



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

Processo nº 11522.001490/2007-73
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-004.652 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2016
Matéria VINCULAÇÃO A REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA
Recorrentes ESTADO DO ACRE - SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2003

MATÉRIA SUB JUDICE. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
RENÚNCIA.

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

João Bellini Junior - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: JOAO BELLINI JUNIOR, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, ALICE GRECCHI, IVACIR JULIO DE SOUZA, FABIO PIOVESAN BOZZA, LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REIS, AMILCAR BARCA TEIXEIRA JUNIOR e GISA BARBOSA GAMBOGI NEVES.

Relatório

O julgamento tem por objetos recursos voluntário e de ofício. A decisão de primeira instância julgou procedente em parte o lançamento fiscal realizado em 11/11/2005 para constituição de crédito da contribuição patronal e dos segurados com base nos registros contábeis e folhas de pagamento de ente da federação com regime próprio de previdência. Segunda a fiscalização, seriam filiados obrigatórios do RGPS os funcionários contratados após a promulgação da Constituição Federal sem regular provimento por concurso público, ainda que a emenda constitucional estadual nº 38/2005 tenha estendido o regime jurídico estatutário dos servidores públicos efetivos, lei complementar estadual nº 39/94, a esses trabalhadores funcionários contratados irregularmente. Outras questões foram julgadas pela primeira instância, contudo, o recorrente somente se insurge contra essa matéria principal e também a regra decadencial aplicável ao caso. Entende o recorrente que se trataria de vício material e, portanto, não seria o caso de aplicação do artigo 173, II do CTN, mas sim a regra do artigo 150, §4º do CTN desde a ocorrência dos fatos geradores, o que restaria alcançado o período até 10/2000 e não 05/1999 como entendeu a decisão recorrida.

A decisão acolheu parcialmente a impugnação para excluir do lançamento valores que excediam o teto de salário de contribuição, valores relativos a servidor efetivo com provimento regular e valores cobrados em duplicidade em virtude de outro lançamento.

Seguem transcrições de trechos da decisão recorrida:

NFLD nº 35.818.144-5. 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.

A verificação de elementos capazes de alterar a base de cálculo do lançamento do crédito previdenciário, obriga a administração Pública a promover sua retificação.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera parcialmente as alegações trazidas na impugnação:

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 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 n.º 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 n.º 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.

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.

No recurso voluntário, a recorrente traz informação sobre dois processos em tramitação no STF:

a) Ação Civil Ordinária - ACO nº 1940, na qual questiona o regime de previdência dos funcionários contratados após a promulgação da Constituição Federal sem regular provimento por concurso público, mas efetivados como servidores públicos por força da emenda constitucional estadual nº 38/2005. O STF concedeu tutela antecipada em 02/05/2012 para suspender a exigibilidade da NFLD nº 35.818.137-2 até julgamento do mérito; e

b) Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 3.609, na qual o STF em 05/02/2014 julgou inconstitucional com modulação de efeitos a emenda constitucional estadual nº 38/2005 que efetivou os funcionários contratados após a Constituição Federal sem concurso público. Os embargos opostos pelo recorrente para definição do alcance da modulação de efeitos permanecem pendentes de julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame das questões preliminares.

Decadência

Nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa

oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Assim sendo, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08. Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da imprescindibilidade de pagamento parcial do tributo para que seja aplicada a regra decadencial do artigo 150, §4º do CTN; caso contrário, aplica-se o artigo 173, I do CTN que transfere o termo a quo de contagem para o exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Também atribuiu status de repetitivos a todos os processos que se encontram tramitando sobre a matéria. E, por força do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, a decisão deve ser reproduzida nas turmas deste Conselho.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Também conforme assevera a decisão recorrida, trata-se de nulidade do primeiro lançamento em razão da existência de vício formal, o que remete a fiscalização para o cumprimento do artigo 173, II do CTN, o que foi observado:

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 24/06/2005, tendo sido cientificada a postulante em 02/08/2005 e considerando que a NFLD substitutiva foi cientificada ao contribuinte em 05/12/2005, não pára 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 tornada nula, não havendo que se falar, portanto, em extinção pela decadência.

Assim, não há o que se sustentar como vício material. Considerando o presente caso, em que ficou comprovado o recolhimento parcial, deve ser aplicada a regra do artigo 150, §4º do CTN a partir da declaração da nulidade por vício formal do primeiro lançamento.

Regime de Previdência

Observa-se que o direito ao atributo da efetividade, próprio dos servidores públicos, somente foi reconhecido pela emenda constitucional estadual nº 38/2005, ora ainda sem decisão definitiva quanto à modulação de efeitos, o que também pode alcançar o regime de previdência dos funcionários objeto da decisão.

Quanto à lei complementar estadual nº 39/94, trazida pelo recorrente, não se reconhece sua aplicação ao presente caso, já que ela exige o provimento mediante concurso público para a transformação em cargos efetivos:

*Art. 284. Os servidores da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas, contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 4.452, de 1º de maio de 1943, **que ingressaram no serviço público através de concurso público** e que tenham ou não adquirido estabilidade nos termos do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias das Constituições Federal e do Estado do Acre, e os amparados pela Lei nº 561, de 10 de julho de 1975, terão os empregos ou funções que ocupam transformados em cargos efetivos correspondente, na data da vigência desta lei complementar.*

§ 1º Os demais servidores serão submetidos a concurso para fins de efetivação.

Assim, de fato, foi somente com a emenda constitucional estadual nº 38/2005 que os funcionários estaduais em comento foram transferidos para o regime estatutário dos servidores públicos efetivos.

Com efeito, as duas ações judiciais ACO nº 1940 e ADI nº 3.609 repercutem sobre o presente processo administrativo. A primeira por tratar especificamente sobre o regime de previdência desses funcionários estaduais e a segunda, com embargos de declaração cujo objeto é o alcance da modulação de efeitos para o período até 12 meses após a publicação da ata de julgamento, em 05/02/2014:

Decisão: Colhidos os votos da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 37 do ADCT da Constituição do Estado do Acre, acrescido pela EC nº 38/2005, para que a decisão somente tenha eficácia a partir de 12 (doze) meses contados da data da publicação da ata de julgamento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa (Presidente), que não modulavam os efeitos. Ausentes, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki e, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, todos com votos proferidos em assentada anterior quanto à modulação dos efeitos.

Plenário, 05.02.2014.

A questão principal do presente processo é justamente a validade ou não de norma estadual que transmutou o regime jurídico de funcionários públicos, o que, dentre outros efeitos, repercute sobre o regime de previdência.

A concomitância entre as matérias e a prejudicialidade do julgado no processo administrativo provocam os efeitos da renúncia. A ACO nº 1940 consubstancia o entendimento do STF sobre a regime de previdência. No caso da ADI nº 3.609 a propositura pela PGR tem por pedido a declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional estadual nº 38/2005, o que, de fato, implica a dispensa dos funcionários estaduais e reconhecimento que no período lançado pela fiscalização eles estavam no RGPS. Acontece que na forma como proferida a decisão do STF, ainda pendente de decisão definitiva, não se sabe ainda ao certo, dentre outras questões, o regime de previdência considerado para esses funcionários estaduais que até então foram mantidos no regime de próprio de previdência dos servidores públicos de cargo efetivo:

Lei nº 6.830/80

Art. 38 (...)

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

No presente caso a lei do ente federativo não cuidou apenas de incluí-los em regime próprio de previdência; mais do que isso, a emenda constitucional estadual nº 38/2005 trouxe-os para o regime jurídico dos servidores públicos efetivos. Assim, volta-se a questão insuperável: seria ou não constitucional essa lei estadual? Entendeu o STF que ela é inconstitucional; e qual o alcance da modulação de efeitos reconhecida pelo STF? essa questão ainda está pendente até que seja examinados os embargos opostos.

Por tudo, entendo que qualquer decisão de mérito a ser proferida por esse colegiado implicaria invasão da competência exclusiva do STF no controle concentrado de constitucionalidade. Considerando que foram efetivamente considerados servidores públicos de cargo efetivo, não vislumbro outro fundamento para uma suposta decisão que, ao contrário, reconheça o enquadramento no RGPS desses funcionários que não seja negar validade à emenda constitucional estadual nº 38/2005, e vice-versa.

Em razão do exposto, voto por não conhecer do recurso voluntário.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

CÓPIA