



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11522.001567/2007-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.336 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de setembro de 2023
Recorrente ESTADO DO ACRE - SEC ESTADO DE CIDADANIA E ASS. SOCIAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

ERRO FORMAL. RELANÇAMENTO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Mera irregularidade na identificação do sujeito passivo que não prejudique o exercício do contraditório configura-se em vício de natureza formal, mormente como no caso concreto, no qual houve relançamento sem necessidade de novas diligências e sem causar prejuízo às partes, não configurando portanto hipótese de nulidade.

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

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

SERVIDORES CONTRATADOS SEM CONCURSO PÚBLICO. PERÍODO POSTERIOR AO DA PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DEVIDAS AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. INCIDÊNCIA.

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

ADI 3.609/AC. MODULAÇÃO TEMPORAL DAS DECISÕES EM CONTROLE CONSTITUCIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE. RESTRIÇÃO DE EFEITOS QUE NÃO ATINGIU OS ELEMENTOS DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.

A modulação dos efeitos da ADI 3.609/AC não atingiu os elementos do fato gerador da obrigação tributária em discussão, nem mesmo os critérios da regramatrix de incidência tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Sonia de Queiroz Accioly - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sara Maria de Almeida Carneiro Silva - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Gleison Pimenta Sousa, Leonam Rocha de Medeiros, Christiano Rocha Pinheiro, Eduardo Augusto Marcondes Freitas, Rodrigo Alexandre Lázaro Pinto (suplente convocado) e Sonia de Queiroz Accioly (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belém (DRJ/BEL), que, por unanimidade de votos, julgou procedente em parte impugnação apresentada pelo sujeito passivo (Estado do Acre), na qual se discute contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social incidentes sobre pagamento de remuneração efetuados pelo Governo do Estado do Acre – Secretaria de Estado de Cidadania e Assistência Social - a segurados empregados, correspondentes à parte a cargo dos segurados (rubricas Segurados) e à parte patronal (rubricas Empresa e Sat/Rat).

Conforme relatado pelo julgador de piso (fls. 510 e ss):

Em essência registra o Relatório Fiscal de fls. 60 a 68, que:

- a presente Notificação foi lavrada em substituição ao crédito constituído por meio da NFLD nº 35.677.190-3, 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 249 constante do processo de número 35.677.190-3;

- 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 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 de Cidadania e Assistência Social, 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 Órgão em questão, 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 conseqüente 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 Ilmar 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, 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 à NFLD, relação nominal dos segurados empregados dentro do período de abrangência do crédito previdenciário (fls. 45 a 59 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 dispõem 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 35.752.780-1.

II - 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. 70 e protocolou tempestivamente, em 13/12/2005, sob o nº 35009.003358/2005-10, impugnação ao lançamento, por intermédio do instrumento de fls. 72 a 95, acompanhada dos anexos de fls. 96 a 155, 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 n.º 73/93, abaixo transcrito:

“Art. 40. 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.

Analisando 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 considerarse 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:

Álvaro Fernandes de Souza
Alzira Maria Carvalho de Souza
Edson Ferreira
Jansen Estafania
Maria Pereira Pontes Fernando Oliveira da Silva
Gelmires de Souza Lima
José Humberto Nascimento de Oliveira
Maria Antonia de Assis
Maria de Nazaré da Cunha Brozzo
Mery Goreti Maia
Victorio Saulo Cavalcante Magalhães
Sebastiana Santiago Aiache

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:

Francimeire Barros Lima
Francisca Márcia de Alencar
Maruí Lindaura Freitas da Silva Luíza Nascimento da Costa
Margarida Oliveira do Nascimento
Maria Betânia de C. Nascimento
Maria das Graças Firmino Braga Maria do Socorro Nobre
Vicente Maria Dorenilde
Paulino da Silva Maria
Eliana Nery da Silva
Maria José Rodrigues de Souza Lima

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

DO SERVIDOR APOSENTADO E PENSIONISTA.

O levantamento do INSS inclui servidores aposentados/pensionistas, sobre cujos proventos é cediço que não há incidência da contribuição previdenciária, sendo tema já pacificado pelo STF, razão pela qual solicita a exclusão dos seguintes aposentados/pensionistas:

Rol:

Antônia Rodrigues de Souza

Francisca Cavalcante D. da Silva

Maria Leitão Bastos

DO SERVIDOR APOSENTADO PELO TESOUREO ESTADUAL

No rol apresentado pelo INSS consta a existência de servidores aposentados pelo Tesouro Estadual. Se o INSS reclama a contribuição dos segurados, em linha de consequência deve arcar com os benefícios conferidos aos servidores. Nesta situação deve o INSS devolver/compensar os valores desembolsados pelo Estado do Acre para pagamento das aposentadorias/pensão.

Rol:

Antônia Rodrigues de Souza

Francisca Cavalcante D. da Silva

Maria Leitão Bastos

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:

Nivardo Mulher Damasceno da Silva – 08/08/1996

Desta forma, pede-se a exclusão das contribuições.

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.

III - DAS DILIGÊNCIAS

III. 1 Do Despacho de Diligência às fls. 160/161

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, conforme Despacho às fls. 160/161.

Por ocasião da diligência efetuada, ante das argumentações apresentadas pelo contribuinte, em seu despacho às fls. 188/189, 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 Lindaura Freitas da Silva, concursada como merendeira, cujo termo de posse e exercício, a defesa demonstra claramente. Dessa forma excluímos da base de cálculo as remunerações dos servidores listados na página 86;

- 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 da segurada Antonia Rodrigues de Sousa. A referida segurada consta na planilha Relação Nominal dos Segurados Empregado, até a competência 12/1997. Nas competências posteriores, o mesmo já não aparece mais devido a seu afastamento;

- 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 Do Postulante

Em razão da diligência realizada pelo serviço de fiscalização da Receita Federal, foi aberto prazo de 30 dias para manifestação do litigante em razão dos fatos novos trazidos aos autos, ocasião em que o postulante, por intermédio do instrumento de fls. 191 a 196, acompanhada dos anexos de fls. 197 a 199, aduz em linhas gerais as mesmas questões esposadas na defesa inicialmente apresentada relativas à decadência, aos servidores admitidos sem concurso público antes da CF/88, dos servidores aposentados, da existência de contribuição inclusa em parcelamento ou levantamento fiscal, complementando nos seguintes pontos as questões fáticas e de direito já aduzidas anteriormente:

- por força da Emenda à Constituição Acriana n.º 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;
- considerando que o levantamento fiscal objeto da presente Notificação refere-se às competências 01/1994 a 13/1998 e que o Estado do Acre dele foi notificado em 05.12.2005, resta caracterizada, de plano, a decadência total do direito do INSS quanto às contribuições previdenciárias ora lançadas, razão pela qual torna-se imperiosa sua exclusão.
- 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 da NFLD e os indicados na defesa;
- a adequada verificação deste ponto exige confronto direto dos fatos geradores que ensejaram a NFLD n.º 35.441.163-2, 35.484.674-4 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 regulares dos irregulares, 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.

III. 2 – Do Despacho de Diligência n.º 020/2010 (fls. 203)

Novamente submetido a julgamento, verificou-se que não prospera a assertiva da autoridade fiscal, em seu despacho às fls. 188/189, de que o órgão em epígrafe não está relacionado ou o período não está compreendido no Demonstrativo da Dívida do Governo do Estado do Acre junto ao INSS, anexado às fls. 95 pela defesa, uma vez que nele há o registro da NFLD n.º 35.484.674-4, cujo período - 01/1999 a 06/2001 - está compreendido no presente lançamento que abarca as competências 01/1999 a 13/2003.

Por essa razão, por meio do Despacho n.º 020/2010 (fls. 203) foi novamente solicitado pronunciamento fiscal conclusivo acerca da existência ou não de duplicidade de fatos geradores entre as Notificações em causa, objetivando o correto deslinde da questão suscitada na impugnação de que os valores apurados nesta ação fiscal estão incluídos nos levantamentos anteriormente efetuados.

Em resposta, o agente fiscal, por meio do despacho às fls. 207, prestou, em essência, as seguintes informações: - os fatos geradores decorrentes do lançamento da NFLD n.º 35.752.780-1 ocorreram com base nas remunerações de segurados que até então eram considerados pelo Governo do Estado do Acre como servidores efetivos e, portanto, pertencentes ao Regime Próprio de Previdência do Estado; - como uma parte dos servidores pertencentes ao Regime Próprio de Previdência do Estado do Acre foi efetivada sem a prestação do concurso público, a fiscalização na época gerou uma ação específica para apurar os créditos previdenciários dos referidos servidores, conforme se constata no campo verificações do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF n.º 09111904 constante no processo.

III. 3 – Do Despacho de Diligência n.º 210/2010 (fls. 208)

Por meio do Despacho n.º 210/2010 (fls. 208) foram solicitados maiores esclarecimentos por parte da autoridade fiscal, no que diz respeito a duplicidade de fatos geradores entre a Notificação em causa e a de n.º 35.484.674-4, objetivando o correto deslinde da questão suscitada na impugnação.

Em resposta, o agente fiscal, por meio do despacho às fls. 210, informou que:

1. *O crédito previdenciário decorreu de levantamento específico de servidores públicos do Estado do Acre até então considerados pela própria administração como efetivos, portanto, pertencente ao Regime Público de Previdência do Estado do Acre;*
2. *Como a Administração do Estado do Acre os considerava como servidores efetivos, não haveria de se esperar que eles fossem declarados ao Regime Geral de Previdência Social. Assim os fatos geradores da presente NFLD não estão incluídos na NFLD de n.º 35.484.674-4;*
3. *Dessa forma e considerando o exposto acima manifesto pela manutenção do crédito previdenciário de n.º 35.818.109-7;*
4. *À consideração superior com sugestão de envio à Delegacia Regional de Julgamento – DRJ Belém para providências necessárias.*

III. 4 - Da Resolução n.º 187/2011 (fls. 211 a 215),

Uma vez que os pronunciamentos fiscais anteriores não foram suficientemente conclusivos quanto à questão suscitada na impugnação relativa à duplicidade de lançamento, os membros da 4ª Turma da DRJ/Belém, resolveram converter o julgamento do processo em nova diligência, por meio da Resolução n.º 187/2011 (fls. 211 a 215), conforme fundamentação transcrita em parte:

(...)

Não obstante, as premissas aludidas pela autoridade fiscal não são suficientes para embasar a proposição de que não há duplicidade de fatos geradores entre a presente NFLD e a de n.º 35.484.674-4. Há que se ressaltar que o fato a ser esclarecido não é se o Estado considerou ou não esses servidores como segurados obrigatórios do RGPS (fato esse ao qual se deteve o agente fiscal em sua análise), mas, sim, se o agente fiscal à época, os considerou assim e lançou suas remunerações como fato gerador de contribuições previdenciárias na NFLD n.º 35.484.674-4, ou não.

É bom notar que, nesse caso, temos, entre as duas NFLD, identidade de sujeito passivo, de período, de contribuições lançadas (ambas contemplam as contribuições incidentes sobre remuneração de empregados), ou seja, os elementos da Notificação anteriormente lavrada revelam-se, a princípio, compatíveis com o lançamento em exame, havendo, para o deslinde da questão, a necessidade de adentrar no exame dos fatos geradores.

Entretanto, em que pese as diversas diligências levadas a efeito, o agente fiscal não obteve êxito em atestar de maneira conclusiva, com segurança, que os fatos geradores da NFLD n.º 35.484.674-4 não são os mesmos lançados na presente Notificação.

Considerando que o procedimento fiscal em exame compreende período e sujeito passivo já submetidos à auditoria fiscal anterior, deve ser revestido de maiores cuidados no sentido de robustecer a certeza e liquidez do lançamento. Nesse mister, após formar a sua convicção de que os fatos geradores por ele lançados não são os mesmos verificados anteriormente, o agente fiscal deve demonstrar isso de forma cristalina em seus relatórios. Tal convicção deve estar necessariamente amparada em um trabalho de investigação e pesquisa, não podendo ser fruto apenas de uma dedução. Razão assiste à impugnante quando requer que sejam demonstrados o que denomina de “elementos de comparação” entre os lançamentos efetuados na ação fiscal anterior e na ação em exame.

Entretanto, na situação em exame, nas diversas diligências levadas a efeito, o agente fiscal limitou-se a discorrer acerca dos fatos geradores objeto do presente lançamento,

reproduzindo as informações constantes do Relatório Fiscal, deixando, entretanto, de demonstrar os fatos geradores lançados na NFLD anteriormente lançada, a saber, a de n.º 35.484.674-4, que era justamente o objeto da diligência.

Isso posto, converto o presente julgamento em diligência, na forma dos artigos 18 e 29 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com alterações posteriores, e do artigo 10 da Portaria MF n.º 58, de 2006, encaminhando os presentes autos à Delegacia de origem, para que esta tome as seguintes providências:

a) Solicite à autoridade fiscal lançadora que demonstre de forma cristalina os fatos geradores lançados na NFLD n.º 35.484.674-4, juntando aos presentes autos cópia de todos os relatórios que constituem anexos dessa Notificação, em especial, o Relatório Fiscal-REFISC e suas respectivas planilhas porventura existentes;

b) Consolidar em relatório circunstanciado, as informações prestadas em atendimento à presente diligência;

c) Dê ciência ao contribuinte da presente Resolução, por meio da entrega de cópia desta, e do resultado da diligência ora solicitada, deferindo-lhe o prazo de trinta dias para manifestação acerca dos fatos novos porventura trazidos aos autos; e

d) Após o cumprimento das solicitações acima e respeitado o prazo para apresentação da manifestação referida no parágrafo anterior, retornar os autos para esta DRJ para prosseguimento do julgamento da lide.

Em razão da diligência requerida, foram anexadas cópias da NFLD n.º 35.484.674-4, de seus relatórios anexos, planilhas e respectivos despachos, bem como das decisões administrativas nele exaradas (fls. 220 a 461), tendo se pronunciado o auditor notificante às fls. 476/477, informando, em essência, que:

- a NFLD de n.º 35.484.674-4 foi levantada em 02/09/2002 após procedimento de fiscalização;

- com base no relatório fiscal, páginas 77 e 78, autoridade fiscal lista os documentos examinados: folhas de pagamento, rescisões contratuais, notas de empenho e contra recibos de pagamentos;

- na fase de impugnação, o contribuinte apresenta diversas GFIPs alegando que entre outros motivos que já tinha sido objeto de um parcelamento anterior;

- os servidores constantes nas diversas GFIPs apresentadas pelo contribuinte não coincidem com os servidores levantados na NFLD 35.818.109-7;

- na competência 10/2010 relacionou os servidores constante da GFIP apresentada pelo contribuinte (página 134 e 135) e a folha de pagamento levantada pela fiscalização (página 50) e que colaciona os demonstrativos da GFIP apresentada pelo contribuinte e da folha de pagamento levantado pela fiscalização;

- com base nas informações constantes do processo 11536.000621/2008-27, constata-se que os valores lançados na NFLD 35.484.674-4 não foram objetos de lançamento na NFLD 35.818.142-9.

Da Manifestação Do Litigante

Cientificado da diligência em 15/01/2014 (fls. 485), o Ente manifestou-se por meio do instrumento às fls. 491 a 494 (Ofício/PGE/PF n.º 145 de 27/01/2014), aduzindo, em síntese que:

- a autoridade fiscal limitou-se a afirmar que os servidores elencados em GFIP's anteriormente apresentadas pelo Impugnante não coincidiam com os servidores cujos vencimentos foram objeto do levantamento que resultou na NFLD 35.818.109-7;

- na tentativa de firmar os lançamentos, o Auditor Fiscal, citando a competência 10/2010 - período não compreendido na discussão -, utilizou tabelas comparativas (fls. 476/477), elencando, na primeira delas, os servidores constantes nas GFIPs do mês de outubro/2010 e, na segunda tabela, os servidores incluídos na folha de pagamento que originou a NFLD 35.818.109-7 (competência outubro/2000).

- ocorre que os quadros de comparação se mostraram insuficientes para consolidar os lançamentos relativos às competências 01/99 a 06/01, já incluídos do DEBCAD 35.484.674-1, porquanto os elementos trazidos na primeira tabela (fl. 476) se referem à competência 10/2010, impróprios para comparação dos fatos geradores cuja alegação de duplicidade resultou na recomendação para realização de nova diligência por parte da Autoridade Fiscal.
- o correto seria a Autoridade Fiscal efetuar um confronto analítico dos lançamentos contidos nas NFLD's nº 35.484.674-4 e 35.818.109-7 a fim de avaliar com segurança a duplicidade alegada e dirimir a dúvida suscitada;
- o Agente Fiscal não logrou êxito em atestar de maneira conclusiva que os fatos geradores lançados na NFLD nº 35.484.674-4 não são os mesmos lançados na notificação ora contestada, levando-se em consideração a necessidade de garantir a liquidez e a certeza do lançamento, face à identidade entre as duas NFLD's de elementos como sujeito passivo, período e contribuições lançadas;
- a diligência efetuada pelo Agente Fiscal não elidiu a dúvida levantada quanto à certeza do crédito tributário consignado na NFLD 35.818.109-7, razão pela qual pugna o Estado do Acre - Secretaria de Estado de Cidadania e Assistência Social, pelo acolhimento do pedido formulado em sede de impugnação, no sentido de que os lançamentos registrados na NFLD 35.818.109-7 sejam declarados insubsistentes

A DRJ/BEL, por unanimidade de votos, julgou a impugnação procedente em parte, apenas para excluir do lançamento os valores pagos a Maria José Rodrigues de Souza Lima, por se tratar de servidora efetiva sujeita ao regime próprio de previdência do Estado do Acre. A decisão restou assim ementada (fls. 521/522):

PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE. STF. NULIDADE POR VICIO FORMAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, II CTN.

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.

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

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.

Recurso Voluntário

Cientificado da decisão de piso em 11/12/2015 (fl. 538), o contribuinte apresentou o presente recurso voluntário em 6/1/2016 (fls. 568 e seguintes), por meio do qual devolve à apreciação deste Conselho parte das teses já submetidas à apreciação do colegiado de primeira instância, quais sejam:

1 – DA DECADÊNCIA – alega que a decadência em questão não deve ser regida pelo art. 173, II, pois entende que não houve erro formal no lançamento original do crédito em discussão, anulado por vício formal por erro de identificação do sujeito passivo, de forma que o Estado do Acre somente veio a integrar o pólo passivo a partir do 5/12/2005 (data do segundo lançamento), de forma que deve-se aplicar a Súmula STF nº 8 e reconhecer a decadência no prazo de 5 anos;

2 – SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA – alega que a ausência de concurso público não caracteriza per si relação de emprego; não há dispositivo legal que ampare tal entendimento; da mesma forma que a CF de 1998 exige aprovação prévia em concurso para ocupantes de cargos, da mesma forma o exige para ocupantes de emprego público, de forma que o argumento de que os servidores sem concurso estariam naturalmente vinculados ao RGPS não prospera; alega ainda que, com base na legislação, os servidores antes celetistas transmutaram do RGPS para o regime próprio de previdência do Estado do Acre, estando nessa situação mesmo aqueles sem concurso público; cita Parecer da AGU para fundamentar sua tese;

3 – DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES IRREGULARES INGRESSOS SEM CONCURSO PÚBLICO PELO STF – ADI 3.609/AC – referida ADI julgou inconstitucional Emenda Constitucional Acreana nº 38/2005, que efetivou os servidores que ingressaram sem concurso até 31/12/1994, abrangidos no lançamento; entretanto, a modulação dos efeitos conferiu efeitos prospectivos e concluiu que tais servidores contratados sem concurso público ostentaram até 18/2/2015 o status de servidor efetivo, de forma que todo o lançamento deve ser afastado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Relatora.

O recurso é tempestivo e reúne os requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

DA DECADÊNCIA

Preliminarmente pretende o recorrente seja reconhecida a decadência de parte do lançamento em razão de ter o mesmo sido anulado por vício formal por erro de identificação do sujeito passivo, alegando não concordar que o vício seria dessa natureza; que o Estado do Acre somente veio a integrar o pólo passivo a partir do 5/12/2005 (data do segundo lançamento), de forma que deve-se aplicar a Súmula STF nº 8 e reconhecer a decadência no prazo de 5 anos pelo art. 171, I e não pelo art. 173, II.

Tal matéria poderia nem mesmo ser conhecida eis que não aventada em impugnação. Embora o tema decadência seja reconhecido como matéria de ordem pública, o que o recorrente pretende discutir nessa seara não é a decadência em si, mas se o (re)lançamento se deu por vício formal ou material, o que influenciaria no termo *a quo* da contagem do prazo decadencial.

Entretanto, considerando que tal análise implica em extinção de crédito tributário, conheço da matéria e informo que a questão da natureza do vício que ensejou a nulidade do lançamento inicial já foi analisada em outros créditos lançados contra o Estado do Acre, quando se concluiu que o vício na denominação do sujeito passivo é de natureza formal. Por concordar com tal posicionamento, replico ementa do Acórdão nº 9202-008.394 – CSRF / 2ª Turma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

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

...

Conforme descrito no Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - ... em decorrência da decisão definitiva que considerou nulo por vício formal na identificação do sujeito passivo o crédito previdenciário... lançado em desfavor do Gov. do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Apoio aos Municípios, foi procedido novo lançamento do crédito previdenciário destinado à Seguridade Social..

...

Conforme aduz a União, no acórdão recorrido a controvérsia se resume à natureza do vício que anulou o auto de infração original em processo administrativo precedente. A Turma julgadora entendeu que o vício seria material, por se referir a erro de identificação do sujeito passivo. Firmada a convicção sobre a natureza da mácula do lançamento anulado, o colegiado, por consectário, afastou a aplicação do art. 173, II do CTN, para reconhecer a decadência. Pede a Fazenda Nacional que seja o vício reclassificado como de natureza formal, para fins de aplicação do art. 173, II, CTN.

Assiste razão neste caso a Recorrente Fazenda Nacional. No caso em apreço houve erro de identificação do sujeito passivo, mas os autos puderam ser relançados sem que houvesse necessidade de novas diligências. O que demonstra que o vício do lançamento era de natureza formal.

Não é outro o entendimento exposto na Solução de Consulta Interna Cosit nº 8, de 8 de março de 2013, com o qual comungo:

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

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

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

...

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

...

Da leitura do relatório fiscal nota-se que o lançamento original foi tornado nulo por vício formal, vício este nem mesmo contestado pelo recorrente quando sua impugnação àquele lançamento, e que exerceu plenamente seu direito de defesa em relação ao lançamento original, mas reconhecido de ofício pelo então julgador de piso, de forma que não acolho os argumentos da defesa neste Capítulo e adoto os fundamentos da decisão recorrida a respeito da matéria (fl. 525):

Em pesquisa efetuada nos sistemas informatizados da RFB - Receita Federal do Brasil, constata-se que, do período lançado na presente Notificação (01/1999 a 12/2003), o postulante não efetuou recolhimento para as competências 01/1999 a 04/2000, de onde se conclui, dentro da perspectiva então adotada, que não há falar em decadência do direito da Fazenda Nacional, sendo plenamente exigíveis naquela data (28/06/2004) as suas respectivas contribuições, vez que o cálculo é feito de acordo com as disposições do artigo 173, inciso I do CTN.

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

Isto posto, não restou configurada a decadência para as competências abarcadas pelo presente lançamento.

2 – SERVIDOR IRREGULAR X REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA – alega o recorrente que a ausência de concurso público não caracteriza per si relação de emprego; não há dispositivo legal que ampare tal entendimento; da mesma forma que a CF de 1998 exige aprovação prévia em concurso para ocupantes de cargos, da mesma forma o exige para ocupantes de emprego público, de forma que o argumento de que os servidores sem concurso estariam naturalmente vinculados ao RGPS não prospera; alega ainda que, com base na legislação, os servidores antes celetistas transmudaram do RGPS para o regime próprio de previdência do Estado do Acre, estando nessa situação mesmo aqueles sem concurso público; cita Parecer da AGU para fundamentar sua tese.

A questão já foi enfrentada por diversas vezes no âmbito deste Conselho, de forma que adoto como minhas razões de decidir os fundamentos trazidos no Acórdão 2301-099.777, julgado em 3 de dezembro de 2021, de relatoria da Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes:

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

Social - RGPS, estando o ente contratante obrigado ao recolhimento das contribuições respectivas.

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

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

(...)

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

...

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

Súmula 363 TST - CONTRATO NULO — EFEITOS

A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

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

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

(...)

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

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

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

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

I- como empregado:

(...)

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

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

(...)

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

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

Art.15. Considera-se:

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

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

Em vista disso não há como acolher a alegação recursal de que tais servidores estariam vinculados ao regime próprio de previdência do Município, sendo imperativo reconhecer que tais trabalhadores sujeitam-se ao Regime Geral de Previdência Social por força do art. 13 da Lei nº 8.212/1991:

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

No que diz respeito às alegações no sentido de que com a LC 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.

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

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

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

Quanto ao questionamento acerca da aplicação do Parecer da AGU, o julgador de 1ª instância, bem afastou a possibilidade de aplicação do dito Parecer, vez que não se trata

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

Dessa forma, conforme consta do Relatório Fiscal:

Conforme está definido no MPF, constituímos as contribuições previdenciárias devidas a Seguridade Social incidente sobre as remunerações destinadas a retribuírem os serviços prestados por segurados empregados ao Governo do Estado do Acre - Secretaria de Estado de Cidadania e Assistência Social, 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.

Sem razão portanto o recorrente neste capítulo.

3 - DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES IRREGULARES INGRESSOS SEM CONCURSO PÚBLICO PELO STF – ADI 3.609/AC – alega o recorrente que referida ADI julgou inconstitucional Emenda Constitucional Acreana n.º 38/2005, que efetivou os servidores que ingressaram sem concurso até 31/12/1994, abrangidos no lançamento; entretanto, a modulação dos efeitos conferiu efeitos prospectivos e concluiu que tais servidores contratados sem concurso público ostentaram até 18/2/2015 o status de servidor efetivo, de forma que todo o lançamento deve ser afastado.

Inicialmente tal matéria poderia não será conhecida por inovação, eis que a modulação dos efeitos da decisão do STF na ADI 3.609/AC data de 18/2/2014, quando ainda não havia sido proferida a decisão de primeira instância, de forma que poderia o recorrente ter submetido a tese àquele colegiado. Entretanto, considerando que a impugnação foi apresentada em data anterior àquela da modulação dos efeitos, voto por conhecer da matéria e passo à sua análise, adotando como razões de decidir aquelas já declinadas pelo Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci no Acórdão n.º 2402-005.321, 14 de junho de 2016:

Ocorre que a Suprema Corte não modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para fins previdenciários e tributários, como pretende fazer crer a embargante, mas sim para assegurar "tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população".

Quis-se, portanto, assegurar a continuidade dos serviços prestados pelos servidores investidos sem concurso, como consta, textualmente, na decisão da Corte Suprema.

Veja-se a ementa do decisum:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EC Nº 38/2005 DO ESTADO DO ACRE. EFETIVAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS PROVIDOS SEM CONCURSO PÚBLICO ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 1994. VIOLAÇÃO DO ART. 37, II, CF. PRECEDENTES. 1. Por força do art. 37, inciso II, da CF, a investidura em cargo ou emprego públicos depende da prévia aprovação em concurso público, sendo inextensível a exceção prevista no art. 19 do ADCT. Precedentes: ADI nº 498, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 9/8/96; ADI nº 208, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19/12/02; ADI nº 100, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 1/10/04; ADI nº 88, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 8/9/2000; ADI nº 1.350/RO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 1/12/06; ADI nº 289, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16/3/07, entre outros. 2. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art.

27 da Lei n.º 9.868/99, para se darem efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata do julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 3609, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) (destacou-se)

É elucidativo, nesse contexto, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão:

Entretanto, tendo em vista informação trazida pela Procuradoria-Geral do Estado do Acre (fl. 185), no sentido de que foram contratados, entre o período de 5/10/1983 a 18/1/1994, 11.554 (onze mil quinhentos e cinquenta e quatro) servidores sem aprovação em concurso público, os quais se encontram trabalhando (com a ressalva daqueles que já se aposentaram ou foram exonerados) em todas as secretarias e entidades da Administração estadual, inclusive em repartições que prestam serviços públicos essenciais, como as secretarias de saúde (3.488 servidores), de educação (4.280 servidores) e de segurança (656 servidores), proponho, de forma semelhante ao que o Tribunal decidiu na ADI n.º 4.125/TO e na ADI n.º 3.819/MG, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei n.º 9.868/99, para dar efeitos prospectivos à decisão, de modo que somente produza seus efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata deste julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, nomeação e posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo aos serviços públicos essenciais prestados à população. (destacou-se)

Portanto, a modulação dos efeitos não atingiu os elementos do fato gerador da obrigação tributária em tela, ou os critérios da regra-matriz de incidência tributária.

Foram restringidos os efeitos apenas para garantir a continuidade dos serviços públicos, notadamente dos serviços prestados pelos 11.554 servidores contratados sem aprovação em concurso, mas não para fins previdenciários e tributários.

É sabido que "a segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Pretório Excelso valer-se do comando do art. 27 da Lei 9.868/1999 para modular os efeitos de sua decisão, evitando que a sanatória de uma situação de inconstitucionalidade propicie o surgimento de panorama igualmente inconstitucional".

Destarte, se a declaração de inconstitucionalidade envolver "o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social", o STF deve valer-se da norma do art. 27, para restringir, temporalmente, os efeitos de sua decisão.

Valendo-se dessa norma, a Corte Constitucional modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda estadual, para garantir a continuidade dos serviços públicos essenciais à população daquele Estado, em nada interferindo sobre o fato de a recorrente ter realizado, no mundo fenomênico, o fato gerador das contribuições contra si lançadas.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Sara Maria de Almeida Carneiro Silva

Fl. 21 do Acórdão n.º 2202-010.336 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11522.001567/2007-13