



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

Processo nº 15582.000133/2007-34
Recurso nº 999.999 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº **2301-003.073 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de setembro de 2012
Matéria CONT. PREV- OBRA - AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrentes ARCELORMITTAL TUBARAO COMERCIAL S.A.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2006 a 31/05/2006

RECURSO VOLUNTÁRIO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

Se a decisão de primeira instância anulou o lançamento por vício material insanável, não resta ao contribuinte qualquer margem para insurgência. Nesse caso, falta interesse de agir ao insurgente que apresenta Recurso Voluntário, o que leva ao não conhecimento deste.

AFERIÇÃO INDIRETA. ART. 33, §4º DA LEI 8.212/91.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário. A utilização da aferição indireta se não motivada ou motivada em fato diverso daquele previsto em lei não pode prevalecer, ensejando a nulidade do lançamento por vício material.

Recurso Voluntário Não Conhecido e Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em não conhecer do recurso voluntário, nos termos do voto do Relator; II) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em dar provimento parcial ao recurso, para conceituar o vício existente como formal.

Processo nº 15582.000133/2007-34
Acórdão n.º **2301-003.073**

S2-C3T1
Fl. 318

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator.

Participaram do presente julgamento a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, bem como os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Wilson Antonio de Souza Correa, Adriano Gonzáles Silvério, Mauro José Silva e Marcelo Oliveira.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada pela(o) interessada(o), porém anulou o lançamento por vício material insanável e exonerou o crédito tributário.

O processo teve início com a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) nº 37.019.270-2, lavrada em 27/12/2006, que constituiu crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias incidentes sobre remunerações pagas no decorrer de obra de construção civil, no período de 01/05/2006 a 31/05/2006, tendo resultado na constituição do crédito tributário de R\$ 2.526.006,54, fls. 01

Após tomar ciência postal da autuação em 04/01/2007, fls. 84, a recorrente apresentou impugnação, fls. 87/98, na qual apresentou argumentos sobre a decadência, tendo em vista que as obras teriam sido edificadas há mais de dez anos.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) Rio de Janeiro II solicitou diligências para as providências anotadas em fls. 215, especialmente para que o lançamento passasse a expressar conformidade com o art. 142 do CTN.

As informações prestadas não seguiram o que foi solicitado pela DRJ, limitando-se a relatar o trabalho já realizado.

A DRJ/Rio de Janeiro I, no Acórdão de fls. 273/279, julgou a impugnação improcedente, porém anulou o lançamento por vício material insanável e exonerou o crédito tributário. O motivo para tanto foi a inexistência de amparo legal para a fundamentação fática da aferição indireta utilizada pela fiscalização.

Em obediência ao art. 34, inciso I do Decreto 70.235/72 c/c Portaria MF 03/3008, foi apresentado recurso de ofício, uma vez que a decisão exonerou o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Cientificada do *decisum* em 10/06/2011, fls. 285, a recorrente apresentou seu recurso voluntário, em 05/07/2011, fls. 300/311, com argumentos conforme a seguir resumimos.

Apresenta argumentos para apoiar a decisão de primeira instância quanto à incorreta utilização do arbitramento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Mauro José Silva

Reconhecemos a tempestividade do recurso voluntário apresentado, porém deixamos de tomar conhecimento pelos motivos adiante expostos.

O Recurso de Ofício atende ao estabelecido no art. 34, inciso I do Decreto 70.235/72 c/c Portaria MF 03/2008, portanto dele tomamos conhecimento.

Quanto ao Recurso Voluntário falta-lhe um elemento essencial: interesse de agir. O interesse da recorrente foi totalmente contemplado, pois, como relatamos, a decisão de primeira instância anulou o lançamento por vício material insanável, não deixando qualquer espaço para a insurgência.

Assim tem decidido o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) conforme podemos conferir a seguir:

Autoridade: Segundo Conselho de Contribuintes. 4ª Câmara.
Turma Ordinária

Título: Acórdão nº 20400926 do Processo 11040001462200183

(...)MULTA DE OFÍCIO. ANÁLISE DA MATÉRIA. Tendo sido o lançamento da multa de ofício exonerado pela decisão recorrida incabível a análise da matéria em fase de recurso voluntário interposto pela contribuinte por falta de interesse de agir uma vez que a decisão recorrida foi, nesta matéria, favorável às suas pretensões. Recurso não conhecido. (...)

Incabível, portanto, o Recurso Voluntário.

Por sua vez, o Recurso de Ofício não merece provimento conforme a seguir explanamos.

Aferição indireta. Motivação.

A decisão de primeira instância anotou que o lançamento foi lavrado com base em aferição indireta, porém não teria sido demonstrado que havia motivos para utilização desta sistemática excepcional para apuração da base de cálculo das contribuições, conforme os requisitos legais do §4º do art. 33 da Lei 8.212/91 que assim preceitua:

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante e dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante o cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

A decisão *a quo* muito bem observou que a fiscalização fundamentou a aferição indireta no fato de a interessada não ter apresentado documentos que comprovassem a ocorrência da decadência. Tal fundamentação, ainda conforme a decisão recorrida, não teria amparo legal.

Não há reparos a fazer em tal argumentação. De fato, a inexistência de prova da decadência foi a única motivação para a utilização da aferição indireta, em claro descumprimento do §4º do art. 33 da Lei 8.212/91.

Assim, a insurgência oficial não merece prosperar posto que a decisão *a quo* aplicou corretamente a lei e a anulou o lançamento por vício material insanável.

Para reforçar nossa conclusão apresentamos algumas considerações sobre a qualificação do vício em casos de anulação de lançamento.

Sendo ato administrativo, por força do CTN – lei materialmente complementar -, o ato administrativo de lançamento tributário traz implicitamente as nulidades próprias dos atos administrativos. Sobre estas, a doutrina foi buscar no art. 2º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) seu delineamento. Vejamos a literalidade do referido dispositivo legal:

“Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade.*

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;*
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;”*

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Tomando o conteúdo de tal dispositivo, podemos identificar os vícios dos atos administrativos como vícios de incompetência ou relativo ao sujeito, de forma, de ilegalidade do objeto, de inexistência de motivos ou motivação e de desvios de finalidade. Os vícios de forma, a seu turno, consistem “na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”. Diversamente, os vícios quanto ao motivo são verificados quando “a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

A jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) tem acolhido tal entendimento:

Acórdão nº 10249047 do Processo 13709002025200110

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - VÍCIO MATERIAL - A falta da adequada descrição da matéria tributária, com o conseqüente enquadramento legal das infrações apuradas torna nulo o ato administrativo de lançamento e, em conseqüência, insubsistente a exigência do crédito tributário constituído. Preliminar acolhida.

Portanto, fora de dúvidas que o vício no caso em questão, envolvendo, falta de adequada motivação, deve ser qualificado como material.

Por todo o exposto, voto no sentido de **NÃO CONHECER o RECURSO VOLUNTÁRIO**, por falta de interesse de agir; e **CONHECER o RECURSO DE OFÍCIO**, porém, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Relator

Processo nº 15582.000133/2007-34
Acórdão n.º **2301-003.073**

S2-C3T1
Fl. 323

CÓPIA