



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

Processo nº 10680.724482/2010-19
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2301-005.627 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de setembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Embargante CONSELHEIRO JOÃO VICTOR RIBEIRO ALDINUCCI
Interessado REFRIGERANTES MINAS GERAIS LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. ELEMENTOS INTERNOS E EXTERNOS DA DECISÃO.

De acordo com o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma. Somente a contradição, omissão ou obscuridade interna é embargável, não alcançando eventual os elementos externos da decisão, circunstância que configura mera irresignação.

EMBARGOS INOMINADOS. ACÓRDÃO E CONTRADIÇÃO. PROVIMENTO.

Nos termos do art. 66, do RICARF, as alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

A fim de sanar erro material do auto de infração e deficiência na interpretação do dispositivo do Acórdão, os embargos inominados devem ser Acolhidos, contendo efeitos infringentes, para adequar ao novo dispositivo proferido pela Turma julgadora.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA APLICADA EM DESACORDO COM OS DISPOSITIVOS LEGAIS. RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO. EXIGÊNCIA FISCAL CANCELADA.

O critério jurídico adotado pela autoridade fiscal para impor penalidade ao contribuinte não pode ser alterado de ofício pelo julgador, uma vez que a

competência privativa de apurar o débito fiscal devido é da autoridade administrativa, com poderes específicos para o ato administrativo.

Em sendo constatada multa diversa aplicada aos fatos narrados no auto de infração, a exigência fiscal deve ser cancelada, em razão de vício e deficiência material identificada, faltando congruência da legislação sobreposta ao caso concreto, reformulando o entendimento anterior para dar provimento ao recurso voluntário.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, acolher os embargos com efeitos infringentes para, sanando os vícios apontados no Acórdão nº 2301-004.439, de 17/01/2017, fazer constar o número correto do acórdão, Acórdão nº 2301-004.439, e, alterar o dispositivo "para dar provimento ao recurso voluntário, cancelando o auto de infração". Vencido o conselheiro João Maurício Vital, que, acolhendo os embargos, negava provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior, João Maurício Vital, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Suplente Convocada em substituição ao conselheiro Antônio Sávio Nasureles, Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa, Antônio Savio Nasureles, Juliana Marteli Fais Feriato, Wesley Rocha, e Reginaldo Paixão Emos, Suplente Convocado. Ausente, justificadamente, o conselheiro Antônio Sávio Nasureles.

Relatório

Trata-se de embargos inominados opostos por Conselheiro deste Tribunal contra Acórdão de Recurso Voluntário de n.º 2402004.439, 27 de janeiro de 2016, pelo colegiado da 2ª Turma, da 4ª Câmara, da 2ª Seção de julgamento, que deu parcial provimento ao recurso contendo a seguinte ementa":

"ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n.º 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das

contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código

Tributário Nacional CTN.

Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se

o disposto no artigo 173, I. No caso de autuação pelo descumprimento de obrigação acessória, a constituição do crédito é de ofício e a regra aplicável é a contida no artigo 173, I.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ARQUIVO DIGITAL.

Constitui infração à legislação tributária as omissões e incorreções em dados digitais pela pessoa jurídica que utilize sistemas eletrônicos para registrar negócios e atividades econômicas ou financeiras, escrituração de livros ou para elaborar documentos de natureza contábil ou fiscal.

É observado o princípio da especialidade quando aplicada a legislação do tributo a que se refere a informação em meio digital.

Após a oposição de dois embargos de declaração protocolados pela Fazenda e pelo contribuinte, dos quais não foram acolhidos, a Delegacia da Receita Federal também opôs embargos que foram rejeitados, do qual houve também oposição de embargos de Conselheiro deste Tribunal, tendo o despacho de admissibilidade lançado a seguinte informação:

"Retornando o processo a A Unidade de Origem para prosseguimento, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte/MG manifestou-se nos seguintes termos (fls. 186 a 187) :

"1. Trata-se o presente de processo em que os membros da 4ª Câmara/2ª Turma Ordinária deram provimento parcial ao Recurso Voluntário através do Acórdão nº. 2402-004.439 (fls.142/152), nos seguintes termos:

“(a) por unanimidade de votos, não reconhecer a decadência, nos termos do voto do relator; (b) pelo voto de qualidade, recalculer a multa nos termos do voto do relator. Em relação ao item "b" , submetida a questão ao rito do art. 60 do Regimento Interno do CARF, foram apreciadas as seguintes teses: a) nulidade do lançamento; b) aplicação das regras estabelecidas pelo art. 12, II e parágrafo único da Lei 8.218, de 1991 e (c) aplicação das regras estabelecidas pelo art. 33, §§ 2º e 3º da Lei 8.212, de 1991, combinado com o art. 225, § 22, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048, de 1999. Em primeira votação, se manifestaram pela tese "a" os Conselheiros Alice Grecchi, Ivacir Júlio de Souza, Nathália Correia Pompeu e Marcelo Malagoli da Silva; pela tese "b"

Luciana de Souza Espindola Reis e pela tese "c" Júlio César Vieira Gomes, Amílcar Barca Teixeira Júnior e João Bellini Júnior. Excluída a tese "b" por força do disposto no art. 60, parágrafo único, do Regimento Interno do CARF, em segunda votação, pelo voto de qualidade, restou vencedora a tese "c", vencidos os Conselheiros Alice Grecchi, Ivacir Júlio de Souza, Marcelo Malagoli da Silva e Nathália Correia Pompeu. Fez sustentação oral o Dr. Vitor Nobre Freire, OAB/RJ 197.546."

2. Em relação ao voto do relator para a tese vencedora, ou seja, recálculo da multa, no tópico "Legislação aplicável aos registros digitais relativos às contribuições previdenciárias", ficou determinada a aplicação do artigo 33, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 8.212/91, combinado com o Artigo 225, §22 do regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

Lei nº. 8.212/91

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Decreto nº 3.048/99

Art. 225

(...)

§22. A empresa que utiliza sistema de processamento eletrônico de dados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária é obrigada a arquivar e conservar, devidamente certificados, os respectivos sistemas e arquivos, em meio digital ou assemelhado, durante dez anos, à disposição da fiscalização. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

3. Tendo em vista que não vislumbramos critério de multa a ser aplicado nos referidos artigos, devolvemos o presente para esclarecimento de como deverá ser feito o cálculo da multa a ser aplicada no lançamento."

(destaques nosso)

Através do Despacho de Encaminhamento de 24/11/2016 (efl. 189), os autos foram encaminhados à 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF para análise dos Embargos opostos pela DRF de origem.

Em despacho de 21/02/2017 (efls. 190 a 192), o Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF acata os Embargos propostos pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte/MG, determinando que o Processo seja incluído em pauta de julgamento.

Já, em 08/12/2017, o Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci interpõe Embargos de Declaração (efls. 193 a 195) com fulcro no art. 66 do Anexo II do RICARF, onde alega :

- Inicialmente, que o Acórdão julgado na sessão de 27 de janeiro de 2016 foi publicado com numeração errada, tendo em vista que a decisão foi prolatada pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento e o número correto do Acórdão é 2301-004.439, conforme se pode verificar na Ata da Reunião daquela egrégia Turma, constante do site do CARF.

- Assevera que esse equívoco fez com que o despacho de admissibilidade dos embargos inominados de efls. 186 a 187, opostos pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte, fosse proferido pelo Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção, em afronta ao art. 65, §§ 2º e 3º, do RICARF, segundo o qual o exame de admissibilidade é feito pelo Presidente da Turma que julgou o recurso.

- Ressalta que, o despacho de admissibilidade de efls. 190 a 192 ser anulado para que se proceda à nova admissibilidade ou, caso se entenda pertinente, seja convalidado pela autoridade designada no RICARF, pois proferido por quem não tinha competência para fazê-lo.

Ainda, o Presidente de turma analisando os embargos da DRF, os quais não o recebeu, embargou de forma inominado, uma vez que não constou no Acórdão o critério da multa a ser adotada no presente auto de infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Wesley Rocha - Relator

Os embargos são tempestivos. Portanto, recebo o recurso para julgamento.

Os artigos 64, 65 e 66 do Regimento Interno deste Conselho (RICARF - Portaria mf nº 343, de 09 de junho de 2015). assim dispõe:

"Art. 64. Contra as decisões proferidas pelos colegiados do CARF são cabíveis os seguintes recursos:

I - Embargos de Declaração;

Art. 65. Cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto 53 sobre o qual deveria pronunciar-se a turma".

Art. 66. As alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

Os embargos de declaração se prestam para sanar contradição, omissão ou obscuridade, e não possui efeitos modificativos da decisão recorrida, salvo casos específicos que pode resultar em efeitos infringentes do julgamento. Esse instrumento, por vezes pode ser considerado sensível em sua análise, uma vez que excepcionalmente pode contribuir com a modificação de interpretação ou resultado anteriormente esposado.

Nesse sentido, os embargos servem exatamente para trazer compreensão e clarificação pelo órgão julgador ao resultado final do julgamento proferido, privilegiando inclusive ao princípio do devido processo legal, entregando às partes e interessados de forma clara e precisa a o entendimento do colegiado julgador.

Nesse sentido, existem dois pontos a serem analisados: inexatidão material e omissão de matéria quanto à multa a ser aplicada no presente auto de infração.

Referente à inexatidão material, deve ser corrigida o numero do acórdão, uma vez que houve erro por lapso manifesto na sua numeração, fazendo com que o processo tramitasse pela 4ª Câmara indevidamente.

O n.º correto do Acórdão é 2301-004.439, conforme consta no site do CARF.

Já no que tange a aplicação da multa, a tese vencedora tese vencedora, ou seja, recálculo da multa, no tópico "*Legislação aplicável aos registros digitais relativos às contribuições previdenciárias*", ficou determinada a aplicação do artigo 33, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 8.212/91, combinado com o artigo 225, §22 do regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

Lei nº. 8.212/91

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.

Art. 225 (...)

§22. A empresa que utiliza sistema de processamento eletrônico de dados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária é obrigada a arquivar e conservar, devidamente certificados, os respectivos sistemas e arquivos, em meio digital ou assemelhado, durante dez anos, à disposição da fiscalização. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003)".

Do voto do relator, percebe-se que o art. 225 do referido Decreto serviu para fundamentar o equívoco da multa aplicada no auto de infração, ao qual foi calculada pela regra geral no art. 12, inciso II e parágrafo único da Lei nº 8.218, de 29/08/1991, quando na verdade deveria ser calculada pelas regras do art. 32-A, impondo a retroatividade mais benigna ao caso.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

Quanto à multa em discussão no presente caso, como se constata de todo o acórdão desde sua ementa, não há qualquer relação com a multa aplicada quando ocorre outra infração, que é a omissão de fatos geradores em GFIP.

Contudo, as multas aplicas não refletem o auto de infração e em razão disso não tem como aplicá-la no presente caso, contaminando o lançamento devido a vício material. Tanto o foi que, o questionamento no dispositivo do Acórdão recorrido suscitou pelo menos três interpretações quanto à aplicação da multa, objeto do auto de infração.

Como se não bastasse, a autoridade administrativa ao executar o Acórdão recorrido, teve sérias dificuldades em realizar a sua liquidação, suscitando embargos de declaração, e que nesse sentido, a multa aplicada no auto de infração não correspondem a realidade fática do processo.

Portanto, não resta outra alternativa, senão cancelar a exigência fiscal, uma vez que está contaminada por vício material, sem ter como realizar novo lançamento fiscal.

O próprio relator anterior, lançou o seguinte entendimento:

"Para a sistemática das contribuições previdenciárias, vigia à época dos fatos o artigo 33, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 8.212/91, combinado com o Artigo 225, §22 do regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

Art. 225 (...)

§22. A empresa que utiliza sistema de processamento eletrônico de dados para o registro de negócios e atividades econômicas, escrituração de livros ou produção de documentos de natureza contábil, fiscal, trabalhista e previdenciária é obrigada a arquivar e conservar, devidamente certificados, os respectivos sistemas e arquivos, em meio digital ou assemelhado, durante dez anos, à disposição da fiscalização. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003).

Dessa forma, a multa tal como aplicada é improcedente, já que foi calculada pela regra geral no art. 12, inciso II e parágrafo único da Lei nº 8.218, de 29/08/1991".

Correta foi a interpretação do julgador quanto aplicada ao caso concreto estaria errado, porém, equivocada está o entendimento de que o colegiado poderia propor a aplicação de outra multa, diversa daquela feita pela autoridade fiscal.

Nesse sentido, não cabe ao julgador ou ao CARF alterar o critério jurídico da multa lançada no auto de infração. Isso seria, na prática, substituir procedimento exclusivo da autoridade fiscal, responsável por apurar o tributo devido, nos termos do art. 142, do CTN, *in verbis*:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional".

Nesse sentido, temos ainda o art. 145, e o art. 146 do CTN, assim transcritos:

"Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

Se no caso em apreço, aplicarmos a regra proposta pelo Relator anterior, com o máximo respeito ao seu entendimento, estaríamos em verdade adotando novo critério jurídico ao caso concreto, o que não é permitido pela legislação tributária em vigor.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por Acolher e dar Provimento aos embargos opostos, com efeitos infringentes, para sanando os vícios apontados, fazer constar o número correto do Acórdão, qual seja: **Acórdão é 2301-004.439**, que deve integrar o julgamento anterior, bem como nos termos do voto proposto, dar provimento ao recurso voluntário cancelando o auto de infração.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator.