



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

Processo nº 10830.727762/2014-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-004.720 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de outubro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente STEFANINI CONSULTORIA E ASSESSORIA EM INFORMATICA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2011 a 31/12/2011

AÇÃO JUDICIAL COM MESMO OBJETO. CONCOMITÂNCIA.
RENÚNCIA À ESFERA ADMINISTRATIVA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois da instauração do processo administrativo fiscal, com o mesmo objeto deste, cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da controvertida no processo judicial. Súmula CARF nº 01

DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA NO CURSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. EFEITOS.

Deve ser cancelado lançamento do crédito tributário em cumprimento à decisão (transitada em julgado) proferida em ação judicial movida pela contribuinte que, no curso do processo administrativo, reconheceu ser ilegal a apuração do crédito tributário de contribuições previdenciárias com base em regime sob o qual a contribuinte não mais se submetia por força de determinação legal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, em razão da concomitância de instâncias administrativa e judicial.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Dione Jesabel Wasilewski, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Daniel Melo Mendes Bezerra, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário de fls.259/269, interposto contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto/SP, de fls. 242/254, a qual julgou procedente o lançamento de contribuições previdenciárias devidas pela empresa (cota patronal) incidentes sobre o décimo terceiro salário, não declarado em GFIP, conforme DEBCAD nº 51.072.727-1 (fls. 3/8) lavrado em 14/1/2015, com ciência do RECORRENTE em 20/1/2015, conforme AR de fls. 157.

O DEBCAD nº 51.072.727-1 foi lavrado em relação à competência 13/2011, em relação a parte do 13º salário pago, especificamente sobre 11/12 avos da gratificação natalina (Levantamento 08 – 13 SALARIO SEM DEPOSITO), com fundamento legal no art. 22, inciso I da Lei nº 8.212/1991, no valor global histórico de R\$ 150.167,53 (cento e cinquenta mil cento e sessenta e sete reais e cinquenta e três centavos), já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício de 75%.

Destaca-se que a controvérsia de mérito do presente lançamento refere-se à sistemática de tributação do 13º salário pela contribuição previdenciária (base de cálculo e alíquota). É que a RECORRENTE, por ser empresa de TI (Tecnologia da Informação), teve a sistemática de tributação das contribuições previdenciárias alterada em decorrência da MP 540/2011, convertida na Lei nº 12.546/2011. Assim, a partir de 1/12/2011, o novo regime passou a prever o recolhimento das contribuições previdenciárias na alíquota de 2,5% sobre a receita bruta em substituição à sistemática da tributação sobre a folha (art. 22, incisos I e III da Lei nº 8.212/91).

Ato contínuo, a RFB editou o Ato Declaratório Interpretativo nº 42, de 15/12/2011, determinando que, em relação ao 13º salário, a nova sistemática de tributação (2,5% sobre a receita bruta) somente incidisse sobre a parcela proporcional a 01/12 (um doze avos), justamente aquela relativa à competência de 12/2011. Consequentemente, sobre a parcela representativa dos 11/12 (onze doze avos) restantes do 13º salário de 2011, deveria ser calculada a contribuição previdenciária com base no regime antigo sobre a folha de pagamento (art. 22, incisos I e III da Lei nº 8.212/91).

Nos termos do Relatório Fiscal (fls. 11/32), a autoridade fiscal esclareceu que o lançamento foi efetuado visando prevenir a decadência de créditos previdenciários que estão sendo questionados judicialmente pela RECORRENTE. Assim, o processo administrativo ficaria suspenso aguardando a decisão judicial final.

Ainda de acordo com a fiscalização, foram feitos diversos levantamentos e os DEBCADs lavrados foram distribuído em diferentes processos (conforme tabela de fls. 12/14)

a fim de englobar situação peculiar de cada um (diferentes processos judiciais, o objeto de cada um deles, a destinação da contribuição, etc.). Ressalto importante observar o fato de a fiscalização ter realizado Levantamentos distintos para apurar os créditos para os quais houve o efetivo e regular depósito judicial, assim como para apurar os créditos sem depósito judicial.

De acordo com o item 3.2.2 do Relatório Fiscal, a empresa RECORRENTE ingressou com ação judicial, conforme autos do processo nº 0000010-23.2012.4.03.6105, perante a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Campinas – SP, pois entende não ser devido o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a título da contribuição natalina (13º salário), nos moldes determinados pela Ato Declaratório Interpretativo nº 42.

Nos autos dessa ação judicial, a RECORRENTE efetuou o depósito das contribuições (cota patronal) incidentes sobre o 11/12 (onze doze avos) do 13º salário. A RECORRENTE não declarou em GFIP as contribuições previdenciárias sobre as quais discute, judicialmente, a legalidade de sua cobrança. Assim, conforme já exposto, as contribuições objeto do presente caso não foram recolhidas nem depositadas em juízo, pelo qual foi realizado o lançamento com o intuito de prevenir a decadência.

De acordo com o Relatório Fiscal, o Levantamento 08, que embasa o presente processo, tem por objeto verbas sem o regular depósito judicial. Assim, o lançamento deste processo tem por objeto obrigações principais (cota patronal) incidente sobre a parte do 13º Salário para a qual não houve depósito judicial.

Isto porque, segundo a fiscalização, a empresa adotou como base de cálculo para o depósito judicial o montante inferior ao efetivamente devido, conforme demonstram os anexos I e II do relatório fiscal (fls. 37/38).

No Anexo I, a fiscalização aponta, para cada estabelecimento, o valor do 13º salário pago e o correspondente a “base 11/12” desse valor, a fim de apurar a base de cálculo sobre a qual deveria incidir a contribuição previdenciária. Com isso, identificou que o valor do depósito judicial realizado (R\$ 2.544.578,95) não foi correspondente ao da “base 11/12” apurada (o valor depositado foi correspondente a uma base de R\$ 12.722.894,75 ao passo que a “base 11/12” apurada foi de R\$ 12.968.975,19).

Assim, no Anexo II, a autoridade lançadora demonstra como fez o rateio relativo ao depósito judicial e o alocou de forma proporcional a cada estabelecimento da RECORRENTE, de modo a apurar a diferença do valor do crédito tributário sem depósito judicial (diferenças entre o valor depositado em juízo e aquele que deveria ter sido depositado, relativo a cada estabelecimento, após o rateio).

Por esta razão foi efetuado o presente lançamento, para a cobrança do valor do crédito tributário remanescente, que deixou de ser depositado em juízo.

Seguem abaixo as tabelas dos Anexos I e II:

Processo nº 10830.727762/2014-41
Acórdão nº 2201-004.720

S2-C2T1
Fl. 357

Planilha - Item 4 do Termo de Início de Procedimento Fiscal						
Número do processo: 0000010-23.2012.403.6105						
Local em que foi ajuizado: 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Campinas - SP						
Objeto da ação: Trata-se de ação mandamental Impetrado pela Stefanini objetivando o reconhecimento do direito da Impetrante à inexistência de recolhimento do valor relativo à contribuição previdenciária a cargo da empresa, que trata o inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, sobre o valor do 13º salário, com vencimento em 20 de dezembro de 2011, ao fundamento da ilegalidade do Ato Declaratório nº 42 de 15/12/2011, tendo em vista as disposições contidas na Lei nº 12.546/2011.						
Depósito Judicial: Sim - Caixa Econômica Federal - Agência: 2554 - Conta: 00022892-2 - Campinas						
Competência	Estabelecimento/CNPJ	Documento comprobatório do depósito	Base de Cálculo	BASE 11/12	Data do depósito	Valor do depósito
dez/11	58.069360/0001-20	comprovante de depósito	12.722.894,75		23/12/2011	R\$ 2.544.578,95
	58.069360/0001-20	Análítico GPS	7.766.374,48	7.119.176,61		
	58.069360/0005-53	Análítico GPS	369.940,52	339.112,14		
	58.069360/0006-34	Análítico GPS	101.657,07	93.185,65		
	58.069360/0008-04	Análítico GPS	535.115,00	490.522,08		
	58.069360/0010-10	Análítico GPS	573.388,10	525.605,76		
	58.069360/0011-00	Análítico GPS	172.952,59	158.539,87		
	58.069360/0013-63	Análítico GPS	1.821.981,21	1.670.149,44		
	58.069360/0014-44	Análítico GPS	1.971,55	1.807,26		
	58.069360/0015-25	Análítico GPS	1.235.714,14	1.132.737,96		
	58.069360/0016-06	Análítico GPS	1.441.329,14	1.321.218,38		
	58.069360/0019-59	Análítico GPS	127.549,14	116.920,04		
Base Integral			14.147.972,93			
Base 11/12			12.968.975,19			

Estabelecimento	Competência	Base de Cálculo	Base de Cálculo 11/12	Contribuição Devida (20%)	Data do depósito judicial	Valor do depósito judicial após rateio	Contribuição sem depósito judicial e sem recolhimento
A	B	C	D	E	F	G = E / Total x Total	H = E - G
58.069360/0001-20	201113	7.766.374,48	7.119.176,61	1.423.895,32	23/12/2011	1.383.125,74	40.769,58
58.069360/0005-53	201113	369.940,52	339.112,14	67.822,43	23/12/2011	65.883,29	1.939,14
58.069360/0006-34	201113	101.657,07	93.185,65	18.637,13	23/12/2011	18.104,27	532,86
58.069360/0008-04	201113	535.115,00	490.522,08	98.104,42	23/12/2011	95.299,47	2.804,95
58.069360/0010-10	201113	573.388,10	525.605,76	105.121,15	23/12/2011	102.115,58	3.005,57
58.069360/0011-00	201113	172.952,59	158.539,87	31.707,97	23/12/2011	30.801,39	906,58
58.069360/0013-63	201113	1.821.981,21	1.670.149,44	334.029,89	23/12/2011	324.479,48	9.550,41
58.069360/0014-44	201113	1.971,55	1.807,26	361,45	23/12/2011	351,12	10,33
58.069360/0015-25	201113	1.235.714,14	1.132.737,96	226.547,59	23/12/2011	220.070,26	6.477,33
58.069360/0016-06	201113	1.441.329,14	1.321.218,38	264.243,68	23/12/2011	256.688,56	7.555,12
58.069360/0019-59	201113	127.549,14	116.920,05	23.384,01	23/12/2011	22.715,41	668,60
TOTAL		14.147.972,94	12.968.975,19	2.593.795,04		2.519.634,57	74.160,47

Da Impugnação

A RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 161/170, em 14/2/2015. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ em Ribeirão Preto/SP, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho acerca das alegações do Impugnante para compor parte do presente relatório:

"I. PRELIMINARMENTE

1.1 DO AUTO DE INFRAÇÃO

1) Conforme está disposto na letra "b" do subitem 3.2.2 do relatório fiscal, a Impugnante ajuizou mandado de segurança nº 0000010-23.2012.403.6105, com o objetivo de que fosse reconhecido o seu direito líquido e certo de não ser obrigada ao recolhimento do valor da contribuição previdenciária a cargo da empresa, de que trata o inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212/91, sobre o valor do 13º salário, que venceu em 20 de dezembro de 2011, em especial sobre 11/12 (onze doze avos) do 13º salário, conforme pretende a Receita Federal do Brasil em face do previsto no art. 2º da ADI RFB nº 42, e que seja declarada a ilegalidade do previsto neste artigo. No momento,

o referido mandado de segurança está na Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça para que seja julgado o Recurso Especial interposto pela Impugnante.

1.2 DO DEPÓSITO JUDICIAL DO MONTANTE INTEGRAL DO PRESENTE LANÇAMENTO

2) Importa ressaltar que foi realizado na ação mandamental no. 0000010-23.2012.403.6105, em que também está sendo discutido o objeto do presente lançamento, o depósito judicial do montante integral do presente lançamento no valor atualizado até 02/2015 de R\$ 150.204,62, que inclui o montante principal, os juros e multa de ofício. Assim sendo, com o depósito judicial do montante integral do presente lançamento, por força do inciso II do artigo 151 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário do presente lançamento está com a exigibilidade suspensa.

3) Dessa forma, encontrando-se o presente crédito tributário amparado pela suspensão da exigibilidade, está também suspensa a sua cobrança até ser proferida decisão final no já mencionado mandado de segurança nº 0000010-23.2012.403.6105, motivo pelo qual deve o presente lançamento ser cancelado.

II. DOS FATOS

4) A impugnante é uma empresa de Tecnologia da Informação (TI) que executa, entre outros, serviços de desenvolvimento e implantação de programas de computador, conforme se constata no art. 4º do Estatuto Social.

5) Em 15 de dezembro de 2011 foi publicado a Lei nº 12.546, resultado da conversão da Medida Provisória nº 540, que alterou a sistemática de tributação de empresas que prestam serviços exclusivamente de Tecnologia da Informação (TI). Transcreve o artigo 7º. da citada lei.

6) Segundo a Lei nº 12.546/2011, resultado da conversão da Medida Provisória nº 540, já a partir de 1º de dezembro de 2011 (art. 52, § 2º), essas empresas deverão adotar o novo regime substitutivo de recolhimento da contribuição patronal, e dessa forma, a partir de 1º de dezembro de 2011, as contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91 são substituídas pela contribuição incidente sobre a receita bruta à alíquota de 2,5%.

7) No entanto, em 16 de dezembro de 2011 foi publicado no Diário Oficial da União o Ato Declaratório Interpretativo nº 42, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que criou uma regra de proporcionalidade inexistente na lei, pelo qual o benefício instituído seria aplicável apenas a 1/12 (um doze avos) da cota patronal do décimo terceiro salário.

8) *Em seu artigo 1º está disposto que a contribuição previdenciária não incidirá sobre o valor de 1/12 (um doze avos) do 13º salário referente à competência de dezembro de 2011, e em seu art. 2º declara que as empresas do setor de Tecnologia da Informação (TI) deverão recolher a contribuição previdenciária sobre 11/12 (onze doze avos) do 13º salário de seus funcionários, apesar de já estar em vigor a nova sistemática de tributação prevista na Lei nº 12.546/2011, que prevê que substituição das contribuições previstas nos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91 pela contribuição incidente sobre a receita bruta à alíquota de 2,5%.*

9) *Constata-se que a interpretação da RFB contraria a lei e a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que afirmam categoricamente que o fato gerador da contribuição para o décimo terceiro salário ocorre no mês de dezembro de cada ano. Essa interpretação da jurisprudência é fácil de ser entendida. Somente em dezembro, momento no qual há pagamento de tais montantes aos empregados, ocorre a definição do montante do 13º salário a ser pago, e portanto, somente em dezembro, se tem a definição da base de cálculo e, portanto, do quanto devido ao título de tributo, não podendo se falar em existência de obrigação tributária anterior a dezembro, sem esta ser ao menos mensurável ou exigível.*

10) *Dessa forma o artigo 2º do Ato Declaratório Interpretativo nº 42 da Secretaria da Receita Federal do Brasil pretende alterar a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário e alterar o previsto na Lei nº 12.546.*

III. DO DIREITO

11) *Transcreve os artigos 1º e 2º do Ato Declaratório Interpretativo nº 42 da Secretaria da Receita Federal do Brasil. A impugnante considera ocorrido mês a mês o fato gerador da contribuição previdenciária incidente sobre o décimo terceiro salário, pois determina a incidência de 20% de contribuição previdenciária sobre 11/12 (onze doze avos) do 13º salário dos empregados dos contribuintes, criando uma regra de proporcionalidade inexistente na lei, pela qual o benefício foi instituído pela Lei nº 12.546/2011 em seu art. 7º.*

12) *Transcreve os §§ 1º e 2º do artigo 1º da Lei nº 4.090/62 que instituiu a gratificação de natal para os trabalhadores. A Lei nº 4.090/62, alterada pela Lei nº 4.749/65 foi regulamentada pelo Decreto nº 57.155/65, e em seu artigo 1º está disposto que "pagamento da gratificação salarial, instituída pela Lei nº 4.090/62, com as alterações constantes da Lei nº 4.749/65, será efetuado pelo empregador até o dia 20 de dezembro de cada ano, tomando-se por base a remuneração devida nesse mês de acordo com o tempo de serviço do empregado no ano em curso."*

13) O § 1º do art. 113 do CTN dispõe que a "obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente." No art. 114 do CTN dispõe que o "fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência." Assim sendo, a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador sendo disciplinada pela Lei então vigente, que, no caso em tela, tem-se que o fato gerador da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário é o efetivo recebimento da integralidade da gratificação natalina pelo empregado, que ocorre em dezembro, conforme o disposto no artigo 1º da Lei nº 4.090/62 e do artigo 1º do Decreto nº 57.155/65, já que é irrelevante a circunstância de que a aquisição do direito ao décimo terceiro salário dê-se ao longo do ano, a cada mês ou fração superior a 15 dias (§§ 1º e 2º da Lei nº 4.090/62, e art. 1º do Decreto nº 57.155/65).

14) Ademais, o § 6º, do artigo 214, do Decreto nº 3.048/99, dispõe que a contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário, que integra o salário-de contribuição, é devida quando do pagamento de sua última parcela, ou seja, o dia 20 do mês de dezembro, nos termos do artigo 1º do Decreto nº 57.155/65. No § 1º, XIII, do art. 216, do Decreto nº 3.048/99, está disposto que "a contribuição do segurado incidente sobre o valor bruto da gratificação natalina - décimo terceiro salário - é devida quando do pagamento ou crédito da última parcela e deverá ser calculado em separado, observado o § 7º. do artigo 214, e recolhida, juntamente com a contribuição a cargo da empresa, até o dia vinte do mês de dezembro, antecipando-se o vencimento para o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário no dia vinte. "

15) Ou seja, tem-se que o fato gerador da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário é o efetivo recebimento da integralidade da gratificação natalina pelo empregado, que ocorre em dezembro. Este entendimento é pacífico no Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Cita julgados.

16) Dessa forma, resta claro que a contribuição previdenciária deve incidir sobre a integralidade do décimo terceiro salário pago ao empregado, e conforme o Relator, Ministro Teori Albino Zavascki, fundamenta seu voto no REsp nº 462.986/RS, a "regra é aplicável à gratificação natalina, sendo irrelevante, para esse fim, que a aquisição do direito à referida verba dê-se ao longo do ano, a cada mês ou fração superior a 15 dias" (§§ 1º e 2º da Lei nº 4.090/62 e parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 57.155/65).

17) Contudo, segundo o artigo 7º da MP nº 540/2011 e da Lei nº 12.546/2011, já a partir de 1º de dezembro de 2011 as empresas que prestam serviços de Tecnologia da Informação, que é o caso da impugnante, devem adotar o novo regime substitutivo de recolhimento da contribuição patronal, ou seja,

não há incidência da contribuição previdenciária sobre fatos gerados ocorridos em dezembro, previstos nos termos dos incisos I e III do art. 22 da Lei nº 8.212/91, o que inclui o 13º salário, pois esta contribuição já foi substituída pela contribuição incidente sobre a receita bruta à alíquota de 2,5%.

18) Diante de todo o exposto, constata-se que o art. 2º do Ato Declaratório Interpretativo nº 42 da Secretaria da Receita Federal do Brasil manifesta entendimento da RFB ilegal, pois determina a incidência da contribuição previdenciária sobre "o saldo do valor do décimo terceiro salário relativo às competências anteriores a dezembro de 2011", na forma do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, alterando a ocorrência do fato gerador da referida contribuição em afronta ao § 1º do art. 113 e o art. 114, ambos do CTN, bem como aos §§ 1º e 2º da Lei nº 4.090/62 e parágrafo único do art. 1º do Decreto nº 57.155/65, contrariando a jurisprudência pacificada nas duas turmas de direito público do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual o presente lançamento deve ser cancelado.

19) Postula pelo integral provimento da Impugnação, cancelando-se o presente lançamento pelos motivos expostos acima, ou caso este não for o entendimento deste órgão julgador, que seja suspenso o presente processo administrativo até que seja proferido decisão final no mandado de segurança nº 000001023.2012.403.6105, conforme determina a Autoridade Fiscal no subitem 1.2 do Relatório Fiscal.

Da Decisão da DRJ

A DRJ de origem julgou totalmente procedente o lançamento, conforme acórdão de fls. 242/254, com a seguinte ementa:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/12/2011 a 31/12/2011

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL.
RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.**

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em vigor, posto que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

LANÇAMENTO. DISCUSSÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A discussão judicial em relação a determinadas rubricas, com a suspensão da exigibilidade pelo depósito judicial, não impede

o ato administrativo de lançamento, salvante comando judicial específico neste sentido, de forma a obstar os procedimentos de cobrança material do valor lançado.

LANÇAMENTO. CONCOMITÂNCIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO COM O PROCESSO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Na concomitância entre o processo judicial e o processo administrativo, a identidade de objeto entre eles impede que se instaure o contencioso administrativo em relação ao segundo, havendo renúncia a esta faculdade pelo contribuinte. Inteligência do princípio da unidade de jurisdição.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Frente à Impugnação do contribuinte, a DRJ de origem estabeleceu, de logo, que a RECORRENTE não impugnou certos aspectos do lançamento, quais sejam a composição da base de cálculo, a incidência de juros e acréscimos legais, a origem dos fatos geradores (GFIP e folha de pagamento) e alíquotas aplicáveis.

No que se refere à matéria impugnada, a DRJ em Ribeirão Preto/SP esclareceu não ser de competência dos órgãos administrativos inferir a constitucionalidade de qualquer norma, vez que a competência para esse tipo de declaração é do Supremo Tribunal Federal – STF, nos termos do art. 102, I, a, da Constituição Federal c/c art. 26-A do Decreto nº 70.235/72.

Ainda, constatou existirem três processos judiciais individuais em trâmite manejados pela Impugnante nos quais são discutidos a legalidade da cobrança das referidas contribuições sociais. Neste ponto, entendeu:

(i) que restou prejudicado o questionamento sobre a suspensão da exigibilidade do crédito por meio da ação judicial, tendo em vista que a Impugnação Administrativa já possui esse efeito, não havendo porque tecer ponderações acerca de tal ponto; e

(ii) haver identidade de objeto entre o instrumento de impugnação e a ação judicial cuja petição inicial se encontra às fls. 195/205, de forma que os questionamentos formulados pelo sujeito passivo na esfera judicial acerca da incidência ou não de contribuições previdenciárias afastam a exigência de pronunciamento administrativo acerca delas, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/91, que consagram o princípio da unidade de jurisdição, expressamente disposto na Súmula CARF nº 1.

Deu-se improcedência, diante disso, à Impugnação do Recorrente e manutenção dos créditos previdenciários constituídos por meio do AI DEBCAD nº 51.072.727-1.

Do Recurso Voluntário e de Ofício

A RECORRENTE, devidamente intimada da decisão da DRJ em 02/06/2015, conforme AR de fl. 256, apresentou Recurso voluntário de fls. 259/269, datado de 02/07/2015.

Em suas razões de recurso, o RECORRENTE reiterou os argumentos da Impugnação.

Este recurso voluntário compôs lote, sorteado para este relator, em Sessão Pública.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

De logo, faz-se necessário esclarecer que, em seu recurso, a RECORRENTE se limita a transcrever as razões apresentadas na impugnação, dentre as quais não se encontra a defesa dos motivos adotados pela DRJ para manter o lançamento do crédito ora discutido, qual seja a identidade de objeto do processo administrativo e da ação judicial nº 0000010-23.2012.403.6105 (Resp nº 1515269/SP). Ao contrário: a contribuinte reafirma que “*ajuizou mandado de segurança (...) com o objetivo de que fosse reconhecido o seu direito líquido e certo de não ser obrigada ao recolhimento do valor da contribuição previdenciária a cargo da empresa, de que trata o inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, sobre o 13º salário, que venceu em 20 de dezembro de 2011, em especial sobre 11/12 (onze doze avos) do 13º salário, conforme pretende a Receita Federal do Brasil em face do previsto no art. 2º da ADI RFB nº 42, e que seja declarada a ilegalidade do previsto neste artigo*”.

Trata-se, pois, de ação que possui o mesmo objeto do lançamento.

A decisão prolatada pela DRJ de piso se posicionou pelo indeferimento da Impugnação da ora RECORRENTE, visto que entendeu o direito de discussão administrativa da matéria impugnada teria sido tacitamente renunciado pela discussão do lançamento em trâmite na via judicial, nos termos do que dispõe a Súmula CARF nº 01. Veja-se.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Sobre os efeitos da renúncia, disciplina o Parecer Normativo Cosit nº 7/2014:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ementa: CONCOMITÂNCIA ENTRE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL COM O

MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DO PROCESSO JUDICIAL. RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. DESISTÊNCIA DO RECURSO ACASO INTERPOSTO.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A decisão judicial transitada em julgado, ainda que posterior ao término do contencioso administrativo, prevalece sobre a decisão administrativa, mesmo quando aquela tenha sido desfavorável ao contribuinte e esta lhe tenha sido favorável. (grifos acrescidos)

A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

É irrelevante que o processo judicial tenha sido extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 267 do CPC, pois a renúncia às instâncias administrativas, em decorrência da opção pela via judicial, é insuscetível de retratação.

A definitividade da renúncia às instâncias administrativas independe de o recurso administrativo ter sido interposto antes ou após o ajuizamento da ação.

Dispositivos Legais: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), art. 145, c/c art. 149, art. 151, incisos II, IV e V; Decretos nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, art. 20, § 3º; Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, arts. 16, 28 e 62; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), arts. 219, 267, 268, 269 e 301, § 2º; Decretos nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, art. 1º; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 38; Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV; Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 53; Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, art. 22; Portaria CARF nº 52, de 21 de dezembro de 2010; Portaria MF nº 341, de 12 de julho de 2011, art. 26; art. 77 da IN RFB nº 1.300, de 20 de novembro de 2012. e processo nº 10166.721006/201316

Significa dizer que a subsunção ao Poder Judiciário da matéria controvertida nos autos importa em renúncia irretratável à lide no âmbito da administração federal, independentemente de eventual decisão tomada no processo administrativo fiscal que tivesse sido mais favorável ao administrado. Aplica-se, no caso, o §5º do artigo 78 do Anexo II do RICARF:

§5º Se a desistência do sujeito passivo for total, ainda que haja decisão favorável a ele com recurso pendente de julgamento, os autos deverão ser encaminhados à unidade de origem para procedimentos de cobrança, tornando-se insubsistentes todas as decisões que lhe forem favoráveis.

Diante disso, resta clara a impossibilidade de existência concomitante de ação judicial e de processo administrativo fiscal que discutam o mesmo objeto, posto que significaria grave violação ao princípio da una jurisdição.

Analisando a cópia da petição inicial da ação mandamental nº 0000010-23.2012.4.03.6105, de fls. fls. 195/205, infere-se que se trata de processo judicial que discute o mesmo tema do presente processo administrativo, conforme exemplificado pelo enxerto abaixo (fl. 205):

Atribui-se ao presente o valor de R\$ 2.822.829,62 (dois milhões oitocentos e vinte e dois mil e oitocentos e vinte e nove reais e sessenta e dois centavos), uma vez que este é o valor da contribuição previdenciária a cargo da empresa, de que trata o inciso I do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, incidente sobre 11/12 (onze doze avos) do 13º salário, vencida em 20 de dezembro de 2011.

Tanto que a RECORRENTE, ao reconhecer que o depósito judicial foi realizado em montante insuficiente, já após a constituição do crédito previdenciário mediante lançamento, efetuou, no dia 19/2/2015, novo depósito vinculado ao processo judicial nº 0000010-23.2012.4.03.6105 no valor complementar de R\$ 150.204,62 (fl. 210), que representa o valor atualizado referente ao DEBCAD nº 51.072.727-1 (objeto do presente processo). Tal ato ratifica o fato (reconhecido pela própria RECORRENTE) de que a matéria objeto deste lançamento está sendo discutida perante o Poder Judiciário

Em seu Recurso Voluntário, a contribuinte não defendeu outros aspectos do lançamento que não a mesma questão de mérito objeto da ação judicial. Ou seja, a RECORRENTE não contestou a composição da base de cálculo, alíquota utilizada, a origem dos fatos geradores (GFIP e folha de pagamento), etc.

Em que pese a renúncia ao processo administrativo efetuada pela contribuinte, em pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, constatei que o Recurso Especial em Mandado de Segurança interposto pela RECORRENTE (distribuído sob o nº Resp nº 1515269/SP) sob a Relatoria do Min. Gurgel de Faria, transitou em julgado no dia 26/10/2017. O julgamento restou assim ementado:

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO. LEI N. 12.546/2011. BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA. LEGALIDADE ESTRITA. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO N. 42/2011 DA RFB.

1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado

Administrativo n. 2 do Plenário do STJ).

2. Esta Corte superior já firmou o entendimento de que é devida a contribuição previdenciária sobre a integralidade dos valores recebidos a título de décimo terceiro salário, sendo irrelevante que a aquisição do direito à gratificação pelos empregados se dê ao longo do ano, a cada mês. O fato gerador da contribuição previdenciária sobre o décimo terceiro salário ocorre uma única vez, no mês de dezembro de cada ano. Precedentes (REsp 462.986/RS; REsp 461.030/SC).

3. O Secretário da Receita Federal do Brasil extrapolou a competência regulamentar ao editar o ADI n. 42/2011, tendo estabelecido sistemática de cálculo (base de cálculo e alíquota) a par da prevista na Lei n. 12.546/2011, violando a regra de reserva legal (art. 97 do CTN).

4. Recurso especial provido.

Ficou definido, diante disso, nos termos do voto do Min. Gurgel Faria, que merece razão a Contribuinte, ora RECORRENTE, “ao pleitear que a contribuição previdenciária incidente sobre a totalidade da gratificação natalina do ano de 2011 seja cobrada em conformidade com a base de cálculo e a alíquota previstas na aludida Lei (12.546/2011), devendo ser desconsiderados os parâmetros trazidos pelo ADI n. 42/2011 da RFB”.

Isso porque restou entendido que “a administração pública extrapolou a sua competência regulamentar com a edição do ADI n. 42/2011 da RFB, pois tal ato infralegal violou o princípio da reserva legal (art. 97 do CTN), uma vez que estabeleceu a sistemática de cálculo (base de cálculo e alíquota) diversa da prevista na Lei n. 12.546/2011”.

Nesse sentido, resta nítido o entendimento firmado pelo STJ sobre a matéria, diante do que, em respeito ao princípio da unidade de jurisdição e da segurança jurídica, deve se preservar o mérito sedimentado pelo STJ. Deste modo, a autoridade preparadora deve adotar o entendimento firmado pelo STJ e reproduzi-lo.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NÃO CONHECER do recurso voluntário, por necessária aplicação da Súmula CARF nº 01, conforme razões apresentadas acima.

Contudo, deve a autoridade preparadora se atentar aos termos do julgamento proferido em 31/08/2017 pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Resp nº 1515269/SP, que entendeu ser equivocada a forma de apuração das contribuições previdenciárias adotada no presente processo, em que 11/12 (onze doze avos) do 13º salário foram tributados nos moldes do art. 22 da Lei nº 8.212/91, ou seja, com base em regime sob o qual a contribuinte não mais se submetia por força de determinação legal.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator