



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

Processo nº 11522.001491/2007-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.695 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SERVIDORES PÚBLICOS.
Recorrente ESTADO DO ACRE - SECRETARIA DO ESTADO DE EDUCAÇÃO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. SERVIDORES PÚBLICOS NÃO EFETIVOS. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. Os servidores não submetidos a concurso público nos termos da Constituição Federal se submetem ao Regime Geral da Previdência.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Júlio César Vieira Gomes - Presidente

Thiago Taborda Simões - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (presidente), Thiago Taborda Simões, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Ronaldo de Lima Macedo, Lourenço Ferreira do Prado e Carlos Henrique de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada sob DEBCAD nº 35.818.150-0, relativo ao período de 01/01/1994 a 31/12/2003, decorrente de procedimento fiscalizatório com vistas a verificar a existência de fatos geradores de contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social, destinadas ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, a cargo do empregador (20%) e destinadas ao financiamento do GIILRAT (1%).

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 854/862, verificado vício formal na identificação do sujeito passivo, o crédito foi considerado nulo pela autoridade julgadora. A decisão definitiva que considerou o crédito nulo pode ser verificada às fls. 1406 do AI DEBCAD nº 35.677.180-6.

Ainda nos termos do REFISC, foram constituídas “*as contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social incidente sobre as remunerações destinadas a retribuírem os serviços prestados por segurados empregados ao Estado do Acre – Secretaria de Estado de Educação, 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 RGPS, conforme definido na alínea ‘a’, inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91*”.

Intimado da autuação, o Recorrente, às fls. 865/895, apresentou defesa tempestiva a qual fora julgada procedente em parte (fls. 2719/2734).

Em face do acórdão, foi interposto recurso voluntário de fls. 2757/2780, sendo alegado, em síntese:

- i) A ausência de concurso público não caracteriza por si só relação de emprego e não há no ordenamento nenhum dispositivo legal que ampare tal entendimento, pois, da mesma forma que a Constituição de 1988 no seu art. 37, II, exige a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público para os ocupantes de cargos, igualmente requer para os ocupantes de emprego público;
- ii) A ausência de concurso público também não qualifica se a relação existente entre esses servidores e o ente estatal é estatutária ou celetista, enquadramento determinante para definição do regime previdenciário: próprio ou geral;
- iii) Ante a opção proposta pela EC nº 19/98, o Recorrente optou pela criação do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas;
- iv) Quando da ocorrência dos fatos geradores das contribuições reclamadas, já vigia o Regime Estatutário do Estado do Acre, criado pela LC 39/94;

- v) O art. 236 do Estatuto dos Servidores Acrianos estabeleceu o Sistema Previdenciário Próprio e, a partir da vigência da LC 39/94, os servidores – antes celetistas – transmudaram do RGPS para a Previdência do Estado do Acre;
- vi) 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 (art. 12, I, da Lei nº 8.212/91);
- vii) O art. 40 da CF não restringe o acesso ao Sistema de Previdência próprio aos servidores ocupantes de cargos efetivos;
- viii) O Ministério do Planejamento entende que o art. 40 da CF não fez nenhuma restrição no sentido de proibir a vinculação de outras categorias de servidores a regime próprio de previdência social;
- ix) Que caso semelhante está sendo discutido junto ao STF, via Ação Cível Originária de nº 1940, na qual o Estado do Acre almeja a desconstituição de créditos previdenciários lançados por meio da NFLD 35.818.137-2, referente às contribuições sociais incidentes sobre a folha de pagamento de servidores da Secretaria da Infraestrutura do Estado, admitidos sem concurso público;
- x) Que na referida ACO 1940 foi deferida a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito previdenciário;
- xi) A decadência das contribuições referentes às competências de 06/1999 a 10/2000 em razão do que dispõe a Súmula Vinculante nº 8 do STF c/c o art. 150, § 4º, do CTN, uma vez que verificado no sistema informatizado da RFB antecipação de pagamento parcial das contribuições;
- xii) Que não se pode aproveitar a data do primeiro lançamento (considerado nulo) para fins de contagem do prazo decadencial, uma vez que se tratava de lançamento em face de outro sujeito passivo (Governo do Estado), o que configura nulidade por erro verificado no elemento essencial da obrigação tributária e não mero erro formal;
- xiii) Que as contribuições previdenciárias inclusas no lançamento no período de 199/2003 em razão da ausência de prova da regularidade dos servidores concursados são indevidas, uma vez que desde janeiro de 1994 vige a Lei Complementar nº 39/94, que criou no seu bojo o Sistema Previdenciário Próprio do Estado do Acre;

Ao final, requereu o reconhecimento da decadência nas competências de 06/1999 a 10/2000, bem como a exclusão das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento dos servidores admitidos por meio de concurso público.

Os autos foram remetidos ao CARF para julgamento do Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Taborda Simões - Relator

Preliminarmente

Inicialmente, o recurso voluntário atende a todos os requisitos de admissibilidade, dentre eles o da tempestividade, razão pela qual dele conheço.

Prejudicial do Mérito – Decadência

O Recorrente pretende a declaração de decadência das competências de 06/1999 a 10/2000, tendo em vista a contagem de prazo decadencial supostamente equivocada pela DRJ quando decidiu pela aplicação do art. 173, II, do CTN ao caso.

Como fundamento à sua pretensão, o Recorrente afirma que a nulidade da autuação anterior decorreu de erro verificado no elemento essencial da obrigação tributária e não mero erro formal, nos termos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

Pois bem. O art. 10 do Decreto nº 70.235/72, ao tratar dos requisitos de validade do auto de infração dispõe:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

Ou seja, nos termos do dispositivo anterior, para que o auto de infração seja acompanhado da validade, é necessário, dentre outras informações, a qualificação correta do autuado.

Por sua vez, o artigo 173, parágrafo único, do Código Tributário Nacional estabelece que a constituição do crédito tributário se dá pela notificação do sujeito passivo e, só a partir de então, é interrompido o prazo decadencial para lançamento:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

(...)

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

No caso em tela, houve fiscalização em meados de 2005, da qual resultou a lavratura de auto de infração. Todavia, como informado inclusive pelo relatório fiscal de fls. 854/862, a referida autuação foi declarada nula por equívoco quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária.

O supra transcrito parágrafo único do art. 173 do CTN prevê como condição a termo do prazo decadencial o início da constituição do crédito tributário via notificação do sujeito passivo. Ainda, o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 impõe como requisito de validade do auto de infração a qualificação do mesmo.

A DRJ ao apreciar impugnação apresentada pelo Recorrente entendeu por correta a utilização da data da decisão definitiva que declarou a nulidade do auto de infração anterior como termo inicial de contagem do prazo decadencial. Ousamos divergir.

Quando há o reconhecimento de nulidade de auto de infração por erros convalidáveis, aplica-se o que dispõe o inciso II do art. 173, CTN, que considera iniciado o prazo decadencial para lançamento a partir da data da decisão definitiva de nulidade. Todavia, quando o erro verificado decorre da inobservância de aspectos essenciais à identificação do crédito e/ou do exercício da ampla defesa e do contraditório, não há que se falar em convalidação.

No caso, a fiscalização ao efetuar lançamento tributário em face de sujeito passivo equivocados, impossibilitou a ciência daquele quanto ao crédito a ele imputado, não sendo efetivada a condição do parágrafo único do art. 173 do Código Tributário Nacional e, portanto, não logrou êxito na interrupção do prazo decadencial.

Neste sentido já decidiu o CARF:

“DECADÊNCIA LANÇAMENTO DECLARADO NULO POR VÍCIO FORMAL ART. 173, II, DO CTN Vício formal é aquele verificado no próprio instrumento de formalização do crédito e que não está relacionado à realidade representada (declarada) por meio do ato administrativo de lançamento. A falta de descrição da matéria tributável e de clareza na tipificação da infração atribuída ao sujeito passivo não configura vício formal, mas sim erro material na constituição do crédito tributário. Nesta hipótese não é aplicável o termo inicial

do prazo de decadência previsto no inciso II do art. 173 do CTN (data em que se tornou definitiva a decisão que anulou a decisão por vício formal), mas sim aquele previsto no art. 150, parágrafo 4º (data do fato gerador) ou no inciso I do art. 173 (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado), conforme o caso. Recurso especial negado.”

(CARF, PAF 10875.002481/2002-22, Acórdão 9202-002.056, Rel. Gustavo Lian Haddad)

Desta forma, reconheço a contagem de prazo decadencial conforme disposto no art. 150, § 4º, do CTN e, por consequência, pela decadência do crédito tributário referente as competências de 06/1999 a 10/2000.

No Mérito

Dos Servidores Irregulares

A fiscalização, assim como a autoridade julgadora, entendeu que diante da ausência de concurso público para admissão de funcionários junto à Administração Pública, os funcionários nessas condições estariam obrigatoriamente submetidos ao Regime Geral da Previdência Social.

O Recorrente, por sua vez, discorda sob o fundamento de que a simples ausência de concurso não poderia resultar no reconhecimento de relação de emprego prevista pela Lei nº 8.212/91 em seu art. 12.

A Constituição Federal, em seu art. 37, II, dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

*II - a investidura em **cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Do dispositivo constitucional supra transcrito extrai-se entendimento no sentido de que a Constituição Federal impôs como requisito à investidura de cargo ou emprego público a aprovação em concurso público.

Regulamentando a norma, o art. 284 da Lei Complementar Estadual nº

39/1994 prevê:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 19/08/2014 por SELMA RIBEIRO COUTINHO, Assinado digitalmente em 19/08/20

14 por THIAGO TABORDA SIMOES, Assinado digitalmente em 15/09/2014 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 16/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 do 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.

A Lei Complementar que dispõe sobre o Regime Estatutário do Estado do Acre, cuja constitucionalidade não fora discutida até o momento, estabelece que aos servidores detentores de emprego público, que tenham ingressado na administração através de aprovação em concurso e, ainda, que estivessem no gozo de suas atividades à data da publicação da LC, teriam seus empregos ou funções convertidos em cargos públicos e, por consequência, estariam submetidos ao Regime Próprio do Estado.

Assim, considerando o texto normativo vigente, bem como a norma constitucional que impõe a obrigatoriedade de aprovação em concurso público para o ingresso do servidor em emprego ou cargo público, cabível a autuação do Recorrente quanto aos servidores exercentes de cargos ou empregos públicos que não tenham sido admitidos por meio de concurso.

Dos Servidores Inclusos no Regime Estatutário nos termos da Lei Complementar nº 39/1994

No que diz respeito aos servidores que, nos termos da Lei Complementar nº 39/1994, tiveram seus empregos convertidos em cargos públicos e, por consequência, foram incluídos ao Regime Estatutário Estadual, a DRJ, em acórdão de primeira instância, entendeu pela necessidade de autuação sobre tais, por aplicação do art. 40, § 13º da Constituição Federal.

Alega a Recorrente que no exercício da competência atribuída pela Constituição Federal, legislou acerca do regime previdenciário de seus servidores, efetivos ou não. Alega, ainda, que o art. 284 da Lei Complementar nº 39/1994 é suficiente para transformar os funcionários contratados pelo Estado do Acre via CLT em detentores de cargos públicos

Não merecem guarida as alegações.

Inicialmente, passemos à análise constitucional da matéria.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

(...)

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

§ 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

(...)

§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.

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

Nos termos do texto constitucional, aos Estados é concedida a possibilidade de criação de Regime Próprio de Previdência com alcance expressamente limitado aos servidores ocupantes de cargos efetivos, excluindo-se portanto todos os ocupantes de cargos em comissão (§ 13 do art. 40), os não efetivos e os celetistas.

Em complemento, a Lei Federal nº 8.212/91, que trata do custeio da Seguridade Social estabelece:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

(...)

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais;

*Art. 13. **O servidor civil ocupante de cargo efetivo** ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, **são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.** [\(Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999\).](#)*

§ 1º Caso o servidor ou o militar venham a exercer, concomitantemente, uma ou mais atividades abrangidas pelo Regime Geral de Previdência Social, tornar-se-ão segurados obrigatórios em relação a essas atividades. [\(Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999\).](#)

§ 2º Caso o servidor ou o militar, amparados por regime próprio de previdência social, sejam requisitados para outro órgão ou entidade cujo regime previdenciário não permita a filiação nessa condição, permanecerão vinculados ao regime de origem, obedecidas as regras que cada ente estabeleça acerca de sua contribuição.

Ou seja, nos termos da Lei Federal, a exclusão do servidor público do RGPS desde que existente um regime próprio está limitada aos servidores ocupantes de cargo efetivo, não restando margem à disposições em contrário por lei estadual.

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

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

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

Por sua vez, aos servidores estáveis mas não efetivos, nos moldes do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), é possível a efetivação no cargo, desde que atendido o parágrafo primeiro do art. 19 do ADCT, que, do mesmo modo, impõe a submissão ao competente concurso público:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

Todavia, analisando todos os elementos do processo administrativo fiscal, entende-se que a efetivação concedida a estes funcionários não atendera ao art. 37, II, da CF e 19, § 1º do ADCT, vez que não comprovada a efetivação de concursos e aprovação.

Dos demais pontos abordados em acórdão de primeira instância que não tenham sido objeto do Recurso Voluntário

O Recurso Voluntário de fls. 2757/2780, apesar das muitas questões abordadas em sede de acórdão proferido pela DRJ, questiona apenas os fundamentos quanto à decadência, bem como a tributação sobre remunerações pagas a funcionários admitidos sem concurso público e àqueles que tiveram seus empregos convertidos em cargos públicos nos termos da LC nº 39/1994.

Desta forma, preclusas as questões referentes aos servidores aposentados pelo Tesouro Estadual e pensionistas, servidores aposentados e demitidos e fatos extintivos.

Conclusão

Por todo o exposto, conheço do recurso voluntário e a ele nego provimento.

É como voto.

Thiago Taborda Simões.