "Estado do Acre", este sim dotado de personalidade jurídica;

- que não há que se cogitar do aproveitamento da data do primeiro lançamento consolidado na NFLD DEBCAD n.º 35.677.152-0, em 28.06.2004;

- que a retroação do prazo de ciência para efeito da medida do tempo decadencial admitido pelo inciso II, do art. 173, do CTN, só é possível na situação em que o lançamento foi anulado por vício formal, que não é o caso dos autos;

- que o Estado do Acre/Secretaria de Comunicação somente apareceu na relação jurídica tributária quando foi cientificado dos lançamentos objeto da NFLD n.º 35.818.112-7, em 05.12.2005, de sorte que esta não representa convalidação da NFLD anterior, e sim, configuração de novo lançamento,

- que ainda que se admita o aproveitamento da data da ciência do lançamento anulado (28/06/2004), ainda sim ocorreu a decadência da competência 12/1998 pela regra contida no inciso I do art. 173 do CTN.

2. SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA

- que a ausência do concurso público não caracteriza per si relação de emprego;

- que não há no ordenamento nenhum dispositivo legal que ampare tal entendimento;

- que a ausência do concurso público não qualifica se a relação existente entre esses servidores e o ente estatal é estatutária ou celetista (relação de emprego);

- que não obstante a Constituição Federal, a partir da promulgação da EC n.º 19/98, conferir aos entes da federação liberdade para instituir os regimes jurídicos de seus servidores - estatutário ou contratual, o Estado do Acre manteve a primeira opção já instituída através da Lei Complementar n.º 39, de janeiro de 1994, que criou o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público;

- que à época dos fatos geradores das contribuições previdenciárias reclamadas pela Receita Federal do Brasil (01/1994 a 13/1998) já vigia para os servidores da Administração Pública direta do Estado do Acre o chamado Regime Estatutário, criado pela LC 39/94;

- que a partir da vigência da LC 39/94 os servidores - antes celetistas - transmudaram do Regime de Previdência Geral (INSS) para a Previdência do Estado do Acre;

- que malgrado a forma de ingresso dos servidores públicos, cujas contribuições previdenciárias são reclamadas, o contexto jurídico posto não os vincula ao Regime Geral de Previdência (INSS);

- que usando da autonomia conferida constitucionalmente, o Estado do Acre fez opção, manifestada na Lei Complementar 39/94, pelo regime estatutário, sendo seus servidores, nessa linha, ocupantes de cargos e não de empregos públicos;

- que a subsunção ao regime estatutário vincula os servidores, mesmo admitidos sem concurso público, à Previdência Própria do Estado do Acre, porquanto não se enquadram no conceito de "empregados", definido no inciso I, do art. 12 da Lei 8.212/911, como segurados obrigatórios do Sistema Geral de Previdência;

- que na definição do vínculo previdenciário, a Constituição Federal adjetivou a expressão cargo efetivo em clara contraposição aos cargos de natureza temporária (cargo em comissão e temporário) e não em relação a condição de efetividade ostentada pelo servidor.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes, Relatora.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, assim, dele tomo conhecimento.

Preliminares

A recorrente alega que o crédito tributário referentes à competências 12/1998, quando lançados pela NFLD 35.677.152-0 em 11/11/2005, já estava consumado pela decadência disposta no art. 173, I, do CTN.

Aduz que tendo em vista que o crédito previdenciário consolidado através da DEBCAD n.º 35.677.152-0 foi considerado nulo por erro na identificação do sujeito passivo, não seria aplicável o disposto inciso II, do art. 173, do CTN, não havendo que se cogitar do aproveitamento da data do primeiro lançamento consolidado em 28/06/2004.

Analisando a Decisão Notificação n.º 24.401.4/047/2005 (e-fls. 529/539), verifica-se que o lançamento foi anulado em razão de a NFLD ter sido lavrada sem a informação do órgão fiscalizado após o nome do Estado do Acre, conforme determina o parágrafo único do art. 351, da IN INSS/DC n.º 100, de 18/12/2003.

31. Ressalte-se, ainda, que a notificação foi emitida erroneamente em nome do Governo do Estado do Acre e não, como seria o correto, em nome do Estado do Acre ente da

federação que possui legitimidade para figurar no pólo passivo dos processos administrativos e judiciais.

Diferentemente do alegado, embora não conste da decisão a denominação do vício identificado, extrai-se de suas conclusões que trata-se de vício de natureza formal, pois consta determinação para remeter o processo ao Serviço de Fiscalização para a imediata emissão de NFLD substituta.

DECIDO:

- a) Remeter esta Decisão para reexame do Delegado da Secretaria da Receita Previdenciária em Rio Branco, na forma do art. 22, IV, da PortariaMPS n.º 520/04;
- b) Notificar o contribuinte, após homologação, remetendo-lhe cópia desta Decisão;
- c) Remeter o processo ao Serviço de Fiscalização desta Delegacia, da Receita Previdenciária para a imediata emissão de NFLD substituta; (grifei)**
- d) Determinar o arquivamento do processo, após as providências descritas nas alíneas "a", "b" e "c", retro.

Em consonância com a determinação contida na Decisão Notificação n.º 24.401.4/047/2005, a autoridade fiscal, considerando que o vício identificado seria de natureza formal, emitiu NFLD substitutiva. Veja-se informação contida no relatório fiscal de e-fls. 112/120:

2. A decisão definitiva que considerou o crédito previdenciário nulo se deu com a homologação no dia 19/07/2005 pelo Delegado da Receita Federal - Previdenciária em Rio Branco, conforme folha 1164 constante do processo de número 35.677.152-0.

3. Dessa forma, entre os dias 17/10/2005 e 17/11/2005, fizemos o relançamento do crédito previdenciário destinado à Seguridade Social, tendo em vista a entrega do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF e do Termo de intimação para Apresentação de Documentos - TIAD.

4. Por tratar-se de lançamento anteriormente efetuados e tornado nulo por decisão definitiva, o crédito previdenciário não estaria abrangido pelo instituto da decadência, conforme Inciso II do Artigo 45 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, transcrita abaixo.

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I- do primeiro dia da exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído

II- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada. (grifos no original)

A decisão de primeira instância, ao analisar a decadência, também considera que o vício identificado seria de natureza formal.

Ocorre que, como já dito, in casu, o crédito tributário foi constituído em substituição à NFLD n.º 35.677.152-0, cuja ciência do sujeito passivo se deu em 28/06/2004, anulada por vício formal. Portanto, muito embora o presente crédito tenha sido lançado somente em 11/11/2005, ele apenas está substituindo o aludido crédito tributário declarado nulo. Logo, dados os efeitos retroativos da decisão do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, deve-se primeiramente examinar se na data da ciência da NFLD

original, ou seja, dia 28/06/2004, aplicando-se a decadência quinzenal do CTN – seja pelo § 4º do art. 150 ou pelo inciso 1 do art. 173, conforme haja ou não recolhimentos parciais – qualquer competência objeto desde débito já havia sido alcançada pela decadência.

(...)

A declaração de nulidade por vício formal reabre a contagem do prazo decadencial, nos termos do disposto no art. 173, inciso II, do CTN. Considerando que a decisão que anulou a NFLD substituída data de 30/06/2005 e considerando que a NLFD substitutiva foi cientificada ao contribuinte em 05/12/2005, não paira dúvida de que não transcorreram os cinco anos que o fisco teria para exercer o seu direito potestativo de efetuar o lançamento substitutivo do crédito tributário objeto da NFLD tomada nula, não havendo que se falar, portanto, em extinção pela decadência.

No caso dos autos, entendo que o vício que ensejou a nulidade do primeiro lançamento é de natureza formal, pois houve apenas equívoco na denominação do sujeito passivo, que constou como Governo do Estado Acre, quando o correto seria Estado do Acre.

Da leitura do relatório da Decisão Notificação n.º 24.401.4/047/2005 constata-se que não houve qualquer prejuízo à defesa, pois o sujeito passivo contestou o lançamento de forma minuciosa em seu recurso, sem sequer alegar nulidade do lançamento por erro de sujeição passiva.

Mera irregularidade, consistente na imprecisão da caracterização do sujeito passivo da obrigação tributária, que não prejudique o exercício do contraditório e da ampla defesa, sequer a meu ver, ensejaria nulidade do lançamento, considerando o disposto no artigo 60 do Decreto n.º 70.235/72.

Cito o disposto na Solução de Consulta Interna Cosit n.º 8, de 8 de março de 2013, assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ANULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO FORMAL OU MATERIAL.

Mera irregularidade na identificação do sujeito passivo que não prejudique o exercício do contraditório não gera nulidade do ato de lançamento.

A ocorrência de defeito no instrumento do lançamento que configure erro de fato é convalidável e, por isso, anulável por vício formal. (grifei)

(...)

Dessa SCI, extraio o seguinte:

6. A primeira situação é a inexistência de nulidade ou anulabilidade do lançamento por algum equívoco na identificação do sujeito passivo.

6.1. O art. 59 do PAF determina serem nulos os atos lavrados por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. **Já o art. 60 dispõe que meras irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidades, mormente quando não influírem na solução do litígio. (grifei)**

6.2. A questão é definir o que são esses atos meramente irregulares. Utiliza-se o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos irregulares são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. (in Curso de Direito Administrativo, 29ª ed., p. 478)

6.3. Não há nulidade sem prejuízo da parte. No caso de erro na identificação do sujeito passivo que não macule o seu direito de defesa nem o normal andamento do processo administrativo fiscal, não há necessidade de se proceder a um novo lançamento. Conforme Leandro Paulsen: (grifei)

Não há requisitos de forma que impliquem nulidade de modo automático e objetivo. A nulidade não decorre propriamente do descumprimento do requisito formal, mas dos seus efeitos comprometedores do direito de defesa assegurado constitucionalmente ao contribuinte já por força do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque as formalidades se justificam como garantidoras da defesa do contribuinte; não são um fim, em si mesmas, mas um instrumento para assegurar o exercício da ampla defesa. Alegada eventual irregularidade, cabe à autoridade administrativa ou judicial verificar, pois, se tal implicou efetivo prejuízo à defesa do contribuinte. Daí falar-se do princípio da informalidade do processo administrativo. (PAULSEN, Leandro. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011)

(...)

8.5. Quando há erro de fato o vício na identificação do sujeito passivo é formal, o lançamento é anulável e portanto convalidável (ao menos teoricamente). A questão é: necessita-se de um novo lançamento?

8.5.1. Se o sujeito passivo correto impugnou o mérito do ato, qualificando-se adequadamente e exercendo na totalidade o direito de defesa, não há por que se proceder a um novo lançamento. Basta consignar no processo a correta identificação do sujeito passivo e dar andamento a ele, em prol da instrumentalidade das formas. O ato está convalidado. (grifei)

(...)

Conclusão

11. Em decorrência do exposto, conclui-se que:

a) Mera irregularidade na identificação do sujeito passivo que não prejudique o exercício do contraditório não gera nulidade do ato de lançamento. (grifei)

Acrescente-se que questão da natureza do vício que ensejou a nulidade do lançamento em questão já foi analisada em outros créditos lançados contra o Estado do Acre, ocasião em que se manifestou o entendimento de que o vício na denominação do sujeito passivo é de natureza formal.

Acórdão nº 9202-008.394 – CSRF / 2ª Turma

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2009

NULIDADE. NATUREZA DO VÍCIO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO.

Identificado o erro de identificação do sujeito passivo que ensejou a declaração de nulidade do mesmo há que se analisar a sua natureza.

Na hipótese dos autos observa-se que este foi relançado sem que houvesse necessidade de novas diligências. O que demonstra que se trata de vício de natureza formal.

(grifei)

Acórdão nº 2401-003.300 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

EMBARGOS - OMISSÃO - PROPOSITURA RECORRENTE - ERRO DE SUJEIÇÃO PASSIVA - VÍCIO FORMAL NA CONSTITUIÇÃO DO LANÇAMENTO.

Existindo omissão no acórdão no que diz respeito aos fundamentos que embasaram a decisão, devem os embargos serem acatados não com o objetivo de rediscussão da matéria, mas tão somente fazer constar do acórdão os esclarecimentos pertinentes.

Embargos Acolhidos

Acórdão nº 2302-002.970 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Do exposto, considerando a natureza do vício como formal, não merecem reparos a análise da decadência efetuada pelo acórdão de primeira instância, razão pela qual ratifico e afasto a decadência da competência 12/1998.

No tocante à decadência, preliminarmente, cumpre destacar a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula Vinculante nº 8, publicada no DOU de 20/06/2008, que declarou inconstitucional o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que previa o prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito devido à Seguridade Social. Em consequência, o prazo para a Receita Federal do Brasil constituir créditos tributários, envolvendo contribuições destinadas à Seguridade Social e a terceiros, assim entendidos outras entidades e fundos, para os quais existe competência do órgão fazendário para fiscalizar, passou a ser de cinco anos.

A citada súmula vinculante é de observância obrigatória pela Administração Pública, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal.

Corroborando o aludido entendimento, o Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, que seguiu a mesma linha que já havia sendo adotada pela jurisprudência dominante, dispõe que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, caso tenha havido recolhimento, ainda que parcial, dever-se-á aplicar o artigo 150, § 4º, do CTN; e caso o sujeito passivo não tenha cumprido a obrigação legal de recolher antecipadamente o tributo devido, aplica-se o disposto no artigo 173, inciso 1, do mesmo diploma.

Ocorre que, como já dito, in casu, o crédito tributário foi constituído em substituição à NFLD nº 35.677.152-0, cuja ciência do sujeito passivo se deu em 28/06/2004, anulada por vício formal. Portanto, muito embora o presente crédito tenha sido lançado somente em 11/11/2005, ele apenas está substituindo o aludido crédito tributário declarado nulo. Logo, dados os efeitos retroativos da decisão do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, deve-se primeiramente examinar se na data da ciência da NFLD original, ou seja, dia 28/06/2004, aplicando-se a decadência quinquenal do CTN - seja pelo § 4º do art. 150 ou pelo inciso 1 do art. 173, conforme haja ou não recolhimentos parciais - qualquer competência objeto desde débito já havia sido alcançada pela decadência.

Analisando o caso em comento, cujo crédito foi constituído originalmente em 28/06/2004, data da ciência pela postulante, pode-se afirmar inicialmente que tanto sob a ótica do § 4º do art. 150, quanto do art. 173, inciso I do CTN: - as competências anteriores 11/1998 (inclusive) e 13/1998 são improcedentes. Destarte, cumpre examinar mais detidamente apenas a competência 12/1998.

Para esta competência, segundo pesquisa nos sistemas informatizados da RF B-Receita Federal do Brasil, não houve antecipação de pagamento parcial não havendo que se falar em decadência do direito da Fazenda Nacional, sendo plenamente exigíveis naquela data (28/06/2004) as suas respectivas contribuições, vez que o cálculo é feito de acordo com as disposições do artigo 173, inciso I do CTN.

A declaração de nulidade por vício formal reabre a contagem do prazo decadencial, nos termos do disposto no art. 173, inciso II, do CTN. Considerando que a decisão que anulou a NFLD substituída data de 30/06/2005 e considerando que a NFLD substitutiva foi cientificada ao contribuinte em 05/12/2005, não paira dúvida de que não transcorreram os cinco anos que o fisco teria para exercer o seu direito potestativo de efetuar o lançamento substitutivo do crédito tributário objeto da NFLD tomada nula, não havendo que se falar, portanto, em extinção pela decadência.

Isto posto, restou configurada a decadência para as competências 01/1994 a 11/ 1998 e 13/1998, razão pela qual julgo improcedentes os valores nelas lançados, concluindo que se encontram extintos pela decadência

Mérito

De acordo com o relatório fiscal, trata o presente lançamento de contribuições incidentes sobre as remunerações destinadas a retribuir os serviços prestados por segurados empregados ao Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Comunicação, irregularmente contratados, sem a devida prestação de concurso público após a Constituição Federal de 1988.

A recorrente defende que a ausência do concurso público não caracteriza per si relação de emprego, pois não haveria no ordenamento nenhum dispositivo legal que amparasse tal entendimento.

Aduz que a ausência do concurso público não qualifica se a relação existente entre esses servidores e o ente estatal é estatutária ou celetista (relação de emprego) e que não obstante a Constituição Federal, a partir da promulgação da EC nº 19/98, conferir aos entes da federação liberdade para instituir os regimes jurídicos de seus servidores - estatutário ou contratual, o Estado do Acre manteve a primeira opção já instituída através da Lei Complementar nº 39, de janeiro de 1994, que criou o Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público;

Sustenta, ainda, que à época dos fatos geradores das contribuições previdenciárias reclamadas pela Receita Federal do Brasil (01/1994 a 13/1998) já vigia para os servidores da Administração Pública direta do Estado do Acre o chamado Regime Estatutário, criado pela LC 39/94 e que a partir de sua vigência, os servidores - antes celetistas - transmudaram do Regime de Previdência Geral (INSS) para a Previdência do Estado do Acre.

Acrescenta que malgrado a forma de ingresso dos servidores públicos, cujas contribuições previdenciárias são reclamadas, o contexto jurídico posto não os vincula ao Regime Geral de Previdência (INSS), que usando da autonomia conferida constitucionalmente, o

Estado do Acre fez opção, manifestada na Lei Complementar 39/94, pelo regime estatutário, sendo seus servidores, nessa linha, ocupantes de cargos e não de empregos públicos.

Alega que a subsunção ao regime estatutário vincula os servidores, mesmo admitidos sem concurso público, à Previdência Própria do Estado do Acre, porquanto não se enquadram no conceito de "empregados", definido no inciso I, do art. 12 da Lei 8.212/911, como segurados obrigatórios do Sistema Geral de Previdência;

A questão em litígio já foi objeto inúmeras decisões deste Egrégio Conselho, em lançamentos referentes a diversos órgãos do Estado do Acre, a exemplo cito os acórdãos 2301-009.161, 2201-008.812, 2402003.695, 240102.367, 2401-00.768 e 2402-006.428. A tese pacífica firmada é de que **os servidores admitidos sem concurso público após a promulgação de Constituição de 1988 são segurados do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, estando o ente contratante obrigado ao recolhimento das contribuições respectivas.**

Na autuação constata-se que o lançamento se refere a contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração de servidores que ingressaram na administração pública após a CF de 1988, sem concurso público, em desconformidade com o disposto no artigo 37, inciso II, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (grifei)

Essa averiguação pode ser feita a partir da relação nominal de e-fls. 46/111, na coluna "data de admissão" e no relatório fiscal de e-fls. 112/120.

8. Conforme está definido no MPF, constituímos as contribuições previdenciárias devidas a Seguridade Social incidente sobre as remunerações destinadas a retribuírem os serviços prestados por segurados empregados ao Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Comunicação, irregularmente contratados. É a devida prestação de concurso público após a Constituição Federal de 1988, estando desprovida de amparo constitucional a integração destes segurados empregados na relação estatutária vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social do Estado do Acre, mas, a relação contratual nula deu-se de forma permanente, subordinada e mediante remuneração, caracterizando o vínculo ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, conforme definido na alínea "a", inciso I do art. 12 da Lei 8212, de 24/07/91.

A contratação irregular, ou seja, sem concurso público após a CF/88, fere o disposto no art. 37 do texto constitucional, portanto incabível qualquer espécie de vinculação ao ente público. Neste mesmo sentido, dispõe a Súmula 363 do TST, senão vejamos:

Súmula 363 TST - CONTRATO NULO — EFEITOS

A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas,

respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

É fato que até a EC no 20/1998, qualquer tipo de trabalhador poderia estar vinculado ao RPPS, seja na qualidade de servidor efetivo, comissionado, celetista etc, porém após a referida norma constitucional à vinculação aos ditos RPPS, ficou adstrita aos servidores efetivos, ou seja, assim considerados aqueles que ingressaram no serviço público mediante concurso público, sendo que, todo o restante dos trabalhadores, passou obrigatoriamente ao RGPS. Neste sentido dispõe o texto constitucional.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 13. Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (grifo nosso)

O texto constitucional destaca claramente a impossibilidade de inclusão de servidores, salvo os efetivos, bem como de qualquer outra modalidade de trabalhadores no RPPS do ente instituidor. Assim, qualquer tipo de vínculo com o RPPS de ente público, salvo na condição de efetivo, não encontra guarida no texto constitucional, razão porque a vinculação de tais trabalhadores só encontra albergue no Regime Geral de Previdência Social — RGPS.

Dessa forma, qualquer espécie de contratação de trabalhadores, mesmo que irregular por parte do ente público estadual, acaba por ensejar a vinculação de ditos trabalhadores ao RGPS na forma da lei. Nesse sentido, dispõe o art. 9º do Decreto 3.048/99, que regulamenta a Lei nº 8.212/91:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

1- como empregado:

(...)

i) o servidor da União, Estado, Distrito Federal ou Município, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

j) o servidor do Estado, Distrito Federal ou Município, bem como o das respectivas autarquias e fundações, ocupante de cargo efetivo, desde que, nessa qualidade, não esteja amparado por regime próprio de previdência social;

(...)

l) o servidor contratado pela União, Estado, Distrito Federal ou Município, bem como pelas respectivas autarquias e fundações, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Vale destacar que para efeitos da legislação previdenciária, os órgãos e entidades públicas são considerados empresa, conforme prevê o art. 15 da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art.15.Considera-se:

1- empresa - afirma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

Assim, o ente público — ESTADO DO ACRE — SECRETARIA DE ESTADO DE COMUNICAÇÃO é considerado empresa perante a previdência social, devendo, portanto, contribuir para o RGPS, sempre que presentes fatos geradores de contribuições previdenciárias.

Em vista disso não há como acolher a alegação recursal de que tais servidores estariam vinculados ao regime próprio de previdência do Município, sendo imperativo reconhecer que tais trabalhadores sujeitam-se ao Regime Geral de Previdência Social por força do art. 13 da Lei n.º 8.212/1991:

Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.

No que diz respeito às alegações no sentido de que com a LC n.º 39/1994 os detentores de função pública passaram a ter os mesmos direitos dos servidores ocupantes de cargo efetivo e, portanto, passaram a compor o RPPS, não há respaldo.

Tem-se que a Constituição Federal de 1988, complementada por suas emendas constitucionais, atribuiu aos entes da federação a competência para legislar em matéria previdenciária, **limitando, entretanto, tal competência às diretrizes estabelecidas pelo próprio texto constitucional e legislação Federal específica.**

A Constituição Federal, em seu art. 37, II, é expressa no sentido de que somente mediante aprovação em concurso público poder-se-á investir alguém em cargo ou emprego público. Assim, ainda que a Constituição Estadual preveja, mediante Emenda Constitucional, a efetivação de determinados servidores, necessária seria a comprovação pela Recorrente da realização de concurso público e posterior aprovação daqueles que se pretende efetivar.

No caso em tela, a Recorrente não conseguiu demonstrar que os servidores entendidos por ela como efetivados via LC n.º 39/94 tenham sido submetidos a concurso nos moldes da CF/88, razão pela qual entendo pelo descabimento da pretensão.

Quanto ao questionamento acerca da aplicação do Parecer da AGU, o julgador de 1ª instância, bem afastou a possibilidade de aplicação do dito Parecer, vez que não se trata do mesmo caso descrito neste lançamento. A contratação irregular de servidores, prestando serviços nas mesmas condições de empregado, após a CF/88, não encontra qualquer guarida, seja no texto constitucional, na Lei 8212/91 ou na EC n.º 20/1998. Portanto, entendo que os argumentos quanto a aplicação do Parecer da AGU, também são incapazes de refutar o lançamento.

Conclusão

Ante ao exposto, voto para afastar e decadência e negar provimento ao recurso.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes