



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

Processo n° 15586.720495/2015-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-005.199 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BANESTES S.A. - BANCO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2012

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E PROCESSO JUDICIAL.
CONCOMITÂNCIA. SÚMULA CARF Nº 1.

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.

NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO QUANTO À INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. PRECLUSÃO.

É vedado à parte inovar no pedido ou na causa de pedir em sede de julgamento de segundo grau, salvo nas circunstâncias excepcionais referidas nas normas que regem o processo administrativo tributário federal

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo de Sousa Sáteles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correia, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Leonam Rocha de Medeiros e Ronnie Soares Anderson. Ausente a conselheira Andrea de Moraes Chieriegatto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza (CE) - DRJ/FOR, que julgou procedente em parte lançamentos (fls. 2/24) de contribuições incidentes sobre a remuneração de segurados empregados pagas em rescisão de contrato de trabalho, a título de aviso prévio indenizado e sobre o décimo terceiro salário indenizado.

A instância recorrida assim resume os termos da autuação e da impugnação (fls. 1658/1659):

(...)

2. Houve a majoração da contribuição para o financiamento do benefício aposentadoria especial e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT em razão do desempenho da empresa aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP (Lei nº 10.666/2003, c/c Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, art. 202-A).

3. A Auditoria cotejou os fatos geradores declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, bem como as contribuições recolhidas em Guias de Previdência Social - GPS, com as remunerações que compõem a base de cálculo das contribuições previdenciárias e de outras entidades e fundos (terceiros) apuradas nas folhas de pagamento apresentadas. Foi, então, verificado que as contribuições incidentes sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado e as contribuições incidentes sobre as parcelas do décimo terceiro salário, proporcional ao aviso prévio indenizado, não foram integralmente recolhidas em época própria, nem totalmente declaradas em GFIP.

4. A Cláusula 48ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2011/2012 e a Cláusula 49ª da Convenção Coletiva de Trabalho 2012/2013, apresentadas pela empresa, estabelecem condições em que o empregado dispensado sem justa causa fará jus ao aviso prévio de 30 (trinta) dias, na forma do art. 487, inciso II, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, acrescido do aviso prévio proporcional, indenizado, atendendo além do dispositivo citado, o direito assegurado na Lei nº 12.506/2011.

5. A alínea “F” do inciso V do §9º do art. 214 do Decreto nº 3.048/1999 foi revogada pelo Decreto nº 6.727/2009, passando o aviso prévio indenizado e a correspondente parcela do décimo terceiro salário proporcional a integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias e a de terceiros.

6. Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais.

A ciência do Banestes se deu em 30/10/2015, por meio de sua caixa postal. Em 1º/12/2015, apresentou impugnação, na qual alega, em síntese:

Preliminarmente

1. O impugnante informou à Auditoria que é parte no processo judicial nº 2009.34.00.009998-9, por ser associado à Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. A interposição da ação judicial objetiva afastar a incidência de contribuições previdenciárias e aquelas destinadas aos terceiros sobre o aviso prévio indenizado. Em 17/04/2009, foi deferida liminar, que foi confirmada na sentença, a qual suspendeu a exigibilidade dessas contribuições. Atualmente, os autos do mandado de segurança encontram-se no gabinete da Assessoria de Recursos Especiais e Extraordinários da Presidência - ASRET do Tribunal Regional Federal da 1ª Região para exame do juízo de admissibilidade dos recursos interpostos.

2. Assim, conforme caput do art. 62 do Decreto nº 70.235/1972, o Auditor Fiscal não tinha competência para realizar o lançamento, uma vez que estavam temporariamente suprimidos os seus poderes fiscalizatórios. Logo, são nulos os atos praticados, conforme art. 59, I e §1º, do Decreto nº 70.235/1972.

Mérito

3. O aviso prévio indenizado é uma indenização que deve ser paga pelo rompimento imediato do contrato de trabalho. Na sentença do mandado de segurança 2009.34.00.009998-9 consta que não deve haver incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, não obstante a revogação da alínea “f” do inciso V do §9º do art. 214 do RPS, pois o regulamento não pode servir indiretamente de norma impositiva tributária ou alterar a natureza jurídica da verba. Da mesma forma, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1 ao julgar a apelação/reexame necessário, tendo sido citada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, que entende não incidir contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória. Também é essa a jurisprudência dos demais tribunais regionais federais. O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf já se manifestou pela não incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.

4. Apesar do décimo terceiro proporcional sobre o aviso prévio indenizado (1/12 do aviso prévio indenizado) ser considerada como verba indenizatória e não compor o salário de contribuição, no mês de janeiro/2012, tal verba foi informada na GFIP como base de cálculo e, conseqüentemente, foi recolhida a contribuição previdenciária devida. Houve, pois, extinção pelo pagamento.

Ao final, o contribuinte requer que sua impugnação seja recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo, para que sejam cancelados os Autos de Infração.

A exigência foi parcialmente mantida no julgamento de primeiro grau, no qual não foram conhecidas as alegações coincidentes com aquelas levadas ao poder judiciário, e excluídos valores já pagos do crédito tributário (fls. 1656/1663), em decisão cuja ementa a seguir se transcreve:

INTERPOSIÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. RENÚNCIA AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

De acordo com a Lei nº 6.830/80, art. 38, parágrafo único, a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. BASE DE CÁLCULO CALCULADA A MAIOR.

Deve ser excluído da base de cálculo das contribuições previdenciárias e destinadas a outras entidades (terceiros) valor incluído por equívoco, já declarado em GFIP e cujas contribuições já foram recolhidas.

O recurso voluntário foi interposto em 18/11/2016 (fls. 1679/1695), sendo que nele repisadas as alegações já formuladas na impugnação acerca do mérito da incidência de contribuições sobre verbas associadas a aviso prévio indenizado, e pleiteada a exclusão da multa de ofício dos autos de infração, por força do artigo 63 da Lei nº 9.430/96.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

O recurso é tempestivo porém seu conhecimento não deve ser admitido.

Consoante já relatado, o contribuinte é parte no processo judicial nº 2009.34.00.009998-9, por ser associado à Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, sendo que a interposição dessa ação judicial objetiva afastar a incidência de contribuições previdenciárias e aquelas destinadas aos terceiros sobre o aviso prévio indenizado. Notícia, inclusive, que já foi prolatada sentença e decisão de 2º grau em prol de sua causa (fls. 1684/1687).

Necessário destacar que a existência de ação judicial versando sobre o mesmo objeto do processo administrativo atrai a incidência da Súmula CARF nº 1, de observância obrigatória pelos membros deste colegiado, nos termos do art. 72 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF):

Súmula CARF nº 1: 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.

Ora, existindo controvérsia já estabelecida no Judiciário que abrange matéria que se apresenta litigiosa neste julgamento, qualquer decisão de fundo a ser emanada por este Colegiado restaria ineficaz frente ao entendimento daquele Poder, prevalecente nos termos do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

De fato, a concomitância traduz-se em fator externo à relação processual administrativa que impede a eficácia de eventual decisão emanada nesse âmbito, a qual se configura desnecessária e inútil no que contrariar a decisão de mérito do Poder Judiciário. Em voto-vista exarado no RE nº 233.582/RJ (DJe de 16/05/2008), o qual discutiu a constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.380/80, o Ministro Gilmar Mendes teceu considerações que também se revelam aplicáveis no particular:

Destarte, a renúncia a essa faculdade de recorrer no âmbito administrativo e a automática desistência de eventual recurso interposto é decorrência lógica da própria opção do contribuinte de exercitar a sua defesa em conformidade com os meios que se afigurem mais favoráveis aos seus interesses.

Tem-se aqui fórmula legislativa que busca afastar a redundância da proteção, uma vez que, escolhida a ação judicial, a Administração estará integralmente submetida ao resultado da prestação jurisdicional que lhe for determinada para a composição da lide.

(...)

Não vislumbro, por isso, qualquer desproporcionalidade na cláusula que declara a prejudicialidade da tutela administrativa se o contribuinte optar por obter, desde logo, a proteção judicial devida.

Destarte, muito embora as razões recursais trazidas, o fato é que as decisões judiciais prolatadas no âmbito do mandado de segurança nº 2009.34.00.009998-9 deverão ser simplesmente cumpridas pela administração tributária federal, sendo despicienda eventual manifestação deste Colegiado sobre o tema, bem como o prosseguimento do exame do mérito do presente litígio, nesse aspecto.

No que tange à sua irresignação quanto à multa de ofício lavrada, não merece também ela conhecimento, ainda que por outra razão.

Veja-se que o cotejo entre a impugnação (fls. 1565/1652) e o recurso voluntário (fls. 1680/1694) revela que o contribuinte não levantou, quando daquela primeira oportunidade, a exclusão da multa de ofício, seja por que motivo fosse.

Mister notar que o recorrente não pode modificar o pedido ou invocar outra *causa petendi* (causa de pedir) nesta fase do contencioso, sob pena de violação dos princípios da congruência, estabilização da demanda e do duplo grau de jurisdição administrativa, em ofensa aos arts. 14 a 17 do Decreto nº 70.235/72 (em especial o § 4º do art. 16), bem como aos arts. 141, 223, 329 e 492 do Código de Processo Civil (CPC), mormente quando não há motivo para só agora aduzir o questionamento referido.

Nesse sentido, vide os Acórdãos de nºs 2402-005.971 (j. 12/09/2017), 3802-004.118 (j. 25/02/2015), 1802-001.150 (j. 15/03/2012), 3401-002.142 (j. 26/02/2013), 3201-001794 (j. 15/10/2014), 2202-003.577 (j. 21/09/2016), e 1803-000.777 (j. 27/01/2011).

Cumpre, destarte, também não conhecer do recurso, no tocante à sua inconformidade quanto à multa de ofício.

Anote-se, por fim, que a suspensão dos débitos é consequência natural dos provimentos judiciais em favor da causa manejada perante o poder judiciário, não cabendo manifestação adicional a respeito por parte deste Colegiado.

Ante o exposto, voto por não conhecer do recurso.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson