



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

Processo n° 17460.000420/2007-56
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2401-002.917 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2013
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado BATERIAS AJAX LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

EMBARGOS - CONTRADIÇÃO - PROPOSITURA PELA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL.

Não existindo a obscuridade apontada pela procuradoria, os embargos devem ser rejeitados.

Os embargos não se prestam a rediscutir a interpretação dada pelo julgador quanto ao caso concreto, quando no acórdão foram enfrentados os pontos constantes no recurso e na decisão de primeira instância.

NORMAS REGIMENTAIS/PROCESSUAIS. EMBARGOS. PRAZO INTERPOSIÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

É defeso o conhecimento de requerimento da Procuradoria, admitido pela relatora como Embargos Inominados, quando protocolizados fora do prazo de 05 (cinco) dias para oposição de Embargos, conforme preceitos inscritos no artigo 65, § 1º, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009.

Embargos Rejeitados

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, conhecer em parte dos embargos de declaração, para na parte conhecida rejeitá-la. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que os acolhia. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Considerando a propositura de embargos com fulcro no art. 66 do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, a Fazenda Nacional, opõe, tempestivamente, Embargos de Declaração

Trata-se de embargos opostos pela ilustre procuradora por entender que o acórdão prolatado apresenta omissão/obscuridade conforme descrito abaixo.

Como se vê, a decisão embargada entendeu que por meio de decisão judicial foi reconhecido o domicílio tributário do contribuinte em Salvador, razão pela qual o procedimento fiscal não poderia ter sido realizado na cidade de Bauru, como ocorreu no caso.

Contudo, da leitura da sentença trazida aos autos as fls. 62/64, constata-se que o julgador não aprecia o mérito da eleição do domicílio tributário, mas se limita a decidir sobre a possibilidade do contribuinte sofrer ação fiscal em dois locais distintos, Salvador e Bauru.

Alias, na própria decisão judicial, esta consignado que não há óbice a realização de atos fiscais em Bauru. Com efeito, o juiz somente restringe a fiscalização a Salvador para o exame de documentos e livros de permanência obrigatória na sede, conforme se le na parte dispositiva da decisão:

"Desta forma, presentes os requisitos, MANTENHO A ORDEM LIMINAR E CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA, determinando ao Impetrado que proceda, se for o caso, a fiscalização, relativamente aos livros e documentos de permanência obrigatória na sede da Impetrante nesta cidade (art. 161, IN INSS/DC nº 70, de 10 de maio de 2002)."

Verifica-se, portanto, que no dispositivo da sentença, parte vinculante do julgado, não há declaração de domicílio tributário. Nele, somente há comando para a realização da fiscalização em Salvador quando se referir a documentos de permanência obrigatória.

Verifica-se, portanto, certa obscuridade no acórdão embargado, pois se fundamenta em decisão judicial que determina o domicílio tributário em local diverso da ação fiscal, quando o comando judicial não é esse.

Em sua conclusão, o voto condutor ainda aduz que o lançamento se mostra viciado em razão da incompetência da autoridade fiscal que o lavrou.

Sobre o tema, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou súmula sob o nº 27, que ostenta o seguinte enunciado:

"Súmula CARF n" 27. É válido o lançamento formalizado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil de jurisdição diversa da do domicílio tributário do sujeito passivo."

De acordo com a súmula supra transcrita, não se mostra viciado o lançamento efetuado por fiscal de domicílio diverso.

Neste ponto específico, o acórdão também se mostra obscuro, medida que adota entendimento diverso do entendimento sumulado.

Face ao exposto, requer a UNIÃO (Fazenda Nacional) que sejam recebidos e acolhidos os presentes embargos declaratórios, para sanar os vícios acima apontados.

Foi colacionado aos autos também cópia de mandado de segurança (Mandado de Segurança nº 2003.33.00.017486-0, em trâmite na Seção Judiciária da Bahia. impetrado pelo recorrente, em que requer a nulidade de todos os lançamentos, inclusive o objeto deste embargo, considerando o descumprimento da medida judicial que determinava o local para realização do procedimento fiscal., fl. 124 e 129 a 131.

Contudo para adentrar aos pontos que entende a relatora geraram o acatamento dos presente embargos, transcrevo abaixo o relatório do acórdão que não sofreu qualquer alteração.

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela retida dos segurados empregados e não recolhidas na época própria.

Os fatos geradores do presente levantamento foram apurados tendo como base os valores declarados, pelo contribuinte, em GFIP, verificados nas pesquisas aos sistemas de consulta da Secretaria da Receita Previdenciária, (SISTEMA CNISA, AGUIA), estes confrontados com os documentos (GFIPs, meio papel).

Conforme descrito ainda no relatório fiscal, da análise dos documentos e informações constates do sistema Informatizado da DRP, constatamos situações, que, em tese, configuram a prática de crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 10 da Lei 9.983 de 17/07/2000, deste modo, emitimos a devida REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS, baseando apenas nos valores declarados em GFIP. Os valores devidos foram calculados pelo sistema SEFIP.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 29/09/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no mesmo dia.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls. 54 a 58. Em síntese argumenta:

- a fiscalização não poderia ocorrer em Bauru, já que o estabelecimento centralizador da empresa localiza-se em Salvador — BA, existindo inclusive decisão judicial amparando este entendimento e que foi descumprida pela fiscalização;

- o Ministério do Trabalho e Emprego realizou fiscalização junto à empresa em Salvador — BA;

- o débito foi lançado em nome de "Baterias Ajax Ltda" quando a correta razão social da empresa, desde 14 de março de 2004 é "Acumuladores Ajax Ltda", caracterizando-se afronta ao disposto no artigo 142 do CTN;

- **é inconstitucional a taxa Selic;**

- possíveis recolhimentos não efetuados são diretamente ligados à crise financeira que o país atravessa.

Foi emitida Decisão-Notificação - DN confirmando a procedência do lançamento, fls. 73 a 79.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 89 a 94. Em síntese, o recorrente em seu recurso alega:

NO período objeto do lançamento a empresa entregou suas GFIP preenchidas incorretamente.

A matriz centralizou as GFIP, inicialmente entregando as informações de todas as suas filiais, embora essas tenham prestado informações de forma centralizada.

As informações prestadas pela matriz não correspondem a realidade, eis que acumulou indevidamente os valores dos estabelecimentos.

Para corrigir a falta a matriz retificou suas GFIP.

Diferente do entendimento veiculado, os valores constantes da GFIP coincidem exatamente com os valores contidos na FOPAG.

Requer a procedência do pedido e conseqüente anulação da NFLD.

O recorrente manifestou-se para que seja apropriada GPS da competência 07/2004, que incorretamente fez constar a competência 07/2005.

A Receita Previdenciária apresenta suas contra-razões tendo encaminhado o recurso a este conselho.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

Os pressupostos já foram devidamente apreciados quando do julgamento realizado, ora objeto de embargos.

DA ANÁLISE DOS EMBARGOS

Apreciando as questões trazidas pelo ilustre procurador, quanto a indicação de obscuridade do acordão proferido, entendo que o mesmo não padece de vícios, que impliquem sua revisão.

O encaminhamento do julgamento foi no sentido que a realização da auditoria fiscal e por consequência o lançamento deu-se em desobediência a decisão judicial que determinava a realização da fiscalização, que envolva documentos obrigatórios em Salvador. Como dito no acordão, entendo que se trata de indicação de domicílio para efeitos de realização de auditoria. Não vislumbro outra nomenclatura a ser dada, a indicação pela autoridade judiciária do local em que deva-se proceder ao lançamento do que “domicílio fiscal”.

A citação do próprio art. 127 do CTN no acordão ora embargado, esclarece que a remissão do termo domicílio tributário, dá-se ao local onde pode o contribuinte ser intimado a apresentar os documentos para realização do procedimento de fiscalização.

Da mesma forma, não entendo que menção na conclusão do voto: “posto que a constituição do lançamento mostra-se viciado em sua constituição face a incompetência da autoridade fiscal que lavrou o lançamento”, estaria indo de encontro a súmula 27 do CARF.

A realização de procedimentos de auditoria deve obedecer, inicialmente a jurisdição de cada uma das Delegacias da Receita Federal do Brasil. Dessa forma, embora possa ter apresentado interpretação equivocada, o que se determinou foi a nulidade do acordão, posto ter sido a lavratura da NFLD sido realizada em local diverso do que determinava a ação judicial, ou seja, pela DRFB Bauru, enquanto, entende essa relatora o procedimento deveria ser realizado em Salvador, daí surge a incompetência fiscal, em relação a jurisdição.

Contudo, embora tenham sido apresentados diversos argumentos quanto a obscuridade do acordão proferido, em relação ao termo “domicílio tributário”, argumentos esses rejeitados, por entender essa relatora não padecer o acordão das obscuridades apontadas; entendo exista nos autos, outro fato de maior relevância a ser apreciado. Trouxe a procuradoria aos autos a seguinte informação:

Conforme já dito no relatório desse voto, foi colacionado aos autos cópia de mandado de segurança (Mandado de Segurança nº 2003.33.00.017486-0, em trâmite na Seção Judiciária da Bahia, impetrado pelo recorrente, em que requer a nulidade de todos os lançamentos, inclusive o objeto deste embargo, considerando o descumprimento da medida judicial que

determinava o local para realização do procedimento fiscal., fl. 124 e 129 a 131.)

Inicialmente, a informação do ingresso com ação anulatória para desconstituir o lançamento, trazida aos autos em momento posterior ao julgamento, não implica a existência de omissão, obscuridade ou mesmo contradição da decisão proferida, uma vez que não constava dos autos, qualquer informação a respeito da mesma, tendo o acórdão sido proferido em relação aos documentos aos quais o relator teve acesso.

Todavia, a ausência da informação acerca da ação judicial, acabou por impedir que no acórdão proferido fosse apreciada a renúncia por parte do contribuinte, nos exatos termos da súmula n. 01 do CARF. Entendo, que a comunicação do ingresso em juízo, inclusive deveria partir do próprio contribuinte, evitando, seja o processo julgado pelas duas esferas, podendo gerar decisões conflitantes.

Nesse sentido, valho-me da existência dos embargos opostos pela PGFN, que implicam a inexistência de trânsito em julgado, para apresentar ao colegiado uma celeuma: pode o acórdão ser revisto, enquanto ainda pendente de apreciação dos embargos? Acredito que sim! Sempre que possível, deve o julgador, rever seus atos e decisões, mesmo que de ofício, quando identificar qualquer vício ou mesmo informação gerada em momento anterior ao julgamento, que possa a vir afetar a decisão proferida.

Assim, entendo possível, em existindo embargos ainda pendentes de apreciação, valer-se dos mesmos, para atribuir efeitos modificativos a decisão proferida. Referida questão já foi inclusive alvo de manifestação por parte do judiciário no Recurso Especial - Resp 1245063, onde vislumbra-se a possibilidade de atribuir efeitos modificativos ao julgado, por meio regular embargos.

Segundo o entendimento jurisprudencial do STJ, o fato novo, que pode influenciar no resultado da lide, pode ser alegado ainda em sede de embargos de declaração. Precedentes: REsp 1.071.891/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.11.2010; REsp 734.598/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 1.7.2005; REsp 434.797/MS, 4ª Quarta, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 10.2.2003.

Assim, embora não acate dos argumentos trazidos pelo ilustre procurador que o acórdão proferido encontre-se obscuro, valho-me dos embargos apresentados para reapreciar a questão, considerando o ingresso do recorrente com ação judicial (mandado de segurança na 2003.33.00.017486-0 BATERIAS AJAX (atual ACUMULADORES AJAX LTDA, CNPJ no 44.995.595/0001-38) na qual pleiteou a nulidade de créditos previdenciários, dentre eles o crédito 35.798.064-6 em petição protocolada em 29/09/2010) data anterior ao julgamento ocorrido em 09/02/2011, perante esta 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária

Assim, acato os embargos para apreciar o lançamento já levando em consideração o ingresso da empresa em juízo em 29/09/2010, com ação anulatória, justamente considerando o descumprimento da ação judicial, que determinava o local da realização do procedimento fiscal.

Ao ingressar em juízo para desconstituir o lançamento, a empresa leva ao judiciário não só a legalidade do lançamento, como a apreciação dos argumentos para sua desconstituição, o que impede a este colegiado a apreciação dos mesmos argumentos, face a renúncia a discussão no âmbito administrativo. Entendo que não se trata aqui, de identificar

qual o argumento (objeto) apresentado pelo contribuinte para que se identifique a concomitância entre as matérias. Ao ingressar com ação para anular todo o lançamento, não há mais matéria a ser apreciada, razão porque aplico os termos da súmula n. 1 do CARF, aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA 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.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DOS EMBARGOS, para retificar o acordo 2401-01.604, passando o resultado do julgamento a ser: “VOTO POR NÃO CONHECER DO RECURSO, face a concomitância com ação judicial visando anular todo o lançamento.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Voto Vencedor

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Redator Designado

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões de decidir da ilustre Conselheira Relatora, peço vênias para manifestar entendimento divergente, por vislumbrar na hipótese vertente conclusão diversa da adotada pela nobre julgadora, **somente em relação ao conhecimento da matéria concomitância da discussão administrativa e judicial**, como passaremos a demonstrar.

Conforme se depreende dos elementos que instruem os autos esta Egrégia Turma Ordinária, ao analisar o recurso voluntário, entendeu por bem anular o processo, nos termos do Acórdão nº 2401-01.604, exarado na Sessão de 09/02/2011, com a seguinte ementa:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 30/06/2006

*PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO NFLD DESCUMPRIMENTO
DEDECISÃO JUDICIAL DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO.*

Havendo decisão judicial que determina o domicílio tributário do contribuinte, deve ser esse o domicílio a ser considerado pela autoridade fiscal, salvo se comprovado obstrução ou justificativa para desconsiderado, desde que devidamente justificado.

A simples alegação de confronto das informações de GFIP com a verificação física não é suficiente para desconsiderar domicílio determinado pela justiça, se não comprovada obstrução.

Processo Anulado.”

Irresignada, a Procuradoria apresentou Embargos de Declaração, às fls. 116/119, datado de 20/07/2011, suscitando pretensas obscuridades no julgado, relativamente ao mérito da contenda, consoante restou devidamente demonstrado no relatório e voto encimados.

Ato contínuo, em 14/10/2011, a Fazenda Nacional peticionou aos autos, às fls. 124, colacionando decisão judicial procurando demonstrar que *o lançamento tributário impugnado neste processo encontra-se sob controvérsia judicial no Mandado de Segurança nº 2003.33.00.017486-0*, pugnado pelo *reconhecimento da concomitância entre a discussão administrativa e o processo judicial e, por conseguinte, a extinção do presente feito*.

A ilustre Relatora, ao examinar a questão, em que pese rejeitar os Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria, o que fora compartilhado pelos demais Conselheiros, achou por bem acolher essa segunda petição da Fazenda Nacional, na condição de Embargos Inominados, e provê-la, de maneira a retificar o julgado embargado para não conhecer do recurso voluntário diante da concomitância da discussão administrativa e judicial, ponto em

que ousamos divergir.

Destarte, além da ausência da demonstração da ocorrência de omissão, contradição e obscuridade em referida peça da Procuradoria (Embargos Inominados), o que por si só seria capaz de ensejar o seu não conhecimento, o ponto fulcral para resolução da lide se fixa no prazo para apresentação de tal irresignação.

Com efeito, a Fazenda Nacional fora cientificada do Acórdão Embargado em 19/07/2011, como se verifica do documento de fl. 113, tendo apresentado referida petição em 14/10/2011, quase 03 (três) meses após a cientificação.

E, sabendo-se que o prazo para oposição de Embargos de Declaração é de 05 (cinco) dias, a contar da data da ciência do Acórdão, nos termos do artigo 65, § 1º, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, não podemos cogitar no conhecimento de referida petição, eis que absolutamente fora do prazo recursal.

Dessa forma, não se conhecendo de aludido requerimento, por conseguinte, torna-se defeso analisar/adentrar as alegações da Fazenda Nacional, relativamente à pretensa concomitância da matéria na via Judicial e Administrativa.

Alfim, é de bom alvitre destacar que a Procuradoria da Fazenda Nacional não suscitou referida questão (concomitância) no bojo dos Embargos de Declaração, de fls. 116/119, protocolizados tempestivamente e analisados por esta Egrégia Turma, razão pela qual ficamos impedidos de contemplar o seu “aditamento” na forma da petição de fl. 124, mormente quando a decisão judicial acostada aos autos não se caracteriza como fato novo, eis que exarada anteriormente ao Acórdão recorrido.

Por todo o exposto, estando a Petição de fls. 124, admitida pela relatora como Embargos Inominados, em dissonância com as normas regimentais que regulamentam o tema, **VOTO NO SENTIDO DE NÃO CONHECÊ-LA**, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.