



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

Processo nº 15504.018779/2008-81
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.713 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO. SERVIDORES NÃO EFETIVOS
Recorrente SECRETARIA DE DEFESA SOCIAL DE MINAS GERAIS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1998 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DECADÊNCIA. ART. 173, I, DO CTN. Tratando-se de crédito tributário em parte anterior ao Código Civil de 2002, neste ponto não há que se falar em suspensão do prazo decadencial em hipótese alguma. Sendo assim, ainda que tenha havido liminar naquele período, o prazo decadencial deve ser contado sem interrupções, razão pela qual reconhece-se a extinção de parte do crédito tributário em razão da decadência. SERVIDORES NÃO EFETIVOS. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA. 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. 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 EC nº 49/01 tenham sido submetidos a concurso nos moldes da CF/88, razão pela qual entendo pelo descabimento da pretensão.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial por reconhecer a decadência de parte do lançamento com fundamento no artigo 173, I do CTN.

Júlio César Vieira Alves - Presidente

Thiago Taborda Simões - Relator

Participaram deste julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente), Carlos Henrique De Oliveira, Thiago Taborda Simoes, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Ronaldo De Lima Macedo, Lourenco Ferreira Do Prado.

Relatório

Trata-se de auto de infração referente às contribuições sociais previdenciárias dos segurados incidentes sobre a remuneração percebida por servidores da Secretaria de Defesa Social.

Nos termos do Relatório Fiscal de fls. 131/136, as contribuições foram apuradas com base em remunerações pagas ou creditadas a segurados não efetivos (ocupantes de cargos comissionados e servidores designados para exercício de função pública), vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, de conformidade com o art. 40 da Constituição Federal de 1988, na redação dada pela EC nº 20/1998 e artigos 12, I, 'a', 15, I e 28, I, da Lei nº 8.212/91.

De acordo com a fiscalização, foram excluídos do levantamento os casos que envolviam situações específicas onde o servidor, apesar de constar como não efetivo nos arquivos fornecidos, encontrava-se em situação que o excluía do RGPS.

No item 8 do REFISC (fls. 133), a fiscalização demonstrou os levantamentos efetuados, descrevendo de forma analítica cada um deles, dentre os quais observa-se levantamento dos servidores ocupantes de cargo em comissão de recrutamento amplo, servidor com situação funcional igual à função pública, servidores públicos já aposentados pelo RPP de Minas Gerais e ocupantes de cargos em comissão de recrutamento amplo, servidores ocupantes de cargo em comissão de recrutamento não declarados em GFIP, servidores em situação funcional igual a função pública, servidores já aposentados pelo RPP e ocupantes de outro cargo em comissão e, por fim, servidores ocupantes de cargos em comissão de recrutamento amplo e detentores de outro cargo efetivo.

A fiscalização ainda informa (item 10) que no período fiscalizado a Recorrente não declarou em GFIP os servidores não efetivos objeto deste levantamento e não recolhera a contribuição previdenciária na forma indevida.

Não obstante, a autoridade fiscal informou a existência de Mandado de Segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais, cujo objeto é justamente o não recolhimento de contribuições previdenciárias ao RGPS em relação aos servidores não efetivos. De acordo com a fiscalização, a ação à época da lavratura do auto de infração encontrava-se pendente de recursos às instâncias superiores, com acórdão favorável ao INSS.

Intimada da autuação, a Recorrente apresentou impugnação de fls. 142/157, a qual restou julgada improcedente (fls. 195/210), sob os seguintes fundamentos:

i) As preliminares alegadas não tem conteúdo capaz de conduzir à declaração de nulidade do lançamento;

ii) Em análise de prejudicial do mérito, não ocorreu a decadência do direito de lançar pois o prazo decadencial não escoou, uma vez que a liminar deferida em sede judicial proibiu o lançamento do crédito tributário;

iii) No mérito, a Emenda Constitucional n° 20/1998 alterou as regras previdenciárias no sentido de que somente poderia ser instituído Regime Próprio de Previdência aos servidores titulares de cargo efetivo, como estatuído na nova redação do art. 40, caput, da Constituição;

iv) Ainda que a Constituição trate a competência para legislar sobre previdência como sendo concorrente, evidentemente que os Estados e Municípios devem se ater às normas Federais, não podendo contrariá-las;

v) Em relação aos cargos em comissão, embora a Lei Estadual n° 9.380/86 tenha previsto a sua contribuição ao IPSEMG, com a nova redação dada ao art. 40 da Magna Carta a partir da EC n° 20, não restam dúvidas de que aos servidores ocupantes de cargo em comissão aplica-se o RGPS;

vi) No que diz respeito aos servidores ocupantes de função pública, entende-se estarem estes excluídos do Regime Próprio pois a Lei n° 869, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores de Minas Gerais prevê benefício de aposentadoria apenas aos ocupantes de cargo de provimento efetivo. No mesmo sentido é a Lei n 10.254/90 e o Decreto n° 31.930/90;

vii) O Estado de Minas Gerais, através da Emenda Constitucional Estadual n° 49, de 2001, acabou por efetivar vários servidores ocupantes de função pública e, em março de 2002, foi editada Lei Complementar Estadual n° 64 que, na esteira da efetivação dada pela EC n° 49 incluiu no RPPS além do servidor de cargo efetivo aqueles exercentes de função pública;

viii) Aos servidores estáveis mas não efetivos, nos moldes do ADCT, é possível a efetivação no cargo, desde que atendido o parágrafo primeiro do art. 19 do ADCT, que impõe a submissão ao competente concurso público. Assim, analisando-se os elementos do PAF em análise, entende-se que a efetivação concedida a estes funcionários não atenderam ao art. 37, II, da CF e 19, § 1° do ADCT, vez que não comprovada a efetivação de concursos e aprovação;

ix) Ainda que se considerasse a realização de concurso e efetivação dos ocupantes de função pública nos termos dos artigos 105 e 106 da Constituição Estadual, o presente lançamento comporta competências até 12/2006, data anterior à alteração da LC n° 64, efetivada pela LCp n° 100/2007;

x) A Orientação Normativa n° 3/2004 da Secretaria de Previdência Social do Ministério da Previdência considerou que os servidores admitidos no serviço público em data anterior à promulgação da CF/88 podem ser filiados ao RPPS

xi) Indeferiu o pedido de perícia, vez que não atendidos os requisitos do art. 16, IV, *in fine*, e § 1°, do Decreto n° 70.235/72.

Inconformada a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls. 217/231, sob as seguintes alegações:

i) Decaído o direito de lançar, vez que o prazo decadencial não comporta suspensão ainda que por decisão judicial e, portanto, decorridos mais de 5 anos entre os fatos geradores e o lançamento efetivado;

ii) Nulo o lançamento pois ilegal a exigência de ratificação dos dados da folha de pagamentos de seus servidores não efetivos, contidos em CD-ROM supostamente fornecido pela Secretaria de Estado Planejamento e Gestão. A exigência não se enquadra na capitulação feita pelo Fiscal no TIAF;

iii) Necessária a realização de perícia para apuração do valor real do débito lançado;

iv) No mérito, à época do estabelecimento de normas previdenciárias pelo Estado de Minas Gerais, a Constituição Federal não diferenciava claramente a situação do servidor titular de cargo efetivo e não efetivo, apenas se limitando a dispor que lei regulamentaria a aposentadoria em cargos ou empregos temporários;

v) Aplicam-se aos servidores não efetivos os dispositivos da Lei Estadual nº 869/52, do Decreto Estadual nº 31.930/90 e da Lei nº 9380/86, vigentes à época do período em cobrança;

vi) Descabida a tese de que os servidores detentores de função pública não são titulares de cargo efetivo, uma vez que após a EC Estadual nº 49 de 2001 os servidores estaduais detentores de função pública passaram a ter os mesmos direitos inerentes ao exercício do cargo efetivo;

vii) Que a obrigação principal de recolhimento das contribuições pelo Estado de Minas Gerais relativa aos servidores não efetivos inexistente. A Emenda Constitucional nº 33/2001 dispunha que os Estados, o DF e os Municípios poderiam instituir dita contribuição. Assim, não cabem à União os recursos arrecadados pelos Estados no exercício de sua competência tributária previdenciária, já que estes recursos devem se vincular aos seus próprios orçamentos;

Por fim, requer o provimento do recurso.

Os autos foram remetidos ao CARF para julgamento dos recursos de ofício e voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Taborda Simões

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, inclusive o da tempestividade, razão pela qual voto por seu conhecimento.

Preliminares

Descabidas as preliminares de nulidades suscitadas.

Pretende a Recorrente a nulidade da autuação por entender que não poderia a fiscalização exigir da Secretaria de Defesa Social a retificação de dados das folhas de pagamento de seus servidores, contidas em mídia eletrônica fornecida pela SEPLAG, por suposta incompetência.

Ocorre, entretanto, que a postura adotada pela fiscalização nada mais foi do que dar oportunidade à Recorrente de se manifestar acerca de possíveis divergências em relação às remunerações e outros dados constantes das folhas de pagamento.

Tal conduta, ainda que não prevista em lei, não é suficiente à nulidade do lançamento. A Recorrente, ao receber o CD-ROM com as informações concedidas pela SEPLAG, foi instada apenas a se manifestar sobre a veracidade ou não das informações, sendo-lhe facultada a indicação de possíveis erros em relação a servidores, remunerações, admissões, cargos, etc.

Prejudicial do Mérito – Decadência

Pretende a Recorrente o cancelamento do auto de infração por entender estar decaído o direito de lançar vez que esgotado o prazo decadencial.

De acordo com a Recorrente, a liminar concedida ao Estado de Minas Gerais, nos autos do MS nº 1999.38.00.017818-2, em trâmite perante a Justiça Federal de Minas Gerais, não tinha o condão de suspender o prazo para lançamento do crédito tributário, vez que ao prazo decadencial não há que se suspender ou interromper.

Há respaldo em sua alegação.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 207, ao tratar do instituto da decadência em sentido lato, estabelece que somente disposição legal pode prever suspensão ou interrupção de prazo decadencial, sendo regra a impossibilidade desse fenômeno:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

No caso em tela, ainda, a liminar que proibiu o INSS de constituir créditos tributários referentes aos servidores não titulares de cargo efetivo foi concedida em novembro de 1999, data anterior à vigência do novo Código Civil, e revogada em fevereiro de 2007, quando já vigente a norma acima.

Sendo assim, aplicando-se a legislação geral vigente à época dos fatos e tendo em vista que o Código Civil de 1916 sequer fazia menção ao instituto da decadência, necessária a análise da jurisprudência da época acerca da possibilidade ou não de suspensão ou interrupção do prazo decadencial por meio de decisão judicial.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça em julgamentos realizados na vigência do antigo código civil assim decidiu:

*TRIBUTÁRIO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - LANÇAMENTO - **DECADÊNCIA**. 1. O fato gerador faz nascer a obrigação tributária, que se aperfeiçoa com o lançamento, ato pelo qual se constitui o crédito correspondente à obrigação (art. 113 e 142, ambos do CTN). 2. Dispõe a FAZENDA do prazo de cinco anos para exercer o direito de lançar, ou seja, constituir o seu crédito. **3. O prazo para lançar não se sujeita a suspensão ou interrupção, sequer por ordem judicial. 4. A liminar em mandado de segurança pode paralisar a cobrança, mas não o lançamento.** 5. Recurso especial não conhecido.*

(STJ, Resp 119986/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 09/04/2001)

*Tributário. Constituição. Crédito Tributário. Prazo Decadencial. Suspensão Exigibilidade Crédito Tributário por Meio de Concessão de Medida Liminar. Arts. 151, III e 173, I - CTN. Art. 63 – Lei 9430/96. 1. Ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, a Administração tem o prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário. 2. **O prazo de decadência não se interrompe e não se suspende, porquanto o lançamento deverá ser efetuado no interregno estabelecido no art. 173, I, do CTN.** 3. Ocorrência do prazo decadencial. Lei 9430/96. 4. Doutrina e jurisprudência. 5. Recurso improvido.*

(STJ, Resp 106593/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 31/08/1998)

Destarte, entendemos pela impossibilidade de suspensão do prazo decadencial, razão pela qual não há que se falar em início do referido prazo apenas quando da revogação da liminar.

Superada a questão, passa-se à análise do caso em concreto.

A autuação ora em análise se refere a fatos geradores ocorridos entre 12/1998 a 12/2006. Ante isto é questão incontroversa que não houvera pagamento a menor neste período pela Recorrente, razão pela qual cabível aplicação do prazo decadencial na forma do art. 173, I, do Código Tributário Nacional:

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

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (...)

Sendo assim, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado em 29/10/2008, necessário reconhecimento da decadência do direito de lançar no que se refere aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/2003, vez que estes somente poderiam ser constituídos até 01/2008, o que não ocorreu.

No Mérito

Da sujeição dos servidores não efetivos ao Regime Geral da Previdência Social

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 as leis estaduais são suficientes para incluir os servidores não efetivos e aqueles que se tornaram efetivos em razão de emenda à constituição estadual no Regime Próprio do Estado.

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 Emenda Constitucional Estadual nº 49/01 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 EC nº 49/01 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 em análise, 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.

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso voluntário e a ele dou parcial provimento para reconhecer a decadência do crédito nas competências até 01/2003, mantendo o crédito nas competências posteriores, nos termos do voto acima.

É como voto.

Thiago Taborda Simões