



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

Processo n° 10830.727764/2014-31
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.722 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de outubro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PARA TERCEIROS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL
Recorrente STEFANINI CONSULTORIA E ASSESSORIA EM INFORMATICA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2011 a 31/03/2011

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 n° 01.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer, em parte, do recurso voluntário, em razão da concomitância de instâncias administrativa e judicial. Na parte conhecida, também por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(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. 293/308, interposto contra decisão da DRJ em Ribeirão Preto/SP, de fls. 275/288, a qual julgou procedente o lançamento de contribuições previdenciárias lavradas por meio do DEBCAD nº 51.072.728-0 (fls. 3/11), datado de 14/1/2015, com ciência do RECORRENTE em 20/1/2015, conforme AR de fls. 172.

O DEBCAD nº 51.072.728-0 tem por objeto contribuições devidas a Terceiros (FNDE, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), na alíquota total de 5,8%, incidentes sobre o auxílio-doença (nos 15 primeiros dias) e sobre o terço de férias, não declarados em GFIP e não pagos, objeto dos Levantamentos 06 - AUX DOENCA 15 DIAS SEM DEP e 07 - UM TERCO DE FERIAS SEM DEP, no período relativo à competência de 03/2011, no valor global histórico de R\$ 1.653,25 (mil seiscientos e cinquenta e três reais e vinte e cinco centavos), já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de ofício de 75%.

Nos termos do Relatório Fiscal (fls. 12/34), 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. 13/16) 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 Relatório Fiscal, os Levantamentos 06 e 07, que embasam o presente processo, têm por objeto verbas sem o regular depósito judicial. Assim, o lançamento deste processo tem por objeto obrigações principais (contribuições devidas a Terceiros) incidentes sobre Auxílio Doença nos 15 primeiros dias (Levantamento 06) e sobre 1/3 de férias (Levantamento 07) para as quais não houve 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 0012798-40.2010.403.6105, perante a 6ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Campinas – SP, pois entende não ser devido o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos ao título dos 15 primeiros dias de auxílio doença e sobre o terço constitucional de férias.

Nos autos dessa ação judicial a empresa efetuou o depósitos das contribuições a cargo da empresa (objeto do processo nº 10830.727761/2014-05) e destinadas a Terceiros (objeto deste processo) incidentes sobre a remuneração pagas nas rubricas 1008 – salário (15 dias INSS), 4007 – 1/3 de férias no mês, 4009 – Dif 1/3 férias no mês, 4011 – 1/3 férias no próximo mês, 4013 – Dif 1/3 férias no próximo mês, referentes às competências de 12/2010 a 12/2011.

A RECORRENTE não declarou em GFIP as contribuições previdenciárias e destinadas a outras entidades, sobre as quais discute, judicialmente, a legalidade de suas

cobranças. 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.

Segundo a fiscalização, para a competência de 03/2011, a RECORRENTE adotou como base de cálculo para o depósito judicial o montante de R\$ 200.945,78 (duzentos mil novecentos e quarenta e cinco reais e setenta e oito centavos) ao passo em que o valor encontrado na folha de pagamento seria de R\$ 214.514,55 (duzentos e quatorze mil quinhentos e quatorze reais e cinquenta e cinco centavos), razão pela qual foi lançado o tributo sobre a base de cálculo remanescente.

No Anexo I (fls. 38/41), a fiscalização aponta, para cada competência, o valor do depósito judicial (identificado como “extrato bancário” na coluna C) e o valor de cada rubrica encontrado na folha de pagamento (identificado como “folha de pagamento” na coluna C). Os valores dos depósitos coincidem com os das folhas, exceto em relação à competência 03/2011.

Assim, no Anexo II (fl. 42), a autoridade lançadora demonstra como fez o rateio relativo ao depósito judicial do valor de R\$ 200.945,78 e o alocou de forma proporcional a cada rubrica discutida na ação judicial, de modo a apurar a diferença de base de cálculo sem depósito judicial (diferenças entre as bases de cálculo das folhas de pagamento e as base de cálculo do depósito judicial após o rateio), que é o objeto do presente processo.

Da Impugnação

O RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 172/184, em 19/2/2015. 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 0012798-40.2010.403.6105, com o objetivo de suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas nos quinze (15) primeiros dias de afastamento da atividade laboral, antes da concessão do auxílio doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de salário maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial.

2) No momento, o referido mandado de segurança está no Tribunal Regional Federal da 3a. Região e os recursos ajuizados aos tribunais superiores estão suspensos desde 21/10/2014, haja vista que foi reconhecido pelo Supremo

Tribunal Federal - STF e pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ a repercussão geral desta atéria nos processos RE 576.967/PR - STF e no RESP/R S – STJ. Assim sendo, as decisões proferidas nos processos recursos extraordinário e especial, serão aplicadas também no mandado de segurança n° 0012798-40.2010.403.6105.

1.2 DO DEPÓSITO JUDICIAL DO MONTANTE INTEGRAL DO PRESENTE LANÇAMENTO

3) Transcreve os subitens 8.2.2 e 8.3.5 do Relatório Fiscal.

4) 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. 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 n° 0012.798-40.2010.403.6105, motivo pelo qual deve o presente lançamento ser cancelado.

II. DOS FATOS

5) No exercício de suas atividades encontra-se a impugnante sujeita a uma enorme gama de tributos, sendo que o impugnado lhe exige o recolhimento de contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como a título de adicional de férias de 1/3 (um terço).

6) Todavia, sendo tais valores pagos em circunstâncias em que não há, indubitavelmente, prestação de serviço, tem-se que não configurada, por consequência, a hipótese de incidência prevista no inciso I do artigo 22 da Lei n° 8.212/91.

7) Assim, tem a impugnante o direito líquido e certo de não mais ser compelida ao recolhimento da contribuição social previdenciária incidente - à margem do princípio constitucional da legalidade tributária - sobre os valores em debate.

III. DO DIREITO

8) Inicialmente, imprescindível esclarecer-se que a não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores em debate resta inequívoca diante da análise da hipótese de incidência aplicável ao caso.

9) Não se discute a eventual natureza destes valores – se remuneratória, salarial ou indenizatória –, nem mesmo o conteúdo destes conceitos para fins previdenciários ou trabalhistas, posto que construídos em outros contextos e arraigados sob outras óticas.

10) Do mesmo modo, não se discute o fato destes pagamentos serem incorporáveis ou não ao salário, se são considerados para fins de aposentadoria, ou, ainda, se integram ou não o salário-de-contribuição dos segurados.

11) Na verdade, analisa-se, sob a égide do princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, inciso I), se tais valores subsumem-se à hipótese de incidência eleita pelo legislador para fins de exigência da contribuição previdenciária devidas pelas empresas, qual seja, a prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91.

III. 1 Da Contribuição Previdenciária Patronal

12) Atribui-se, no artigo 195 da Carta Magna, a competência tributária para criação de contribuições sociais a serem estabelecidas e recolhidas, distintamente, pelo empregador, trabalhador, realizador de recursos de prognósticos e, ainda, pelo importador de bens ou serviços.

13) Exercendo a competência que lhe foi atribuída no artigo 195, inciso I, alínea "a", da CF, a União, através da Lei nº 8.212/91, elegeu o legislador ordinário, como hipótese de incidência ou hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho, seja pelos serviços prestados, seja pelo tempo em que o empregado ou trabalhador avulso permanece à disposição do empregador ou tomador de serviços.

14) Curial destacar-se que a delimitação da incidência da contribuição em tela foi observada pela própria Receita Federal do Brasil em sua Instrução Normativa RFB nº 971/09.

15) Importa observar-se que a delimitação da incidência da contribuição patronal sobre os valores pagos destinados a retribuir o trabalho efetivo ou potencial também foi consagrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. De fato, pretendeu-se, através das Medidas Provisórias 1.523-13 e 1.596-14, ampliar a hipótese tributária em debate para além dos valores pagos em decorrência de contra-prestação de serviços, de modo a se abranger todos os quaisquer valores pagos pela empresa aos trabalhadores - inclusive verbas rescisórias - restando, à época, conforme redigido no § 2 do artigo 22 da Lei nº 8.212/91.

16) Ocorre que a ampliação supra - já sob a égide do artigo 195, inciso I, da CF - foi prontamente obstada à unanimidade pelo pleno da Suprema Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.659-6, que transcreve.

I) Importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou auxílio-acidente);

II) Valores pagos a títulos de salário-maternidade;

III) Importância pagas a título de férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço).

19) Todavia, são todas as circunstâncias em que o empregado - acidentado, doente, gestante ou em gozo de férias - não está, obviamente, prestando serviços nem se encontra à disposição da empresa. E assim age a Impugnada por exegese absolutamente equivocada dos dispositivos legais em tela, bem como, por abusiva confusão entre os institutos e conceitos em debate.

III.2 Da indevida exigência da contribuição previdenciária sobre os valores objeto do lançamento.

III.2.1 Dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos funcionários doentes e acidentados.

20) Após transcrever partes da Lei nº 8.213/91, aduz que, valendo-se da expressão "salário" contida na parte final do § 3 do artigo 60, a impugnada, à margem da legalidade, exige a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos pela Impugnante nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento de seus funcionários doentes ou acidentados.

21) Porém, o trabalhador doente ou acidentado não está prestando serviço algum — nem de modo efetivo, nem de forma potencial - sendo certo que o valor a este pago pela empresa pré-concessão de benefício previdenciário não se insere na hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91. Nesse contexto, pouco importa a denominação que se dê a este pagamento (até mesmo salário), como também e indiferente a natureza que lhe queira atribuir (indenizatória etc.). O que importa é que tal pagamento não se subsume à hipótese tributária em debate. Cita julgados.

22) Curial destacar-se que o entendimento esposado nos acórdãos transcritos - a despeito de tratar-se especificadamente da não incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pela empresa na hipótese de afastamento do funcionário doente ou acidentado - estende-se, claramente, ao salário maternidade, férias e adicional de férias de 1/3, invocando-se aqui a máxima "ubi eadem ratio ibi idem jus". A hipótese de incidência, insista-se, é o pagamento de remunerações devidas em razão de trabalho prestado, efetiva ou potencialmente. Desse modo, quais "os serviços efetivamente prestados" pela pessoa que se encontra afastada (seja doente, acidentada ou gestante) ou em férias? Por quanto tempo permanece "à disposição do empregador ou tomador de serviço"? De fato, quando são pagos os valores em debate, não se está retribuindo trabalho algum, não se realizando no mundo físico a hipótese legal prevista.

III.3 Das férias e do terço constitucional

23) Finalmente, no que se refere às férias gozadas e seu respectivo adicional constitucional de 1/3 (terço), a impugnada também faz indevida equiparação entre as contribuições patronal e dos empregados. Nesse contexto, exige-se a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a tais títulos ao argumento de que estão excluídas do salário-de-contribuição apenas as férias indenizadas e respectivo terço constitucional. Ocorre que o salário-de-contribuição é a base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme previsto no já transcrito artigo 20 da Lei nº 8.212/91.

24) Como se não bastasse, esta indevida exigência é sustentada pela Impugnada em dispositivos infra legais, contidos na letra “i” do inciso III do art. 52 e § 8o. do art. 57, ambos da citada IN RFB 971/09. Todavia, inadmissível, ilegal e inconstitucional que dispositivos de Instrução Normativa extrapolem a hipótese tributária, ocorrendo indubitável desrespeito ao princípio da legalidade.

25) Na verdade, de acordo com o que já foi exaustivamente exposto, a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como, sua base de cálculo, dizem respeito exclusivamente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho feito ou potencial - o que não é o caso dos funcionários em gozo de férias — não havendo, mais uma vez, que se invocar peculiaridades do salário de contribuição, atinente à contribuição dos trabalhadores. Cita julgados.

III.4 Da não incidência: conclusão

26) Por todo o exposto, tem-se que os pagamentos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço), não se enquadram na hipótese de incidência em análise. Dessa forma, a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre os respectivos valores implica em inegável ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária (CF, art. 150,1), motivo pelo qual o presente lançamento deve ser cancelado.

27) 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 0012.798-40.2010.403.6105, conforme determina a Autoridade Fiscal no subitem 1.2 do Relatório Fiscal”.

Da Decisão da DRJ em Ribeirão Preto/SP

A DRJ de origem julgou procedente o lançamento, conforme acórdão de fls. 275/288, com a seguinte ementa:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/03/2011 a 31/03/2011

*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 Impugnante 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. 213/247, 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 para terceiros constituídos por meio do DEBCAD nº 51.072.728-0.

Do Recurso Voluntário

O RECORRENTE, devidamente intimado da decisão da DRJ em 2/6/2015, conforme AR de fl. 290, apresentou Recurso voluntário de fls. 293/308, datado de 2/7/2015.

Em suas razões de recurso, o RECORRENTE reiterou os argumentos da Impugnação e acrescenta que o CARF deve aplicar os precedentes do STF e STJ quando esses foram proferidos em sede de recursos repetitivos ou com repercussão geral reconhecida, razão pela qual devem ser aplicados os entendimentos pacificados por meio do RE 576.967/PR e do Resp. 1.230.957/RS.

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 0012798-40.2010.403.6105. Ao contrário: a contribuinte reafirma que *“ajuizou mandado de segurança (...) com o objetivo de suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas nos quinze (15) primeiros dias de afastamento de atividade laboral, antes da concessão do auxílio doença ou acidente bem como sobre as verbas pagas a título de (...) adicional de 1/3 de férias, aduzindo, em síntese, a ilegalidade da contribuição social incidente sobre as referidas verbas uma vez que não houve contraprestação do serviço por parte do empregado, não possuindo aquelas verbas natureza salarial”*.

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; Decretolei 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; Decretolei 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 irretroatável 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 0012798-40.2010.403.6105, de fls. 213/247, infere-se que se trata de processo judicial que discute o mesmo tema do presente processo administrativo, conforme exemplificado pelo enxerto abaixo (fl. 245):

⇒) o DIREITO da IMPETRANTE de não ser compelida ao recolhimento da contribuição social previdenciária patronal pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados (de modo efetivo ou potencial), quais sejam, os referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de salário-maternidade, férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço);

Em seu Recurso Voluntário, a contribuinte não defendeu outros aspectos do lançamento que não a mesma questão de mérito objeto da ação judicial (de que as verbas

remuneratórias base do presente lançamento não teriam caráter de contraprestação pelo serviço). 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.

Desta forma, a propositura de ação judicial implica na renúncia ao processo administrativo fiscal. O contribuinte abre mão de se defender administrativamente haja vista que a decisão judicial sobrepõe ao que restar firmado em instâncias administrativas, em razão do princípio da unicidade de jurisdição, porém tal atitude não implica a nulidade do lançamento ou o impedimento para o Fisco realizar o lançamento de créditos tributários. Até porque a demora da autoridade fiscal em efetuar o lançamento pode ensejar a decadência.

Correta a atitude do fisco de lançar o crédito tributário ainda que com ação judicial em curso, ainda que nos autos dessa ação tenha havido depósito judicial, não sendo a suspensão de exigibilidade do crédito tributário fator impeditivo para o lançamento. Havendo hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário deve o tributo ser lançado sem a multa, pois a multa é consequência do inadimplemento, que não ocorrerá se houver suspensão da exigibilidade.

No presente caso, também foi correto o lançamento acrescido da multa de ofício de 75%. Explico.

Para que o lançamento seja efetuado sem a cobrança de multa é necessário que, no momento do lançamento, a exigibilidade do crédito esteja suspensa. Conforme se infere do relatório fiscal (fls. 12/34), mais especificamente dos anexos I e II (fls. 38 e 42), a empresa efetuou o depósito judicial adotando como base de cálculo para as contribuições previdenciárias objeto deste processo o valor de R\$ 200.945,78 (duzentos mil novecentos e quarenta e cinco reais e setenta e oito centavos) ao passo que a fiscalização entendeu que o montante correto da base de cálculo seria de R\$ 214.514,55 (duzentos e quatorze mil quinhentos e quatorze reais e cinquenta e cinco centavos), razão pela qual o lançamento com multa atinge apenas a diferença.

O contribuinte em momento algum contesta a diferença da base de cálculo; ao contrário, ele tanto reconhece que o depósito foi realizado em montante insuficiente que no dia 19/2/2015, já após a constituição do crédito previdenciário mediante lançamento, efetuou novo depósito no valor complementar de R\$ 7.698,95 (fl. 212), que representa os valores atualizados referentes ao DEBCAD nº 51.072.728-0 (objeto do presente processo) e aos DEBCADs nº 51.072.725-5 e nº 51.072.726-3 (objeto do processo nº 10830.727761/2014-05 – contribuição patronal e SAT/RAT sobre os mesmos Levantamentos).

Portanto, no momento do lançamento do crédito tributário, a parte do tributo referente a diferença da base de cálculo não estava com exigibilidade suspensa, sendo correto o lançamento do crédito tributário com a multa de ofício de 75%.

Ademais, o recente depósito efetuado pela contribuinte, vinculado ao processo judicial nº 0012798-40.2010.403.6105, ratifica o fato (reconhecido pela própria RECORRENTE) de que a matéria objeto deste lançamento está sendo discutida perante o Poder Judiciário.

Sobre a alegação de que o CARF deve aplicar os precedentes do STF e STJ quando esses foram proferidos em sede de recursos repetitivos ou com repercussão geral reconhecida, entendo que tal questão encontra-se superada pela judicialização do caso,

conforme exposto, já que, como bem expressou a RECORRENTE, as decisões definitivas do STJ e STF nos processos afetados pelo tema dos recursos repetitivos e pela repercussão geral, respectivamente, serão aplicadas ao mandando de segurança nº 0012798-40.2010.4.03.6105.

Ainda assim, importante ressaltar que não há qualquer tese definitiva (transitada em julgado) firmada pelo STJ ou STF em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral, respectivamente, sobre as matérias objeto do presente caso. O tema envolvendo a não incidência das contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias (Tema Repetitivo STJ 479) e sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento por motivo de doença (Tema Repetitivo STJ 738) foram, de fato, decididos pelo STJ através do REsp 1230957/RS. Contudo, tal decisão encontra-se suspensa por decisão da Vice-Presidência do STJ em razão do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 593068 / Tema 163).

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NÃO CONHECER EM PARTE do recurso voluntário, por necessária aplicação da Súmula CARF nº 01. Na parte conhecida (requerimento da aplicação de decisões do STJ e STF), NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, conforme razões apresentadas acima.

Ressalto que o crédito tributário objeto do presente processo deve permanecer suspenso até a decisão judicial final, conforme exposto no relatório fiscal.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator