



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

Processo nº 35482.000509/2005-84
Recurso nº 241.945 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.665 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2010
Matéria Remuneração de Segurados: Comissionados
Recorrente SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTOS DE MOGI MIRIM - SAAE
Recorrida DRF EM MOGI MIRIM -SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1998

DECADÊNCIA. CARGO EM COMISSÃO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

O servidor municipal ocupante de cargo em comissão está excluído do Regime Geral de Previdência Social, a partir da vigência da Lei Municipal, que os incluiu no Regime Próprio de Previdência do Município até a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, desde que assegurado os benefícios básicos.

Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecimento da decadência de parte do lançamento com base artigo 150, §4º do CTN, vencida a conselheira Bernadete de Oliveira Barros que aplicava o artigo 173, I do CTN e, no mérito, por unanimidade, em excluir os demais valores, nos termos do voto do relator.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES - Presidente.



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator.

Participaram do presente julgamento, os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano González Silvério, Damiano Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de retorno de diligência fiscal solicitado pelo acórdão nº 205-00.251, de minha relatoria, em razão da necessidade dos seguintes esclarecimentos por parte da fiscalização:

"a) a juntada aos autos da Notificação Fiscal anulada pelo CRPS, analisando-a em relação à eventual decadência parcial do débito constituído;

b) pronuncie-se sobre os documentos carreados aos autos às fls. 117/196, conforme determinado no acórdão anterior;

c) por fim, dê vistas ao recorrente de toda a movimentação ocorrida nos autos, a partir do acórdão prolatado pela então 2ª CAJ (fls. 109/113), para que o contribuinte, caso queira, possa se manifestar." (fl. 201)

2. Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo preliminarmente o relatório com o resumo do caso em questão:

"1 Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTOS DE MOGI MIRIM - SAAE contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento de contribuições sociais previdenciárias, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, ocupantes de cargos em comissão.

2 Em suas razões recursais, a empresa alega, em síntese, que:

"- o prazo concedido para apresentação de defesa é exíguo e que não poderia ser inferior a trinta dias, principalmente levando-se em conta a complexidade fática e jurídica que envolve a autuação, mormente frente a brutal quantidade de informações geradas em grande parte através de codificação própria do INSS, por meio de programa informatizado do instituto, implicando inquestionável cerceamento de defesa;

- o período a que se refere à NFLD já foi objeto de fiscalização anterior e que em procedimento administrativo anterior já houve decisão administrativa favorável à recorrente, acarretando violação ao princípio da segurança jurídica;

- os serviços comissionados estavam totalmente desvinculados do INSS, por estarem abrangidos pelo regime previdenciário próprio do Município de Mogi Mirim;

- no tocante aos juros, deve prevalecer o disposto na doutrina e no Código Civil de 1916, onde se estabelece taxa de 6% ao ano;

- a multa monetária deve obedecer ao disposto art. 40, I, da Lei 8.620/93, ou seja, 10% do valor corrigido e nada mais; e

- que já se passaram mais de cinco anos para a constituição do crédito tributário, o que causa a decadência, causa extintiva para a sua cobrança, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional – CTN." (fl. 109)

3. Em assentada anterior, a então 2ª CAJ – Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social resolveu converter o julgamento do recurso em diligência para que o fisco carresse aos autos cópia da legislação municipal atinente ao regime próprio de previdência. No mesmo acórdão foi determinado que o fisco, após a juntada da documentação, se manifestasse sobre o resultado da diligência, bem como cientificasse o contribuinte da movimentação processual ocorrida. (109/112)

4. O resultado da diligência foi colacionado às fls. 115/197 sem que, contudo, haja comprovante nos autos da cientificação do contribuinte. Não consta, também, a manifestação do fisco sobre as cópias da legislação municipal, o que deveria anteceder à própria comunicação a recorrente.

É o relatório." (fl. 200)

3. Diante da decisão deste Colegiado em converter o julgamento em diligência, foram colacionados nos autos pela autoridade administrativa os documentos de fls. 205 a 218 juntamente com a manifestação fiscal (fl. 219/222).

4. Após informação fiscal complementar, foram concedidas vistas ao contribuinte, no entanto, o qual não se manifestou, sendo os autos encaminhados a este Conselho para o prosseguimento regular do feito.



Voto

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Relator

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Considerando que os pressupostos de admissibilidade já foram analisados em assentada anterior pela Segunda Câmara de Julgamento (CAJ), passo à análise das questões preliminares.

DECADÊNCIA

2. Inicialmente, é importante que seja feita a análise da decadência dos créditos tributários constituídos segundo o prazo quinquenal previsto nos termos do Código Tributário Nacional.

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

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

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

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

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

É como voto

Súmula Vinculante nº 08

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



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

"Art 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei "

5. Ainda sobre o assunto, Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

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

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

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

(...)"

6. Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

7. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplica ao caso concreto.

8. Compulsando os autos, depreende-se da manifestação fiscal de fls. 219/222 que o auditor fiscal concluiu pela regra do artigo 150, §4º, do CTN, bem como utilizou como referência a data da primeira notificação fiscal para tal cálculo, qual seja 13 (treze) de setembro de 2002. Posicionamento que também adoto por considerar que o contribuinte recolheu parte do crédito incidente sobre a totalidade da folha salarial, conforme disposto no documento de fl. 213.



9. Assim, uma vez cientificado o recorrente do lançamento fiscal em 13/09/2002, referente às contribuições do período de 01/01/1996 a 31/12/1998, ficam alcançadas pela decadência quinquenal as competências até 8/1997, restando mantido o período de 1/9/1997 a 31/12/1998.

10. Em razão do exposto, acato a preliminar de decadência **parcial** dos débitos fiscais e passo a enfrentar as demais questões recursais.

DO LANÇAMENTO FISCAL - CARGO EM COMISSÃO

11. No mérito, o contribuinte alega que a decisão atacada deve ser reformada tendo em vista que os ocupantes de cargo em comissão já eram vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social, não ensejando, portanto, o recolhimento de contribuições.

12. E no meu sentir, tem razão o recorrente em sua alegação, até porque segundo consta dos autos o fisco se posicionou, em resposta a diligência requerida 2ª CAJ, no sentido de que o Regime Próprio de Previdência Social concedido pelo Executivo Municipal de Mogi-Mirim era extensivo à Autarquia do S.A.A.E., incluindo os servidores comissionados. Eis o teor do disposto nas fls. 221:

"De conformidade com a legislação anexada acima entendo que no período do débito, de 1996 a 1998, o Executivo Municipal de Mogi-Mirim concebia o Regime Próprio de Previdência Social e que o mesmo era extensivo à Autarquia do S A A E , abrangendo inclusive os comissionados " (fl 221)

13. Nesse sentido, tem-se que a legislação municipal vigente à época disciplinava os ocupantes de cargos em comissão, inclusive disponibilizando benefícios, tais como aposentadoria e pensão, fato esse que afasta a incidência do Regime Geral de Previdência Social até 15 (quinze) de dezembro de 1998, período final das rubricas lançadas no presente caso.

14. É dizer: o servidor municipal ocupante de cargo em comissão está excluído do Regime Geral de Previdência Social, a partir da vigência da Lei Municipal, que os incluiu no Regime Próprio de Previdência do Município até a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, desde que assegurado os benefícios básicos.

15. O Parecer MPAS/ CJ nº 2.955/2003 enfrentou a questão e concluiu no mesmo sentido:

"EMENTA. O DIREITO A REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL PARA OS SERVIDORES MUNICIPAIS NÃO COMISSIONADOS É DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. São auto-aplicáveis os dispositivos da Lei Orgânica do Município que instituir regime próprio de previdência para seus servidores, quando já traçado o perfil de seu plano de benefícios. Previsão de aposentadorias e pensões como requisito mínimo à época para existência do regime próprio de previdência do Município.

()

12. Nos casos em que a constituição do Município já estipula claramente um regime próprio de previdência para seus servidores... a norma constante de sua Lei Orgânica é de



caráter autoaplicável, sendo despicienda edição de legislação infra-constitucional para a validade desse sistema.

13. *E como para configuração de regime próprio de previdência é bastante à época a previsão de aposentadoria e pensão por morte, não há óbice jurídico algum que inviabilize esta assertiva.*

14. *Se tais parâmetros mínimos já estavam cabalmente traçados, independe que seja o regime próprio instituído pela Lei Orgânica do Município ou por uma lei que lhe seja inferior. E é ressabido que havendo um plano básico de benefícios, assegurados de aposentadoria e pensão, criado estava o regime, e, por conseguinte, afastada a incidência do RGPS.*

(...)

20. *Embora olhos desavisados não percebam, tal sistemática é fruto do preceito constitucional contido no art. 40 da Constituição de 1988 agora transcrito:*

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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

21. *Não é apenas um dever do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios, assegurarem a criação do Regime de Previdência de seus servidores, com a responsabilidade que o caráter contributivo e o controle do equilíbrio financeiro e atuarial lhe proporcionam. Como se disse, não é apenas um dever, é um direito do servidor.*

23. *Aqui se chega ao ponto fulcral da questão trazida pela consulente. Instituído o regime próprio de previdência do Município, não se há falar em contribuição devida ao RGPS. Nem sequer a transferência de quaisquer benefícios concedidos para o INSS (...)" [g.n]*

16. Nessa esteira, cumpre destacar ainda que a interpretação que ora se dá aos artigos 12 e 13, respectivamente, das Lei nºs. 8.213/91 e 8.212/91, no sentido de que a partir da lei municipal criadora do regime próprio é que se opera a exclusão dos servidores do regime geral de previdência social, encontra aceitação pacífica na jurisprudência conforme ementas transcritas a seguir:

"EMENTA: Tributário. Mandado de Segurança. Contribuições previdenciárias. Regime próprio. Regular funcionamento do instituto municipal de previdência. Ocupante de cargos efetivos



e em comissão. Contratados por prazo determinado. Titulares de Mandato Eletivo. Superviniência da emenda constitucional Nº 20/98 LEI Nº 9 717/98. PORTARIAS MPAS NºS 4 882/98, 4 883/98 E 4 992/99. Constitucionalidade.

1. Restou demonstrado que o impetrante adotou um regime previdenciário próprio distinto daquele gerido pelo INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, estando a Entidade Municipal incumbida da operacionalização do sistema em pleno funcionamento, a ele ficando vinculados os servidores efetivos e os ocupantes de cargos em comissão.

2. Quando a Lei Municipal nº 687/93 criou o Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cabedelo - IPSEMC e a Lei Municipal nº 808/95 estabeleceu que seriam segurados do referido instituto os servidores municipais efetivos, ativos e inativos, da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, os ocupantes de cargos em comissão e seus dependentes, ainda não havia sido editada a Emenda constitucional nº 20/98, mas, após o seu advento impõe-se a adequação das normas municipais ao novo contexto jurídico, com a pertinente compensação das contribuições.

(...)

5. Apelação e remessa oficial tida como interposta parcialmente providas.” (TRF 5ª Região, AMS 050005576490, 2ª Turma Rel. Des. Fed. Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ de 18/10/2002).

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MUNICÍPIO. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA.

Garantidos os direitos básicos do trabalhador, a pensão por morte e implementada a aposentadoria, pela edição da Lei Complementar nº 001/90, e o Regime Jurídico Único Municipal, deve ser reconhecida a existência de regime próprio de previdência, e por conseguinte, indevidas as contribuições exigidas em função da subsunção ao regime geral da previdência” (TRF 4ª Região, AC 199804010487960, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Eloy Bernst Justo, DJ de 07/01/2001).

17. A propósito, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF já se pronunciou sobre a matéria no mesmo sentido:

“SERVIDOR NÃO ABRANGIDO POR REGIME PRÓPRIO. O servidor ocupante de cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, é segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social, senão for filiado a Regime Próprio de Previdência até 15/12/1998, e a partir de 16 de dezembro de 1998, será obrigatoriamente filiado ao

Regime Geral.” (Acórdão nº 205-00.470, recurso nº 141.994,
Relatora Liege Lacroix Thomasi)

18. E no caso concreto, restou válida a legislação previdenciária municipal para assegurar os direitos básicos ao trabalhador no período em que a fiscalização tributária efetuou a cobrança, o que implica na insubsistência do lançamento.

19. Portanto, dou provimento total ao recurso voluntário do contribuinte para excluir o débito fiscal lançado.

CONCLUSÃO

20. Ante ao exposto, voto por dar PROVIMENTO TOTAL ao recurso voluntário para afastar do lançamento fiscal o crédito tributário em sua totalidade.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 2010



DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator