



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11522.001484/2007-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-008.812 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de junho de 2021
Recorrente SECRETARIA DE ESTADO DE PRODUÇÃO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor § 3º do artigo 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343 de 2015.

ÓRGÃO PÚBLICO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Órgão Público está obrigado a recolher a contribuição devida sobre a remuneração paga aos segurados vinculados ao RGPS que lhe prestam serviços. Somente é excluído do RGPS o servidor amparado por regime próprio de previdência social que assegure pelo menos os benefícios previstos no artigo. 40 da CF.

DEDUÇÃO DE SALÁRIO-FAMÍLIA E SALÁRIO-MATERNIDADE.

O pagamento e o reembolso de salário-família e salário-maternidade estão condicionados à apresentação da documentação definida na legislação e demais normas específicas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. COMPENSAÇÃO DE REGIMES. INEXISTÊNCIA DE LITÍGIO. NÃO APRECIÇÃO.

A apreciação de questões atinentes à compensação financeira de regimes previdenciários escapa à competência deste julgamento tendo em vista que não foi objeto de litígio, sendo a matéria alheia ao lançamento tributário.

ÔNUS PROBATÓRIO.

O crédito previdenciário regularmente lavrado somente será elidido mediante a apresentação de provas, pelo contribuinte, que comprove a não ocorrência desses fatos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nobrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 576/587) interposto contra decisão no acórdão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (PA) de fls. 551/573, que julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário formalizado na NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – DEBCAD nº 35.818.131-3, consolidado em 11/11/2005, no montante de R\$ 2.775.226,94, já incluídos juros (fls. 3/69), acompanhado do Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 295/311), referente às contribuições sociais contribuições que deveriam ter sido arrecadadas dos segurados empregados e da contribuição do órgão público destinada à Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), relativamente ao período de 1/1999 a 12/2002.

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 552/555):

Segundo se apreende dos diversos relatórios que o compõem, o presente lançamento é relativo às contribuições devidas à Seguridade Social incidentes sobre pagamento de remuneração efetuados pelo Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Produção e Desenvolvimento Agrário a segurados empregados, correspondentes à parte descontada dos segurados (rubricas Segurados) e à parte patronal (rubricas Empresa e Sat/Rat), no valor de R\$ 2.775.226,94 (dois milhões, setecentos e setenta e cinco mil, duzentos e vinte e seis reais e noventa e quatro centavos), consolidado em 11/11/2005, correspondente às competências 01/1999 a 13/2002, sendo composto pelo levantamento SR2 —16 SECRETARIA DE PRODUÇÃO.

Em essência registra o Relatório Fiscal de fls. 147 a 155, que:

- a presente Notificação foi lavrada em substituição ao crédito constituído por meio da NFLD nº 35.677.182-2, tornado nulo por vício formal em razão de ter havido erro na identificação do sujeito passivo, devendo o mesmo ser relançado, não estando abrangido, por esse motivo, pelo instituto da decadência, conforme inciso II do artigo 45 da Lei 8.212/1991;
- 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 306 constante do processo de número 35.677.182-2;
- tratando-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;
- dentre outros documentos, foram apresentados os arquivos das folhas de pagamento em meio magnético de todos os órgãos públicos (Secretarias), Autarquias e Fundações Públicas, para todo o período fiscalizado, constando a configuração por competência,

admissão, nome e o Cadastro de Pessoa Física - CPF / Registro Geral - RG, salário de contribuição (base de cálculo), lotação e valor bruto, divididos em quatro grupos de arquivos que seguem:

a) "Servidores Estatutários Concursados", contribuintes do Regime Próprio de Previdência Social instituído pela Lei Complementar 039, de 29/12/1993, publicado no Diário Oficial do Estado 6202-A, de 18/01/1994, que foram admitidos através de concurso público;

b) "Servidores Estatutários não Concursados", contribuintes do Regime Próprio de Previdência Social instituído pela Lei Complementar 039, de 29/12/1993, publicado no Diário Oficial do Estado 6202-A, de 18/01/1994, que foram admitidos sem concurso público;

c) "Servidores Celetistas", considerados os ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão declarados em lei (sic) de livre nomeação e exoneração, amparados pelo RGPS;

d) "Servidores Temporários", instituídos pela Lei Complementar 033, de 19/07/1991, com alterações da Lei Complementar 043, de 23/05/1994, revogadas pela Lei Complementar 050, de 12/07/1996, em conformidade com o inciso IX do artigo 37 da CF/88;

- foram apresentados, também, "CD" com a relação de empenhos geral do sistema SAFIRA (Sistema de Administração Orçamentária, Financeira e Contábil), do órgão SESEPP (a partir de 1999 era denominado Secretaria de Estado da Administração e Recursos Humanos, e partir de 1993 de Secretaria de Estado da Administração), unidade do Departamento Central de Pessoal, manutenção das atividades de pessoal, para todo o período fiscalizado;

- o procedimento fiscal efetuado na ação fiscal foi de confrontar o somatório dos valores brutos dos quatro grupos de arquivos magnéticos das folhas de pagamento com os valores dos empenhos, por órgão público/Autarquia/Fundação Pública e competência; verificar se os "servidores estatutários concursados" constantes dos arquivos magnéticos efetivamente prestaram concurso público e se as admissões dos "servidores estatutários não concursados" estavam corretas;

- a análise foi executada, por amostragem, com base nos assentamentos funcionais, em todo o período fiscalizado, tendo em vista o grande quantitativo de servidores, obtendo a convicção de que as informações prestadas pelo Estado poderiam ser utilizadas.

- foram lançadas as contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social incidente sobre as remunerações pagas pelos serviços prestados por segurados empregados ao Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado da Fazenda e Gestão Pública, 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 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;

- constituem fatos geradores das contribuições previdenciárias lançadas, as remunerações pagas e/ou creditadas aos segurados empregados (§ 1º e artigo 20, combinado com a alínea "a", inciso I do artigo 30, todos da Lei 8212/91), contratados pelo Estado do Acre - Secretaria de Estado da Fazenda e Gestão Pública, que corresponde aos salários de contribuição e desconto dos segurados encontrados no "RL — Relatório de Lançamento", agrupados por competência;

- a irregularidade na contratação no serviço público e a consequente filiação e/ou inscrição ao Regime Geral de Previdência Social, se fundamenta 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 nº 39, 29/12/1993 e alterações posteriores

(Estatuto dos servidores civis do Estado do Acre), art. 2º, 3º, parágrafo único, e 9º, incisos I e II e § 1º, art. 236 a 241;

- dispõe a Ação Direta de Inconstitucionalidade 982/94 do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Ilmarinen Galvão, por unanimidade *in* DJ 06/05/94, pág. 10.485, como segue:

"EMENTA: ESTADO DO PIAUÍ LEI 4546/92, ART. 5, INC IV, QUE ENQUADRA NO REGIME ÚNICO, DE NATUREZA ESTATUTÁRIA, SERVIDORES ADMITIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DOS ARTS. 37, II, E 39 DO TEXTO PERMANENTE DA REFERIDA CARTA E COM O ART. 19 DO ADCT. PLAUSIBILIDADE DA TESE, O PROVIMENTO DE CARGOS PÚBLICOS TEM SUA DISCIPLINA TRAÇADA, COM RIGOR VINCULANTE, PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR, NESSE ÂMBITO, EM AUTONOMIA ORGANIZACIONAL DOS ENTES FEDERADOS, DISPOSITIVO DESTOANTE DESSA ORIENTAÇÃO. CONVENIÊNCIA DA PRONTA SUSPENSÃO DE SUA EFICÁCIA, CAUTELAR DEFERIDA."

- à luz da legislação ora dissecada, pode-se afirmar que tais servidores não podem vincular-se ao Regime Próprio de Previdência Social em razão de que aqueles contratados após 05/10/88, inclusive, foram admitidos sem as observâncias constitucionais de concurso público pelo Estado do Acre - Secretaria de Estado de Fazenda e Gestão Pública, vinculando-se, por definição da lei que instituiu o Plano de Custeio da Organização da Seguridade Social (Lei 8212/91), ao RGPS;

- encontram-se anexados a NFLD, relação nominal dos segurados empregados dentro do período de abrangência do crédito previdenciário (fls. 40 a 146 dos autos);

- as importâncias pagas a título de salário-família por não estarem na conformidade da Lei 8.213/91 (valor da cota, apresentação de certidão de nascimento, apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória ou frequência escolar e outros) não foram consideradas para fins de dedução do valor apurado mensalmente;

- para apuração do débito 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.

- as contribuições que deveriam ter sido arrecadadas dos segurados, não caracterizam crime contra a seguridade social, face as mesmas terem sido repassadas irregularmente ao Tesouro Estadual, passando estar ciente, em tese, deste crime a partir do recebimento desta NFLD.

- durante o procedimento fiscal foi ainda lavrada a NFLD nº 35.818.130-5.

(...)

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado do lançamento em 5/12/2005 (AR de fl. 313) e apresentou sua impugnação (fls. 319/359), acompanhada de documentos (fls. 361/525), com os seguintes argumentos consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 555/561):

(...)

Da Impugnação

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. 157 e

protocolizou tempestivamente, em 07/12/2005, sob o nº 35009.003433/2005-34, impugnação ao lançamento, por intermédio do instrumento de fls. 159 a 179, acompanhada dos anexos de fls. 180 a 205, colacionando diversos argumentos, aduzindo, em síntese, que :

DA TEMPESTIVIDADE

O presente recurso é tempestivo, uma vez que o Estado do Acre foi notificado no dia 05.12.2005, passando o prazo a fluir a partir do dia 06.12.2005, expirando-se, portanto, no dia 20.12.2005.

DA DECADÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 45 E 46, AMBOS DA LEI Nº 8.212/91

Parte do direito a que alega o INSS está afetado pelo Instituto da Decadência, pois o prazo decadencial em matéria tributária é quinquenal, conforme art. 173, do CTN, e não aquele previsto no art. 45, da Lei Ordinária nº 8.212/91, pois, na forma do disposto no artigo 146, III da Constituição Federal de 1988, é reservada à lei complementar a competência para estabelecer normas gerais em matéria tributária, incluindo-se no conceito de normas gerais a matéria relativa à decadência tributária.

DO SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA

Não há no ordenamento jurídico nenhum dispositivo legal que ampare o entendimento de que os servidores considerados irregulares estão obrigatoriamente submetidos às regras do Regime Geral da Previdência.

Da mesma forma que a Constituição de 1988 de seu art. 37, inciso II, exige a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para os ocupantes de cargos, igualmente requer para os ocupantes de emprego público.

A jurisprudência perfilha o entendimento acima esposado, de maneira integral, como se infere do seguinte julgado:

"O art. 37, inciso II, da Constituição Federal limita a forma de investidura em cargo ou emprego público. Todo e qualquer outro meio que não seja o de aprovação prévia em concurso público fere o princípio da legalidade (TRT — 10ª R 2º - SC. número 1.943/89 - Rel. Juíza Guilhermina Maria V de Freitas — DJDF 25.01.90—pág. 611)". - g. n. -

Sem analisar tal detalhe, o INSS caracteriza a relação SERVIDOR IRREGULAR/ESTADO DO ACRE como relação de emprego, o enquadrando como segurado empregado a teor do art. 12, inciso I, da Lei 8.212/91.

Da mesma forma que o irregular não pode ocupar cargo público também não pode ocupar emprego público. Não subsiste entre ele e o Estado do Acre relação de trabalho, posto que nesta condição é elementar a nulidade do vínculo jurídico.

No sentido em que se encaminha a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem-se que os "servidores irregulares" não estão jungidos ao regime de emprego público, não se podendo presumir, como fez o INSS o vínculo empregatício nas relações entre os trabalhadores não concursados e a Administração Pública, porquanto indevida a exigência da contribuição previdenciária pelo INSS, à medida que vincula os servidores irregulares ao Regime Geral de Previdência, sem qualquer previsão legal.

DO POSICIONAMENTO DA AGU ACERCA DO DIREITO DOS SERVIDORES TIDOS COMO NÃO ESTÁVEIS, NEM EFETIVADOS, AO MESMO REGIME DOS SERVIDORES TITULARES DE CARGOS EFETIVOS

Os pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República têm efeitos vinculantes para todos os órgãos federais, em decorrência do que dispõe o art. 40, § 1º da Lei complementar nº 73/93, abaixo transcrito:

"Art. 40º. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento."

O Advogado-Geral da União, através do Parecer GM 030, de 04 de abril de 2002, publicado no DOU nº 65, de 03 de abril de 2003, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República (cópia anexa), dirimiu dúvida existente entre as assessorias dos Ministérios da Previdência e Assistência Social e Planejamento, Orçamento e Gestão quanto a vinculação dos servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pelo art. 19 do ADCT ao regime previdenciário.

Analizando o mérito da divergência, concluiu o então Advogado-Geral da União - Dr. Gilmar Ferreira Mendes que tanto os servidores estabilizados pela Constituição Federal de 1988 (art. 19 - ADCT) como inclusive aqueles não estáveis nem efetivados possuem direito ao mesmo regime próprio dos servidores titulares de cargos efetivos, consoante, infere-se da transcrição *in litteris*:

"IV - CONCLUSÃO

De exposto, visto que a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém pleno ou não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos - o ainda que não estáveis nem efetivados - o possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do art. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao "servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social" (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição."

Diante do posicionamento da AGU exarado no Parecer susomencionado e, sobretudo, em face do art. 40, §§ 12 e 13, da Constituição Federal, conclui-se que os servidores estaduais admitidos após 1988, sem concurso público, podem ser vinculados à Previdência Própria do Estado do Acre.

DO SERVIDOR REGULAR - ADMITIDO SEM CONCURSO PÚBLICO ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Consta do levantamento do INSS a incidência de contribuição previdenciária de servidores regulares, que ingressaram no quadro de servidores do Estado do Acre antes da promulgação da Constituição de 1988, conforme abaixo relacionado e respectiva prova documental.

Rol:

Iraci Oliveira de Aquino
Aurélio Parizi neto
Francisca Ineuda G. De Alencar
Oder José da Costa Gurgel
Raimundo Ribeiro do Nascimento

DO SERVIDOR REGULAR - ADMITIDO POR MEIO DE CONCURSO PÚBLICO.

Da mesma forma, aponta a relação do INSS a incidência de contribuição previdenciária sobre servidores admitidos, via concurso público, conforme abaixo e respectiva documentação inclusa.

Rol: Maria Dalzenira de França e Simone Oliveira de Aquino

Assim sendo, necessário se faz a exclusão das contribuições lançadas relativas aos referidos servidores, por ser ilegal a exigência.

DOS SERVIDORES QUE EXERCEM CARGO EXCLUSIVAMENTE EM COMISSÃO

Consta da relação do INSS servidores que só exerciam “Cargos Comissionados” no Estado, porquanto já estavam submetidos ao Regime Geral da Previdência Social, nos termos emanados da Constituição Federal em seu art. 40, § 13, que assim determinam:

Art. 40. (..)

§ 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.

Desta forma, impõe-se a dedução em todo período, dos valores lançados a esse título, tendo em vista que os mesmos foram recolhidos regularmente, ou via parcelamento realizado pelo Estado, conforme rol abaixo:

Rol:

Jesuilton Saturnino de Vasconcelos

José Deusmar de Lima

Sebastião Bocallon Rodrigues

DA EXISTÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INCLUSA EM PARCELAMENTO OU LEVANTAMENTO FISCAL DO INSS.

O Estado do Acre desde o início da década de 1990 até hoje, sofreu inúmeras fiscalizações do INSS, visando aferir a regularidade do recebimento da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento.

Preocupado com a situação, o Estado do Acre sempre buscou regularizar junto ao INSS as pendências apresentadas, a fim de ver assegurado o direito de transacionar com a UNIÃO. Neste período foram celebrados diversos parcelamentos, cujos fatos geradores são as folhas de pagamento dos Servidores da Administração Pública, conforme anexo.

Ademais, existem ainda em discussão quer administrativa quer judicial outros levantamentos incidentes sobre o mesmo fato gerador (folha de salário), consoante a lista anexa.

A elaboração da folha de pagamento de pessoal do Estado, é unificada, de sorte que não se separa nela servidores "regulares" dos "irregulares".

Unificada que é a folha de pagamento, em ação fiscal pretérita o INSS jamais se deu o trabalho de separá-los, constituindo seus créditos sobre o valor total da folha.

Ressalta-se, inclusive, que os levantamentos sempre foram feitos por "amostragem" e aferição indireta extensivo ao universo dos servidores.

Por outro, em tais levantamentos o INSS jamais demonstrou de forma cristalina o verdadeiro "fato gerador" da exação. Nunca se fez um levantamento individual dos servidores, como no presente. A base de cálculo era considerada pelo seu total, desconsiderando-se até o limite máximo do salário de contribuição, posto que aplicava-se a alíquota sobre o montante da folha.

Assim sendo, verifica-se *prima facie* que os valores apurados nesta ação fiscal, objeto da presente defesa, já estão incluídos nos levantamentos efetuados, conforme se constata na comparação dos períodos fiscalizados e os fatos geradores dos débitos na documentação anexa a esta.

DO SERVIDOR EXONERADO / DEMITIDO

Existe na relação do INSS servidores exonerados/demitidos que não deixaram de figurar no levantamento de débito após a sua demissão:

Rol:

Adonias Pinheiro Maia
Aloisio Sojita Feitosa
Aparecida Ferreira
Celso Luiz Barbosa de Carvalho
Cesar Augusto Meireles Silva
Charles Negreiros de Melo
Diesney Costa Dantas
Emerso Lima da Silva
Eudalha Saraiva do Nascimento
Evilásio Gomes de Souza
Francineide de Araújo Carvalho
Francisco dos S. Santos
Harrison Evangelista da Silva
Joana Delfino Nascimento
João Bernardino Parente
João Teixeira de Souza
José Martins de Castro
Katiana Silva da Cunha
Luiz Feitosa de Lima

Manoel Siqueira de Lima
Max Wendel Rebouças Costa
Nizia Martins Ferreira Araújo
Pedro Francisco de Assis
Renato Couto Pinto
Renilson Marques Almeida
Rosane de Paulo Gadelha
Sandra Casas do Nascimento
Sebastião Rodrigues da Silva
Severino Heleno de Lima
Syllis Maria do Valle Gadelha
Vaneide Lopes da Silva gama
Hélio Chaves Cunha
Carlos Gley Moura de Araújo
Cezar Augusto Meireles Silva
Elizângela Lima de Oliveira
Maria Irene Ferreira Maia
Jaqueline dos Santos Valente

DO SERVIDOR FALECIDO

Consta na relação do INSS servidores falecidos conforme abaixo:

Rol:

Francisco Ferreira
João Joel Pinheiro
Jose Alves do Nascimento II
Maria do Socorro dos SantosGomes
Maximiano de Souza Pinto
Odon Ferreira doVale Neto

Paulo Luis Almeida de Oliveira
Raimunda Pereira de Souza
Uldarico Martins Figueiras
Álvaro Freire de Rosário
Carlos Eduardo Botelho Frota

Com o falecimento do servidor assegura-se aos seus dependentes, a pensão, que não configura fato gerador de contribuição previdenciária.

DO SALÁRIO-FAMÍLIA

No relatório anexo à notificação, consta que não houve a dedução dos valores pagos pelo Estado aos servidores a título de salário família, em decorrência da não apresentação dos documentos previstos na legislação do INSS, gerando assim uma cobrança indevida, visto que, tais valores são benefícios, cujo pagamento é de responsabilidade da previdência social. Ora, se esse servidores até então estão albergados pela Previdência Estadual não há a exigência da apresentação da documentação exigida pela Lei do INSS, e sim o caso é tratado pela legislação estadual própria.

DA LICENÇA MATERNIDADE

Na notificação, não foram considerados os valores pagos a título de salário maternidade para as servidoras do Estado, que também é um benefício, cujo seu pagamento é de responsabilidade da previdência social.

DA COMPENSAÇÃO

O Estado do Acre sempre financiou com recursos do Tesouro Estadual o custeio do pagamento dos benefícios previdenciários de seus servidores, tanto os regulares como irregulares.

Insta salientar que mesmo os servidores considerados irregulares estão até então vinculados à previdência própria do Estado do Acre.

Nesta condição de segurado, todos os serviços sociais destes servidores foram suportados pelo Tesouro Estadual, tais como: licença saúde, salário família, licença maternidade, etc..

Nesse contexto, a transmutação do sistema previdenciário, caso continue a se entender que o servidor irregular equipara-se ao empregado de que cuida o art. 12, I, da Lei nº

8.212/91, deve-se operar daqui para frente, havendo apenas entre os sistemas previdenciários a necessidade de efetuar a devida compensação, conforme prevê o art. 201, § 9º, da Constituição Federal.

Esta solução *mutatis mutandis* é a mesma adotada por ocasião da mudança de regime celetista para o regime estatutário.

De igual modo, a compensação é devida no período de janeiro a março de 1994, em que o Estado do Acre, apesar de já haver adotado o regime jurídico único, procedeu indevidamente para os cofres de INSS o recolhimento relativo à contribuição de todos os seus servidores, conforme o mapa anexo.

Tais fatos justificam que se opere a compensação, a fim de que evite a cobrança indevida por parte do INSS.

DO PEDIDO

Face os fatos e fundamentos expendidos, e ainda a documentação carreada aos autos, o Estado do Acre requer de vossa senhoria que a PRESENTE DEFESA seja recebida e processada na forma da lei, para fim de considerar insubsistente o lançamento efetivado, e promover a dedução de todos os valores que estão sendo cobrados indevidamente.

Da Diligência

Conforme relatado pela autoridade julgadora *a quo* (fls. 561/563):

(...)

DA DILIGÊNCIA

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, a vista dos documentos e alegações apresentadas pelo defendente.

Por ocasião da diligência efetuada, ante das argumentações apresentadas pelo contribuinte, o agente fiscal informa, em essência, que:

- o contribuinte alega que diversos segurados contratados regularmente através de concurso teriam sido apurados pela fiscalização, apontando como prova uma relação de servidores aprovados em concurso público. Dos servidores apontados na relação de fato alguns aparecem na planilha Relação Nominal dos Segurados Empregados, como é o caso da segurada Maria Dalzenira Silva de França, concursada como escrivã de polícia civil. Ocorre que apesar da segurada ser concursada Pela Secretaria de Justiça e Segurança Pública, a defesa não apresentou o termo de posse e exercício;
- o contribuinte alega que diversos segurados contratados exclusivamente para exercer cargos de comissão teriam sido apurados pela fiscalização e que as contribuições previdenciárias já teriam sido recolhidas regularmente. Da relação apontada nas páginas 236 alguns constam na planilha Relação Nominal dos Segurados empregados constantes nas páginas 49 a 205, no entanto, não há como afirmar que determinado recolhimento é alocado para determinado segurado como acontece com a contribuição do contribuinte individual que não presta serviços a empresa. Nesse caso, 0 recolhimento é identificado pelo número de inscrição do trabalhador - NIT;
- o contribuinte alega que as contribuições apuradas pela fiscalização já teriam sido incluídas em algum parcelamento feito pelo Estado do Acre e aponta o relatório Demonstrativo da Dívida do Governo do Estado do Acre junto ao INSS. Verificando o demonstrativo, constatamos que o órgão em epígrafe não está relacionado ou o período não está compreendido no referido demonstrativo;
- o contribuinte alega que diversos segurados teriam sido demitidos, exonerados, aposentados ou falecidos e que a fiscalização teria considerado os mesmos nos levantamentos feitos. Ocorre que no momento oportuno tais segurados deixaram de constar nos levantamentos, como é o caso do segurado Francisco Pereira. O referido segurado consta na planilha Relação Nominal dos Segurados Empregado, constantes

nas páginas 49 a 205, até a competência 12/1996. Nas competências posteriores, 0 mesmo já não aparece mais devido a seu falecimento;

- o contribuinte alega também que os valores pagos a título de salário-família e/ou salário-maternidade não teriam sido deduzidos das contribuições apuradas Diante de tal questionamento, solicitamos à Secretaria de Estado de Gestão Administrativa informações referentes a valores pagos a título de salário-família e salário-maternidade dos órgãos envolvidos na fiscalização. Tais informações foram solicitadas e fornecidas em meio digitais;

- recebidos os arquivos digitais e comparados com a planilha Relação Nominal dos Segurados Empregados, constatamos de fato que não houve deduções referente às quotas de salário-família e nem do salário maternidade;

- as informações do salário família e do salário maternidade que não foram considerados pela fiscalização estão agora informadas no formulário FORCED em anexo;

- os segurados que obtiveram benefício do salário-família e/ou do salário maternidade estão relacionados nas planilhas Salário-Família e/ou Salário-Maternidade, razão pela qual pugna pela retificação do crédito previdenciário para abater as deduções nos levantamentos anteriormente efetuados.

DA MANIFESTAÇÃO DA POSTULANTE

Em razão da diligência realizada pelo serviço de fiscalização da Receita Federal, a postulante, por intermédio do instrumento de fls. 304 a 310, acompanhada dos anexos de fls. 311 a 320, aduz em linhas gerais as mesmas questões esposadas na defesa inicialmente apresentada, complementando nos seguintes pontos as questões fáticas e de direito já aduzidas anteriormente:

- por força da Emenda à Constituição Acriana nº 38/05, os servidores da administração pública estadual que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 1994, sem prévio concurso, foram efetivados e passaram a integrar o quadro temporário em extinção, o que afasta qualquer discussão quanto à vinculação previdenciária dos servidores ditos irregulares, cujas contribuições vêm sendo recolhidas diretamente para o sistema de previdência próprio do Estado do Acre, estando, desta forma, eliminada a razão que ensejou o levantamento fiscal objeto da presente NFLD;

- sendo o lançamento o ato através do qual se identifica a ocorrência do fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante devido, identifica-se o sujeito passivo e, em sendo o caso, aplica-se a penalidade cabível, nos termos da redação do art. 142 do CTN, certo é que do documento que formaliza o lançamento deve constar referência clara a todos estes elementos, fazendo-se necessário, ainda, a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente;

- no caso, vê-se que o documento de lançamento em exame não é detalhado, nem se faz acompanhar de um relatório fiscal de lançamento contendo todos os dados necessários à perfeita compreensão das causas de fato e de direito da obrigação imputada ao contribuinte, existindo, portanto, vício de forma, não atendendo o disposto art. 37 da Lei 8.212/91;

- é imprescindível que a autoridade fiscal, quando do lançamento do tributo, indique explicitamente qual das hipóteses ocorreu. A vaga alegação de que "... não há como afirmar que determinado recolhimento é alocado para determinado seguro" deixa de explicitar ao autuado qual das hipóteses contidas no dispositivo legal efetivamente ensejou o lançamento, cerceando seu direito de defesa;

- a confirmação do lançamento exige real verificação das situações factuais que ensejaram a constituição do crédito previdenciário, não se devendo descurar que a obrigação tributária, por força e em obediência também ao princípio da legalidade, decorre sempre da comprovação da realidade fática, não podendo dela se afastar a autoridade administrativa;

- o Auditor, deixando de indicar quais servidores não tiveram suas Contribuições recolhidas ao INSS, reforça a premissa de que os lançamentos do crédito tributário

representados na presente NFLD, realizados à luz da mera folha de pagamento, não refletem a realidade para efeito de vinculação ao sistema previdenciário. Conforme fartamente demonstrado, muitos dos servidores relacionados na página 96 constam na planilha Relação Nominal dos Segurados Empregados, constantes nas páginas 46 a 64, como bem registra o aludido Auditor;

- a autoridade administrativa ao proceder ao lançamento deve identificar todos os elementos que constituem o direito de crédito, para facultar ao sujeito passivo a sua defesa;

- assim, o lançamento ora impugnado padece de vício que invalida o ato, uma vez que não identifica, claramente, a ocorrência do fato gerador da obrigação previdenciária correspondente;

- também não merece acolhida a conclusão do Auditor Fiscal quanto à possibilidade do débito objeto da presente NFLD estar incluso em outros levantamentos efetuados pelo INSS, conforme alegou a defesa do Estado. Como se vê, o Auditor não utilizou elementos de comparação entre os lançamentos desta NFLD e os indicados na defesa; apenas inferiu no item 6.2 que “o órgão em epígrafe não está relacionado ou o período não está compreendido no referido demonstrativo”, o que não é verdadeiro, uma vez que restou comprovado que vários lançamentos consignados na presente Notificação foram efetuados sobre a folha de pagamento dos servidores efetivos;

- a adequada verificação deste ponto exige confronto direto dos fatos geradores que ensejaram o presente lançamento e os constantes da NFLD ora impugnada;

- ademais, que o INSS, nas ações fiscais anteriormente implementadas, não utilizou como metodologia a separação das folhas de pagamentos dos servidores efetivos dos comissionados, de sorte que esta premissa infirma a conclusão do Auditor;

- neste contexto, resta evidenciado que a simples exclusão da parcela relativa ao salário maternidade e salário família, resultantes da única diligência de fato implementada pela fiscalização, não altera, a não ser neste ponto em particular, os termos das alegações apresentadas pelo Estado do Acre na defesa protocolizada em dezembro de 2005, razão pela qual, ratificamos o seu teor, ressaltando a imperiosa necessidade da apreciação de todas as questões ali suscitadas, como também as ponderações aqui expostas, mormente à aplicação da Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal;

- diante de todas as considerações produzidas nos autos, requer o Estado do Acre a total exclusão do crédito previdenciário objeto da presente Notificação.

Da Decisão da DRJ

A 4ª Turma da DRJ/BEL, em sessão de 5 de março de 2010, no acórdão nº 01-16.618 (fls. 551/573), julgou a impugnação improcedente, conforme ementa abaixo reproduzida (fls. 551/552):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2002

NFLD nº 35.818.131-3. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

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 improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão por via postal em 15/4/2010 (AR de fl. 575) e interpôs recurso voluntário em 26/4/2010 (fls. 576/587), em suas razões, com os argumentos a seguir reproduzidos:

(...)

III - DO MÉRITO

1. SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA.

Aduziu a Receita Federal do Brasil - Previdenciária que os servidores admitidos sem concurso público após a Constituição Federal de 1988 estão obrigatoriamente submetidos às regras do Regime Geral da Previdência.

Todavia, a ausência do concurso público não caracteriza *per si* relação de emprego, como sustenta o INSS para fundamentar a constituição das contribuições previdenciárias em seu favor, enquadrando os servidores assim nomeados no conceito de empregado, a teor do inciso I, alínea "a", do art. 12 da Lei 8.212/91.

Por certo, não há no ordenamento nenhum dispositivo legal que ampare tal entendimento, pois, da mesma forma que a Constituição de 1988 no seu art. 37, inc. II, exige a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para os ocupantes de cargos, igualmente requer para os ocupantes de emprego público.

A jurisprudência perfilha o entendimento acima esposado, conforme se infere do seguinte julgado:

"O art. 37, inciso II, da Constituição Federal limita a forma de investidura em cargo ou emprego público. Todo e qualquer outro meio que não seja o de aprovação prévia em concurso público fere o princípio da legalidade (TRT – 10ª R 2ª - SC. número 1.943/89 -Rela. Juíza Guilhermina Maria V. de Freitas - DJDF 25.01.90 - pág. 611)". - g. n.-

Portanto, não vinga o argumento sustentado pelo INSS para firmar que os servidores admitidos sem concurso público estariam naturalmente submetidos ao Regime Geral de Previdência como segurados empregados.

Como dito, 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), enquadramento determinante para definição do regime previdenciário: próprio ou geral.

Assim, faz sentido estabelecer a diferença entre cargo e emprego público, partindo da premissa que o texto constitucional, não sem motivo, deixou explícita a ideia da distinção quando no inciso II, do Art. 37 estabeleceu que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei”.

Explicando o sentido das duas expressões, Maria Sylvia Di Pietro¹ ensina que

“quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob regime da legislação trabalhista, a expressão emprego público passou a ser utilizada, paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se uma da outra pelo tipo de vínculo que liga o servidor ao Estado; o ocupante de emprego público tem um vínculo contratual, sob a regência da CLT, enquanto o ocupante do cargo público tem um vínculo estatutário, regido pelo Estatuto dos Funcionários Públicos que, na União, está contido na lei que instituiu o regime jurídico único (Lei nº 8.112/90). (grifamos)

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª Edição. São Paulo: Editora Atlas. Pág. 427.

Ou seja, na estrutura da administração pública direta os cargos são exercidos por servidores submetidos ao Regime Estatutário; já os ocupantes de emprego público são regidos pelas normas trabalhistas (CLT).

A distinção entre as expressões cargo e emprego público ganhou maior relevo a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, que, ao dar nova redação ao art. 39, da CF, permitiu a convivência em cada esfera de governo do Regime Estatutário e Celetista, eliminando a obrigatoriedade do chamado “Regime Jurídico Único”.

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 -, manteve o Estado do Acre 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.

Com efeito, à época dos fatos geradores das contribuições previdenciárias reclamadas pelo INSS (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.

Em seu bojo, a exemplo do que ocorreu com a Lei Federal 8.112/90, que trata do Regime Jurídico dos Servidores da União, cuidou o Estatuto dos Servidores Acrianos de estabelecer no art. 236 o Sistema Previdenciário Próprio, de modo que a partir da vigência da LC 39/94 os servidores - antes celetistas - transmutaram do Regime de Previdência Geral (INSS) para a Previdência do Estado do Acre.

Assim, 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).

Isto porque, 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.

E 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 8.212/91, como segurados obrigatórios do Sistema Geral de Previdência.

Também não se diga que o art. 40, da CF, restringe o acesso ao Sistema de Previdência próprio aos “servidores ocupantes de cargos efetivos”, como firmou a Receita Federal do Brasil- Previdenciária no auto da NFLD nº 35.818.130-5, por entender que os servidores do Estado do Acre admitidos sem concurso público não detêm o atributo da efetividade, tendo em vista que esta decorre do provimento via concurso.

Nesse particular, anotamos 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.

(...)

§ 12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 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.

Sem grande esforço exegético, infere-se 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.

Na esteira deste raciocínio, seguiu a Advocacia Geral da União no Parecer GM 030, de 04 de abril de 2002, da lavra do agora Ministro do Supremo Tribunal Federal - Gilmar Mendes, dirimindo dúvida existente entre as consultorias dos Ministérios da Previdência Social e Planejamento quanto à vinculação dos servidores beneficiados pela estabilidade especial, conferida pelo art. 19 do ADCT, ao regime previdenciário próprio da União.

Observa-se no bojo do parecer que o cerne da celeuma é exatamente a interpretação da nova redação do art. 40 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, porquanto sustenta o Ministério da Previdência que “o art. 40 da Constituição somente assegura direito à previdência social aos servidores titulares de cargos efetivos da União, entendendo não ser essa a condição dos servidores não estáveis nem dos servidores tornados estáveis pelo art. 19 do ADCT, uma vez que não teriam sido “efetivados” por meio de aprovação em concurso público”.

Diversamente, o Ministério do Planejamento asseverou que “o dispositivo não fez nenhuma restrição no sentido de proibir a vinculação de outras categorias de servidores a regime próprio de previdência social. Portanto, sob o prisma da conveniência e oportunidade da entidade federativa, poderá o regime próprio de previdência social, tanto o já existente quanto o que vier a ser instituído, vincular todas as categorias de servidores acaso existentes”.

Analisando o mérito da divergência, explicou o então Advogado-Geral da União - Gilmar Ferreira Mendes que tanto os servidores estabilizados pela Constituição Federal de 1988 (art. 19 - ADCT) como inclusive aqueles **não estáveis nem efetivados** possuem direito ao mesmo regime próprio dos servidores titulares de cargos efetivos, pelo “fato básico de que tais servidores são titulares dos cargos efetivos que ocupam. Não os ocupam na condição de substitutos ou interinos, mas antes detêm sua titularidade. Caso assim não fosse, não se poderia legitimar o pleno exercício das atribuições correlatas”.

Em linhas conclusivas, o Parecer 030 acata o entendimento do Ministério do Planejamento, expondo que:

“a efetividade do servidor tem relação com a forma de admissão, não sendo, portanto, um pressuposto ou pré-requisito para considerar-se alguém pleno ou

não, conclui-se que os servidores titulares de cargos efetivos - o ainda que não estáveis nem efetivados - o possuem direito ao mesmo regime previdenciário dos demais servidores titulares de cargos efetivos, v.g., efetivos os cargos, não os servidores, efetivos ou efetivados por concurso público.

Com efeito, a nova redação do an. 40, § 13, da Constituição Federal, estabeleceu que, ao "servidor, ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação, bem como de outro cargo temporário ou emprego público aplica-se o regime geral de previdência social" (além de excepcionar os cargos em comissão e os empregos públicos, fez-se, para o regime que introduz, uma única distinção, apenas em relação a cargos e empregos temporários). Segue-se que aparentemente não há lugar para uma interpretação extensiva ser aplicada a uma tal restrição."

Como se vê, o caso concreto subsume-se à situação paradigma que ensejou a orientação traçada pelo Parecer da Advocacia Geral da União, dotado de força vinculante² para administração federal. À evidência, os servidores admitidos no serviço público estadual sem prévio concurso há mais de 20 anos, **ocupam cargos efetivos e não de natureza temporária.**

² Tal efeito decorre do que dispõe o art. 40, § 1º da Lei complementar nº 73/93:

"Art. 40º. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento."

Destarte, se o transcurso do tempo consolidou a situação destes servidores perante os cargos ocupados na administração pública estadual exsurge inexorável, em linha de consequência, que os mesmos estão albergados pelo Estatuto dos Servidores Públicos Estaduais – Lei Complementar 39/94 e, portanto, integrados ao Regime de Previdência Próprio do Estado do Acre.

2. SALÁRIO-FAMÍLIA E SALÁRIO-MATERNIDADE

O Recorrente alegou na defesa que no relatório anexo à notificação, consta que não houve a dedução dos valores pagos pelo Estado aos servidores a título de salário-família e salário-maternidade.

Tal argumento foi acatado pelo agente fiscal por ocasião em que realizou nova diligência, visando apurar este ponto da defesa, à luz de informações obtidas em meio digital junto à Secretaria de Estado de Gestão Administrativa, conforme relatório por ele apresentado, razão pela qual retificou o valor do débito original.

Entretanto, equivocadamente, a Relatora desconsiderou a dedução de tais verbas, por entender que "a autoridade fiscal não se reportou ao exame da documentação que suporta o pagamento das contas do salário-família e do salário-maternidade, para atestar que a referida documentação estava de acordo com o que determina a legislação previdenciária".

Ora, se esses servidores até então estão albergados pela Previdência Estadual, não há razão para exigir a apresentação da documentação elencada nos arts. 67 e 72 da Lei 8.213/91, ficando o deferimento dos benefícios disciplinados pela legislação estadual própria, motivo pelo qual deve-se manter a dedução indicada pelo auditor fiscal.

3. COMPENSAÇÃO

Sem razão, sobreveio o indeferimento do direito à compensação entre os institutos previdenciários, ao teor do que determina o §9º, do art. 201, da constituição Federal, regulamentado pela Lei Federal 9.796, de 05 de maio de 1999.

Nesse contexto, a transmutação do sistema previdenciário, caso continue a se entender que o servidor admitido sem concurso público equipara-se ao empregado de que cuida o

art. 12, I, da Lei nº 8.212/91, deve-se operar daqui para frente, havendo apenas entre os sistemas previdenciários a necessidade de efetuar a devida compensação.

Esta solução *mutatis mutandis* é a mesma adotada por ocasião da mudança de regime **celetista** para o regime **estatutário**.

De igual modo, a compensação é devida no período de janeiro a março de 1994, em que o Estado do Acre, apesar de já haver adotado o regime jurídico único, procedeu indevidamente para os cofres de INSS o recolhimento relativo à contribuição de todos os seus servidores, conforme documento incluso nos autos.

Tais fatos justificam que a cobrança dos débitos objeto da NFLD 35.818.131-3, caso mantido o entendimento de que os servidores admitidos sem concurso público estão vinculados ao INSS, seja realizada apenas quando ocorrer a compensação prevista entre os institutos previdenciários envolvidos.

O encaminhamento aqui proposto não constitui nenhum absurdo, nem está sujeito à regra de prescrição contida na Instrução Normativa CRP nº 03/2005, citada pela Relatora como impeditivo para o encontro de contas.

IV – DO PEDIDO

Face aos fatos e fundamentos expendidos, requer o Estado do Acre que o PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO seja recebido e processado na forma da lei, dando-lhe provimento para que seja reformada a decisão firmada no acórdão 01.016.618, proferido pela 4ª turma da DRJ/BEL.

O presente recurso compõe lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

Do Recurso Voluntário

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Em linhas gerais no recurso apresentado o contribuinte insurge-se em relação aos seguintes pontos:

- discorda do argumento da fiscalização de que os servidores admitidos sem concurso público após a Constituição Federal de 1988 estão obrigatoriamente submetidos às regras do Regime Geral da Previdência, alegando não haver qualquer dispositivo legal que ampare tal entendimento;
- aduz que a partir da EC nº 19/98 foi conferido aos entes da federação a liberdade de instituir os regimes jurídicos de seus servidores – estatutário ou contratual e o estado do Acre, através da Lei Complementar nº 39 de janeiro de 1994, criou o “Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público”, de modo que à época dos fatos geradores (1/1994 a 12/1998) já vigia o regime estatutário;
- apresenta o posicionamento da Advocacia Geral da União (AGU) no Parecer GM 030 de 4 de abril de 2002, para ao final afirmar que o transcurso do tempo consolidou a situação dos servidores admitidos no serviço público estadual

sem prévio concurso, de modo que os mesmos estão albergados pela Lei Complementar nº 39/94 e, portanto integrados ao Regime de Previdência Próprio do estado do Acre;

- no que diz respeito ao salário-família afirma que, apesar da autoridade lançadora ter acatado os argumentos do contribuinte por ocasião da diligência, retificando o valor do débito original, equivocadamente a decisão de primeira instância desconsiderou a dedução de tais verbas por entender que "a autoridade fiscal não se reportou ao exame da documentação que suporta o pagamento das contas do salário-família e do salário-maternidade, para atestar que a referida documentação estava de acordo com o que determina a legislação previdenciária" e
- a compensação é devida no período de janeiro a março de 1994, em que o Estado do Acre, apesar de já haver adotado o regime jurídico único, procedeu indevidamente para os cofres de INSS o recolhimento relativo à contribuição de todos os seus servidores, conforme documento incluso nos autos. Tal encaminhamento proposto não constitui nenhum absurdo e nem está sujeito à regra de prescrição contida na Instrução Normativa CRP nº 03/2005.

Delinea-se oportuno lembrar que a decisão de primeira instância já havia tratado com propriedade o assunto, conforme excerto abaixo reproduzido (fls. 565/567 e 570/572):

(...)

DO SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA

Argui a impugnante que não há no ordenamento nenhum dispositivo legal que ampare o entendimento de que os servidores considerados irregulares estão obrigatoriamente submetidos as regras do Regime Geral da Previdência. Aduz que se os contratos de trabalho foram celebrados sem prévio concurso público, são então incapazes de gerar efeitos jurídicos.

Cabe analisar tal argumento a luz do art. 118 do Código Tributário Nacional (CTN), *in verbis*:

Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.

Neste sentido, a ocorrência do fato previsto em lei como hipótese de incidência, que no caso em estudo é o pagamento de remuneração a segurados da Previdência Social pelos serviços prestados, a validade jurídica de tais atos não interfere no nascimento da obrigação tributária principal. Deste modo, o argumento do sujeito passivo não encontra abrigo em nosso ordenamento jurídico.

O DIREITO DOS SERVIDORES TIDOS COMO NÃO ESTÁVEIS NEM EFETIVADOS AO MESMO REGIME DOS SERVIDORES TITULARES DE CARGOS EFETIVOS

Evocando o posicionamento da AGU exarado no Parecer GM 030, de 04 de abril de 2002, que dirimiu dúvidas quanto à vinculação dos servidores beneficiados pela estabilidade especial conferida pelo art. 19 do ADCT ao regime previdenciário, e ainda as disposições do art. 40, §§ 12 e 13, da Constituição Federal, a postulante conclui que os servidores estaduais admitidos **após 1988**, sem concurso público, podem ser vinculados à Previdência Própria do Estado do Acre.

Acerca do tema é oportuno transcrever a ementa e as conclusões do Parecer MPS/CJ Nº 3.333, publicado no Diário Oficial da União de 29.10.2004, referente à interpretação do Parecer nº GM 030/02, do Advogado geral da União.

PARECER/MPS/CJ/Nº 3333/2004. REFERÊNCIA: Comando nº 7196962

INTERESSADO: DIRETOR-PRESIDENTE DO INSS ASSUNTO: Regime de Previdência dos Servidores Públicos. Interpretação do Parecer nº GM 030/2002, do Advogado-Geral da União.

Aprovo. Publique-se.

Brasília, 21 de outubro de 2004

AMIR LANDO

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INTERPRETAÇÃO DO PARECER Nº GM 030/02, DO ADVOGADO-GERAL DO UNIÃO.

O servidor estável abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e o admitido até 05 de outubro de 1988, que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público, podem ser filiados ao regime próprio, desde que expressamente regidos pelo estatuto dos servidores do respectivo ente. (grifos não originais)

(...)

Considerando que a solução desta questão previdenciária relevante, trazida pela Presidência do INSS, repercute diretamente em outras situações concretas envolvendo regimes previdenciários de inúmeros entes federativos, manifesta-se esta Consultoria Jurídica no seguinte sentido:

a) aplica-se o regime de previdência previsto no caput do art. 40 da Constituição da República aos servidores que por força do disposto no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT foram considerados estáveis no serviço público, desde que submetidos a regime estatutário;

b) aplica-se o regime de previdência previsto no caput do art. 40 da Constituição da República aos servidores **não estabilizados por não cumprirem o interregno de 05 (cinco) anos** previsto no caput do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, **desde que a natureza das atribuições dos cargos ou funções ocupados seja permanente e estejam submetidos a regime estatutário**;

c) aplica-se o regime de previdência previsto no § 13 do art. 40 da Constituição da República aos servidores não estabilizados por não cumprirem o interregno de 05 (cinco) anos previsto no caput do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, apenas quando a natureza das atribuições dos cargos ou funções ocupados seja temporária / precária;

d) 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.

(grifei)

A leitura da conclusão exarada na alínea "d" dispensa maiores discussões acerca do tema, afastando de plano o entendimento esposado pela suplicante de que os servidores admitidos no serviço público **após a promulgação da Constituição de 1988**, sem concurso público, poderiam pertencer ao regime próprio.

Somente o servidor admitido **até 05 de outubro de 1988** - estável, abrangido pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ou aquele que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço

público, nas condições estabelecidas - pode ser filiado ao regime próprio, desde que expressamente regido pelo estatuto dos servidores do respectivo ente, não havendo suporte legal para estender tal entendimento a servidores admitidos no serviço público após a promulgação da Constituição de 1988.

Resta lembrar que tal parcer (*sic*) tem efeito vinculante, decorrente do que dispõe o art. 40, § 1º da Lei complementar nº 73/93, como bem demonstrou saber a suplicante.

Pelo exposto, concluo que não há como prosperar o argumento em debate.

(...)

DO SALÁRIO-FAMÍLIA E DO SALÁRIO-MATERNIDADE

No que se refere aos benefícios de salário-família e salário-maternidade, seu pagamento pelo empregador ao empregado, está condicionado à apresentação da documentação legalmente definida, a saber, a apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória, até seis anos de idade e de comprovação de frequência escolar, a partir dos sete anos de idade, de acordo com o art. 67 e 68 da Lei 8.213/91, e no caso do salário-maternidade, os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes, em conformidade com o art. 72 da Lei 8.213/91.

Uma vez que os servidores objeto do presente lançamento vinculam-se ao Regime Geral de Previdência Social — RGPS, nos termos do disposto na Constituição Federal de 1988, devem obedecer às regras dispostas pela legislação previdenciária no que tange ao pagamento do salário família e salário-maternidade, estando a legalidade do pagamento dos benefícios em questão condicionada ao cumprimento dessas condições.

O sujeito passivo, por sua vez, alega que os referidos servidores estavam albergados pela Previdência Estadual, não havendo, portanto, exigência da apresentação da documentação exigida pelo INSS (fls. 239 item 10 - Salário Família).

O auditor notificante, no item 17 do Relatório Fiscal, afirma que as importâncias pagas a título de salário família não foram consideradas para fins de dedução do valor apurado mensalmente em decorrência de sua não conformidade com o disposto na Lei nº 8.213/91 (valor da cota, apresentação de certidão de nascimento com apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e frequência escolar e outros).

Entretanto em seu pronunciamento por ocasião da diligência realizada, a autoridade fiscal não se reportou ao exame da documentação que suporta o pagamento das cotas de salário-família e salário-maternidade, para atestar que a referida documentação estava de acordo com o que determina a legislação previdenciária. Informa tão-somente que considerou na "Relação de Salários-Família Não Informados" as deduções dessa rubrica, mediante simples confronto da planilha apresentada pelo sujeito passivo com a relação de segurados incluídos no presente levantamento.

Isto posto, carecem de consistência as deduções do salário-família e salário-maternidade pugnadas pelo agente fiscal razão pela qual não há embasamento legal para acatá-las.

DA COMPENSAÇÃO

Em relação à necessidade de efetuar a devida compensação, conforme prevê o art. 201, § 9º, da Constituição Federal, cumpre lembrar ao sujeito passivo que a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se aplica nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria e deve obedecer ao disposto na Lei nº 9.796, de 05 de maio de 1999.

Cabe esclarecer que eventual direito de compensação deve ser formulado e apreciado em conformidade com as normas dispostas naquela lei, em procedimento distinto do contencioso administrativo em questão, em que se discute o lançamento e não o desembolso financeiro de um regime para o outro.

Outrossim, alega a irresignante a existência de direitos creditórios oriundos de recolhimentos indevidos efetuados no período de janeiro a março de 1994. No que se refere ao tema em pauta, insta lembrar à reclamante que tanto a compensação como a

restituição de valores pagos indevidamente são operações fiscais que dependem da iniciativa do contribuinte. Em tese, a compensação é um ato volitivo, por meio do qual o contribuinte reconhece que deve ao Fisco, mas que o Fisco também lhe deve. Assim, as dívidas recíprocas são compensadas. Sempre restou claro que a compensação é um ato voluntário do contribuinte. À exemplo, citamos o que dispõe (sic) a Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, em seus artigos 192 e 193.

Assim, a legislação possibilita ao contribuinte a utilização da compensação, mas não à autoridade fiscal, tampouco à autoridade julgadora. Fica claro que a iniciativa deveria ser espontânea do contribuinte.

Ademais, ainda que assim não o fosse, os valores para o quais a postulante requer (sic) a compensação, já foram alcançados pela **prescrição**, nos termos da legislação a seguir:

Instrução Normativa SRP nº 03/2005

Art. 192. *omissis*.

IV - somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição, conforme disposto nos arts. 218 e 219;

Art. 218. O direito de pleitear restituição ou reembolso ou de realizar compensação de contribuições ou de outras importâncias extingue-se em cinco anos contados da data:

I - do recolhimento ou do pagamento indevido;

(grifei)

Por todo o exposto, não há como acolher o pleito de compensação de valores com os fundamentos expendidos na peça defensiva.

(...)

Da transcrição acima, extrai-se, de forma resumida, o que segue:

- após a promulgação da Constituição de 1988 somente é aplicável o regime previdenciário próprio previsto no *caput* do artigo 40 da Constituição Federal aos servidores nomeados para cargo de provimento efetivo;
- o servidor admitido **até 05 de outubro de 1988** - estável, abrangido pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ou aquele que não tenha cumprido, naquela data, o tempo previsto para aquisição da estabilidade no serviço público, nas condições estabelecidas - pode ser filiado ao regime próprio, desde que expressamente regido pelo estatuto dos servidores do respectivo ente, não havendo suporte legal para estender tal entendimento a servidores admitidos no serviço público após a promulgação da Constituição de 1988;
- a autoridade julgadora de forma apropriada, por entender que não houve o embasamento legal, decidiu por não considerar as deduções do salário-família e do salário-maternidade, uma vez que na diligência não houve a manifestação por parte da fiscalização acerca da conformidade das deduções pleiteadas com os artigos 67, 68 e 72 da Lei nº 8.213 de 1991¹ (valor da cota, apresentação de

¹ LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

(...)

Art. 67. O pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado ou ao inválido, e à apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e de comprovação de frequência à escola do filho ou equiparado, nos termos do regulamento. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

certidão de nascimento com apresentação anual de atestado de vacinação obrigatória e frequência escolar e outros);

- no recurso apresentado além do inconformismo com a decisão de primeira instância, o Recorrente não apresentou elementos necessários à comprovação de que tais deduções cumpriam as determinações legais, não se desincumbindo do ônus probatório nos termos do artigo 373 da Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil)² e
- no que diz respeito à eventual direito de compensação deve ser formulado e apreciado em conformidade com as normas dispostas na Lei nº 9.796 de 1999, em procedimento próprio e distinto do contencioso administrativo em questão, em que se discute o lançamento e não o desembolso financeiro de um regime para o outro.

Posta assim a questão, por entender pertinentes tais considerações, motivo pelo qual as adoto como razões de decidir, de modo que não há como serem acolhidos os argumentos do Recorrente e, por conseguinte, não merece reforma o acórdão recorrido.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em negar provimento ao recurso voluntário.

Débora Fófano dos Santos

Parágrafo único. O empregado doméstico deve apresentar apenas a certidão de nascimento referida no caput. (Incluído pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

Art. 68. As cotas do salário-família serão pagas pela empresa ou pelo empregador doméstico, mensalmente, junto com o salário, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 1º A empresa ou o empregador doméstico conservarão durante 10 (dez) anos os comprovantes de pagamento e as cópias das certidões correspondentes, para fiscalização da Previdência Social. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

§ 2º Quando o pagamento do salário não for mensal, o salário-família será pago juntamente com o último pagamento relativo ao mês.

(...)

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação Dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

§ 2º A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 10.710, de 2003)

§ 3º O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

(...)

² Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)