



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

Processo nº 35437.000603/2006-60
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2301-005.474 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de julho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Embargante MASSAFERA EMPREENDIMENTOS LTDA. (NOVA DENOMINAÇÃO DE MASSAFERA APEN LTDA. E CONSTRUTORA MASSAFERA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/01/2003

EMBARGOS INOMINADOS. ACOLHIMENTO PARCIAL.

Constatada a existência de lapso material em despacho de presidente de turma, que nega seguimento a embargos de declaração, substituindo-se a acórdão que deveria ter sido exarado por turma do Carf, deve ter seguimento os embargos inominados, nessa medida.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO.

Não constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição em acórdão exarado pelo Carf, não deve ter seguimento os embargos de declaração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher parcialmente os embargos inominados de 08/05/2017, para que sejam analisadas as razões dos embargos de declaração de 22/11/2010, da contribuinte e da responsável tributária, contra o Acórdão 2402-00.583, de 22/02/2010 e, em assim fazendo, negar seguimento a ambos os embargos de declaração.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antônio Sávio Nastureles, Wesley Rocha, João Maurício Vital, Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa e João Bellini Júnior (Presidente). Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração opostos por (a) Massafra Empreendimentos Ltda. (nova denominação de Massafra Apen Ltda.) e (b) Construtora Massafra Ltda. (responsável solidária), respeitantes ao Acórdão 2402-00.583, de 22 de fevereiro de 2010 (e-fls. 2579 a 2587), de (c) embargos nominados de Massafra Empreendimentos Ltda. (nova denominação de Massafra Apen Ltda.) contra despacho proferido pelo presidente desta Turma, conforme será a seguir relatado.

O Acórdão 2402-00.583 recebeu as seguintes ementas:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2001 a 31/01/2003

AFERIÇÃO INDIRETA.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante aferição indireta.

INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS DE APURAÇÃO.

Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Constou do dispositivo do acórdão:

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, 1) Por unanimidade de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que o Fisco realize a aferição indireta com critérios vigentes na data da lavratura do lançamento, pelos motivos expostos no voto; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

2. Em razão da determinação do acórdão para “que o Fisco realize a aferição indireta com critérios vigentes na data da lavratura do lançamento”, foram elaborados novos cálculos pelo Setor de Fiscalização da DRF em São José dos Campos (e-fls. 2596 e 2597).

3. Em 16/11/2010 (e-fls. 2604 e 2605), a contribuinte (Massafra Apen Ltda.) e a responsável solidária (Construtora Massafra Ltda.) foram cientificadas da Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 417/2010 (e-fls. 2602 e 2603), na qual foram informados os novos cálculos e foi aberto de 15 dias para apresentação de manifestação de inconformidade, sendo afirmado que, expirado tal prazo, os autos seriam encaminhados ao Carf. Transcrevo os termos do referido comunicado:

Trata-se o presente de Auto de Infração de Obrigações Principais, DEBCAD nº 35.859.076-0, lavrado em 31/01/2006, correspondente aos fatos geradores de Contribuições Previdenciárias.

De acordo com a decisão, de segunda instância, proferida no Acórdão nº 2402-00.583 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, do CARF - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o recurso voluntário apresentado pela empresa contra o lançamento do débito foi provido em parte, afim de que o Fisco realize aferição com critérios vigentes na data da lavratura do lançamento.

A Fiscalização, em atendimento ao decidido no acórdão, efetuou diligência do lançamento do débito, e emitiu relatório fiscal da conclusão da diligência, juntado às folhas 2318/2319.

*Encaminhamos para ciência, cópia da **Conclusão do Resultado da Diligência**, efetuada pela Fiscalização da Receita Federal do Brasil, e cópia do referido Acórdão.*

Fica reaberto o prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir do recebimento desta (data da assinatura do Aviso de Recebimento - AR), apresentar manifestação.

Expirado o prazo os autos serão encaminhados para à 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. (Grifou-se.)

4. Em 22/11/2010, a contribuinte (Massafera Apen Ltda.) apresentou embargos de declaração (e-fls. 2614 a 2627), alegando a existência de obscuridades, contradições e omissão no Acórdão 2402-00.583. Registro que a unidade preparadora, no termo de juntada dos embargos de declaração, se refere a eles como “recurso voluntário” (e-fl. 2634).

5. Em 22/11/2010, Construtora Massafera Ltda. (responsável solidária) apresentou manifestação, dirigida ao Presidente da 2ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção do Carf (e-fls. 2635 a 2637), alegando a existência de contradições e a nulidade do Acórdão 2402-00.583. Registro que a unidade preparadora, no termo de juntada da manifestação, se refere a ela como “recurso voluntário” (e-fl. 2638).

6. Os autos foram remetidos a este Carf (e-fl. 2639).

7. Em 30/11/2010, a contribuinte (Massafera Apen Ltda.) apresentou “manifestação quanto ao relatório fiscal da conclusão da diligência” (e-fls. 2643 a 2646), dirigida ao Delegado da DRF em Araraquara, alegando erros no cumprimento do Acórdão 2402-00.583. Registro que a unidade preparadora, no termo de juntada da manifestação, se refere a ela como “recurso tempestivo” (e-fl. 2641).

8. Em 17/04/2012, pelo Despacho 2803-29 (e-fls. 2661 a 2664), a 3ª Turma Especial da 2ª Seção do Carf resolveu que o processo deveria “retornar ao relator originário prolator do voto que deu ensejo ao Acórdão nº 2402-00.583, na sessão de 22/2/2010”. O relator do despacho, conselheiro Amílcar Barca Teixeira Júnior, consignou em seu voto:

*Pelo que se pode observar dos comandos anteriormente descritos, é **perceptível a ocorrência de equívoco por parte das autoridades administrativas, tendo em vista que o contribuinte apresentou embargos de declaração e a DRF em Araraquara entendeu tratar-se de novo recurso voluntário.** (Grifou-se.)*

9. Em 13/06/2012, tendo em vista que o relator do Acórdão 2402-00.583, conselheiro Marcelo Oliveira, não mais integrava o colegiado da 2ª Turma da 4ª Câmara da 2ª Seção, foi designado como Relator "ad hoc", o conselheiro Júlio César Vieira Gomes (e-fl. 2666).

10. Em 01/11/2012, já na qualidade de presidente da 2ª Turma da 4ª Câmara, o conselheiro Júlio César Vieira Gomes emitiu despacho (e-fls. 2667 e 2668) no qual:

(a) não conheceu dos embargos de declaração, por intempestivos;

(b) não conheceu do “recurso voluntário em face de suposta diligência realizada pelo órgão de cumprimento do acórdão”, uma vez que (diferentemente do que constou na Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 417/2010, e-fls. 2602 e 2603): (b.1) inexistiu “uma Resolução convertendo o julgamento em diligência, mas um acórdão com provimento parcial para que o arbitramento fosse revisto considerando as regras vigentes à época do lançamento” e (b.2) não ser o Carf “competente para julgar reclamações contra cumprimento de acórdão, conforme artigos 1º ao 4º do Anexo II do Regimento”. Eis os termos do referido despacho:

Considerando as datas em relato, os embargos são intempestivos por não atendimento do artigo 65 do Regimento do CARF, aprovado Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:

(...)

Quanto ao recurso voluntário em face de suposta diligência realizada pelo órgão de cumprimento do acórdão, entendo que houve equívoco. A decisão deste colegiado não foi uma Resolução convertendo o julgamento em diligência, mas um acórdão com provimento parcial para que o arbitramento fosse revisto considerando as regras vigentes à época do lançamento.

Ressalta-se que esse órgão não é competente para julgar reclamações contra cumprimento de acórdão, conforme artigos 1º ao 4º do Anexo II do Regimento.

Retornem os autos para a origem, a fim de promover a correta tramitação do processo. (Grifou-se.)

11. Cientificada desse despacho, em 22/01/2013 (e-fls. 2673 e 2674), por meio da Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013, em 29/01/2013 (e-fl. 2675), a responsável solidária, Construtora Massafera Ltda., suscitou a nulidade da referida intimação, alegando serem tempestivos os embargos de declaração opostos pela contribuinte, Massafera Apen Ltda. (e-fl. 2376). Registro que ambos os avisos de recebimento (AR) foram direcionados à contribuinte, Massafera Apen Ltda., a qual, no entanto, possui o mesmo domicílio tributário da responsável tributária, Construtora Massafera Ltda., sendo que precedentes AR, dirigidos a ambas, foram recepcionados, no mesmo endereço, na mesma data e hora, pela mesma pessoa (ver e-fls. 2604 e 2605).

12. Em 25/01/2013 (e-fl. 2682), a contribuinte, Massafera Apen Ltda., peticionou (e-fls. 2683 a 2685), alegando:

(I) erro material na Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013, na qual consta como interessado Construtora Massafera Apen Ltda., a qual desconhece;

(II) erro material no despacho das e-fls. 2667 e 2668 (item 10), que considerou intempestivo seus embargos de declaração, os quais foram opostos tempestivamente;

(III) erro material no despacho das e-fls. 2667 e 2668 (item 10), que equivocadamente afirma que ela, recorrente, teria protocolado novo recurso voluntário após o cumprimento do acórdão, sendo que o próprio Carf, no despacho da e-fl. 2663 (item 8) já havia clarificado o erro anterior das autoridades administrativas.

Requeru ao Delegado da Receita Federal em Araraquara:

(a) a decretação de nulidade da **Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013** (item 11), com o decorrente reencaminhamento dos autos ao Carf para processamento dos embargos de declaração das e-fls. 2614 e seguintes;

(b) **alternativamente**, caso não decretada a nulidade da referida intimação, **ser o seu despacho tratado como embargos de declaração e embargos inominados**, para o fim de serem declarados tempestivos os embargos de declaração anterior (e-fls. 2614 e seguintes) (item 4);

(c) **previamente à devolução dos autos ao CARF** (para o processamento e julgamento dos tempestivos embargos de declaração da e-fl. 2.614), a apreciação, **pela DRF em Araraquara, da manifestação** das e-fls. 2643 a 2646 (item 7), para a retificação de erros materiais nos cálculos constantes do relatório fiscal da conclusão da diligência (item 2).

13. A unidade preparadora reencaminhou os autos ao Carf, por ter sido alegada a tempestividade dos embargos (e-fls. 2687 e 2688).

14. O conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, relator e presidente da 2ª Turma da 4ª Câmara, levou o processo a julgamento por aquela Turma, que, pela Resolução 2402-000.407, de 21/01/2014, sem se manifestar sobre outro requisito de seguimento dos embargos que não sua tempestividade, converteu o julgamento em diligência para que a origem, “considerada a dúvida sobre a tempestividade e as matérias fáticas trazida aos autos (...)”, “(...) se pronuncie sobre os documentos acostados pelo embargante. Restou consignado no voto:

*Além do pressuposto da tempestividade, em sua inconformidade quanto a forma de cumprimento do acórdão pela SRFB traz várias explicações para sustentação de suas alegações. Como já exposto no despacho às fls. 2.667, **esse órgão não é competente para julgar reclamações contra o cumprimento de seus acórdão bem como para a declaração de nulidade de intimações encaminhadas pela SRFB**, conforme artigo 1º do Anexo II do Regimento Interno deste CARF, aprovado Portaria MF nº 256, de 22/06/2009:*

(...)

*Contudo, **considerada a dúvida sobre a tempestividade e as matérias fáticas trazida aos autos**, entendo que os autos devam retornar à origem para que **se pronuncie sobre os documentos acostados pelo embargante**.*

*Assim, voto no sentido de converter o julgamento em diligência.
(Grifou-se.)*

15. Em 19/04/2016, a unidade de origem emitiu a informação fiscal das e-fls. 2694 e 2695, na qual afirma fundamentadamente, em síntese, serem os embargos tempestivos e não existir erro no cumprimento do Acórdão 2402-00.583.

16. A contribuinte, Massafra Apen Ltda. (atual Massafra Empreendimentos Ltda.) foi intimada em 25/04/2016 (e-fl. 2697) da informação fiscal pela Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016 (e-fls. 2696); a intimação da responsável solidária, Construtora Massafra Ltda. ocorreu em data incerta (e-fl. 2699).

17. Em 10/05/2016 (e-fl. 2701), a Contribuinte, Massafra Apen Ltda. (atual Massafra Empreendimentos Ltda.), apresentou manifestação de inconformidade, dirigida ao Sr. Delegado da RFB em Araraquara (e-fls. 2701 a 2705), apresentando suas razões pelas quais estaria equivocada a informação fiscal.

18. Em 10/05/2016 (e-fl. 2721), a Construtora Massafra Ltda. (responsável solidária) apresentou manifestação de inconformidade, dirigida ao Sr. Delegado da RFB em Araraquara (e-fls. 2722 e 2723), apresentando suas razões pelas quais estaria equivocada a informação fiscal.

19. Retornando os autos ao Carf, os autos foram encaminhados ao conselheiro relator, Julio Cesar Vieira Gomes (o qual, na ocasião, integrava esta 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção) que, sem mencionar que os autos retornavam de diligência determinada pelo colegiado, por meio de despacho de admissibilidade em embargos (e-fls. 2727 a 2729), propôs que embargos de declaração não fossem conhecidos, uma vez que este CARF não é competente para se pronunciar sobre reclamação quanto ao cumprimento de seus acórdãos. Tal motivação foi aceita por este relator, na qualidade de presidente da 1ª Turma da 3ª Câmara da 2ª Seção, que negou seguimento aos embargos.

20. Intimadas tanto a contribuinte quanto a responsável solidária do despacho de admissibilidade em embargos em 05/12/2016 (e-fls. 2733 e 2734), a contribuinte apresentou recurso especial (e-fls. 2758 a 2768 e 2771 a 2781). A Construtora Massafra Ltda. (responsável solidária) não se manifestou.

21. Em 20/06/2017, por meio de despacho de saneamento (e-fls. 2818 a 2822), na qualidade de presidente desta 1ª Turma da 3ª Câmara da 2ª Seção, propus ao Sr. Presidente da 3ª Câmara que o despacho de admissibilidade em embargos de 22/11/2016 (e-fls. 2727 a 2729) (item 19) fosse anulado e que os autos fossem incluídos em pauta para que esta 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção se manifestasse a respeito da informação fiscal das e-fls. 2694 e 2695 (item 15) e das petições das e-fls. 2701 a 2705 (item 17) e 2722 a 2724 (item 18). O fundamento da anulação é que se tratava de retorno de diligência solicitada por esta 1ª Turma (item 14), e que, assim sendo, somente o próprio colegiado possui competência para apreciar o seguimento dos embargos. Minha proposição foi aceita pelo Sr. Presidente da 3ª Câmara da 2ª Seção.

22. Em 08/05/2017 (e-fl. 2823), Construtora Massafra Ltda. (responsável solidária) requereu solicitando a atualização dos sistemas do Carf, para que conste o protocolo dos **embargos inominados** apresentados em 09/12/2016, alegando, em síntese:

(a) erro procedimental relativamente à manifestação protocolada pela embargante em 10/05/2016, uma vez que em 10/05/2016, tempestivamente, apresentou sua

manifestação relativamente à informação fiscal referida na Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016, a qual foi dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara/SP, tendo em vista a ocorrência de omissão e erro material na referida informação fiscal, não tendo sido essa, como deveria, analisada e julgada pela DRF Araraquara/SP anteriormente ao encaminhamento dos autos ao Carf para apreciação dos embargos de declaração das e-fls. 2.614 a 2.627, o que caracteriza cerceamento de defesa e torna nula a decisão ora embargada das e-fls. 2.727-2.729;

(b) **lapso manifesto da decisão das e-fls. 2.727-2.729** ao negar admissibilidade aos embargos de declaração das e-fls. 2.614-2.627, que apontaram obscuridade, omissão e contradição no Acórdão 2402-00.583, deixando de analisar os fundamentos e pedidos concretos por ela apontados relativamente ao acórdão embargado.

Pediu o retorno dos autos à DRF Araraquara/SP, para apreciação da manifestação protocolada em 10/05/2016 e, posteriormente, que fosse proferida nova decisão de admissibilidade dos embargos de declaração das e-fls. 2.614-2.627, por decorrência da nulidade da decisão das e-fls. 2.727-2.729.

23. Considerando que o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes não mais compõe este colegiado, os autos foram sorteados, cabendo a mim a sua relatoria.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Bellini Júnior, relator

Desse longo relato, verifica-se a existência de tipos diversos de atos processuais, dirigidas a órgãos distintos, quais sejam, a este Carf e à DRF de origem, os quais listo:

(a) dirigidos ao Carf

i) **embargos de declaração** opostos pela contribuinte e pela responsável solidária (itens 4 e 5);

ii) **embargos de declaração/inominados** para o fim de serem declarados tempestivos os embargos de declaração anterior (item 12);

iii) **recurso especial**. (item 20);

iv) solicitação da atualização dos sistemas do Carf, para que conste o protocolo dos **embargos nominados** apresentados em 09/12/2016, no qual consta (a) pedido de reconhecimento de erro procedimental relativamente à manifestação protocolada em 10/05/2016, uma vez que, nessa data, tempestivamente, apresentou sua manifestação relativamente à informação fiscal referida na Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016, a qual foi dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara/SP, tendo em vista a ocorrência de omissão e erro material na referida informação fiscal, não tendo sido essa, como deveria, analisada e julgada pela DRF Araraquara/SP anteriormente ao encaminhamento dos autos ao Carf para apreciação dos embargos de declaração das e-fls. 2.614 a 2.627, (item 22,

“a”) e (b) pedido de reconhecimento de lapso manifesto da decisão das e-fls. 2.727-2.729 ao negar admissibilidade aos embargos de declaração das e-fls. 2.614-2.627, que apontaram obscuridade, omissão e contradição no Acórdão 2402-00.583 (item 22, “b”);

(b) dirigidas à DRF de origem:

I) **“manifestação quanto ao relatório fiscal da conclusão da diligência”** (item 7);

II) **solicitação de reconhecimento da nulidade da Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013**, pela responsável solidária, Construtora Massafera Ltda. (item 11);

III) **solicitação de reconhecimento da nulidade da Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013**, pela recorrente, Massafera Apen Ltda. (item 12);

IV) **a apreciação, previamente à devolução dos autos ao CARF, da manifestação das e-fls. 2643 a 2646 (item 7)**, para a retificação de erros materiais nos cálculos constantes do relatório fiscal da conclusão da diligência (item 2). (item 12);

V) **manifestação de inconformidade**, pela recorrente, Massafera Apen Ltda. (atual Massafera Empreendimentos Ltda.) **dirigida ao Sr. Delegado da RFB em Araraquara** (e-fls. 2701 a 2705), **apresentando suas razões pelas quais o cumprimento do Acórdão 2402-00.583 deve ser modificado (item 17);**

VI) **manifestação de inconformidade**, pela Construtora Massafera Ltda. (responsável solidária), **dirigida ao Sr. Delegado da RFB em Araraquara** (e-fls. 2722 e 2723), **apresentando suas razões pelas quais o cumprimento do Acórdão 2402-00.583 deve ser modificado (item 18).**

VII) **manifestação relativamente à informação fiscal referida na Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016, dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara/SP**, tendo em vista a ocorrência de omissão e erro material na referida informação fiscal, não tendo sido essa, como deveria, analisada e julgada pela DRF Araraquara/SP anteriormente ao encaminhamento dos autos ao Carf para apreciação dos embargos de declaração das e-fls. 2.614 a 2.627 (item 22, “a”).

Cumpr, assim, verificar o procedimento relativo às peças de competência deste Carf, mesmo que dirigidas, intencionalmente ou não, à unidade de origem.

Em razão disso, somente a petição carreada no evento descrito na letra “b”, I, (item 7 do relatório, referente a erros no cumprimento do Acórdão 2402-00.583) não será analisada. Os demais itens, não obstante tratem-se de petições dirigidas ao titular da DRF de origem, serão analisados nesta ocasião, na medida das atribuições deste órgão.

Registro, contudo, que já se encontra atendido – mesmo que por forma diversa da pretendida, já que decorrente de solicitação realizada por este Carf (itens 14 e 15) – o pedido veiculado no item 7, uma vez que a unidade preparadora já se pronunciou sobre a sua “manifestação quanto ao relatório fiscal da conclusão da diligência” (e-fls. 2643 a 2646), em 19/04/2016, pela informação fiscal das e-fls. 2694 e 2695 (item 15 do relatório), previamente à análise dos embargos de declaração que está sendo procedida nesta ocasião.

Passo a analisar as matérias de competência deste Carf. O faço não em ordem cronológica, mas na ordem lógica.

Em atenção ao item iv) **solicitação da atualização dos sistemas do Carf, para que conste o protocolo dos embargos inominados apresentados em 09/12/2016, no qual consta pedido de reconhecimento de lapso manifesto da decisão das e-fls. 2.727-2.729 ao negar admissibilidade aos embargos de declaração das e-fls. 2.614-2.627, que apontaram obscuridade, omissão e contradição no Acórdão 2402-00.583 (item 22, “b”),** entendo que o pedido de atualização dos sistemas do Carf não pode ser deferido por esta Turma, que não possui as atribuições de produzir a informação nos sistemas do Carf, que se quer seja corrigida. Nossa atribuição é judicante, conforme art. 2º, II, 1, do Anexo I do Ricarf, e a solicitação que se faz é administrativa (art. 2º, I, do Anexo I do Ricarf), estranha a este colegiado.

Porém, o bem jurídico pretendido é, em suma, o conhecimento das **razões** dos embargos inominados que foram juntados aos autos dia 23/06/2017 (item 22). Pode-se analisar o **bem jurídico pretendido** dentro da esfera judicante deste colegiado. Procedo sua análise.

Por primeiro, os embargos inominados, uma vez que se destinam à correção “inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão” (Art. 66 do Ricarf), não se sujeitam a prazo preclusivo. Assim, não há a necessidade de se verificar a sua tempestividade, nem de modificar o sistema dos Carf para que sejam apreciados.

Como visto, foi arguido nos embargos inominados:

(a) erro procedimental relativamente à manifestação protocolada pela embargante em 10/05/2016, uma vez que nessa data, tempestivamente, apresentou sua manifestação relativamente à informação fiscal referida na Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016, a qual foi dirigida ao Delegado da Receita Federal do Brasil em Araraquara/SP, tendo em vista a ocorrência de omissão e erro material na referida informação fiscal, não tendo sido essa, como deveria, analisada e julgada pela DRF Araraquara/SP anteriormente ao encaminhamento dos autos ao Carf para apreciação dos embargos de declaração das e-fls. 2.614 a 2.627.

Não existe o alegado erro material passível de correção por embargos inominados, uma vez que não há qualquer procedimento que determine que uma manifestação de inconformidade a respeito de informação fiscal produzida pela unidade preparadora a pedido deste Carf (caso da Comunicação DRF/AQA/SACAT nº 085/2016, que informa as embargantes das informações fiscais produzidas em razão de diligência requerida pela 2ª Turma da 4ª Câmara, pela Resolução 2402-000.407, de 21/01/2014, item 14) deva ser analisada por essa anteriormente ao encaminhamento da manifestação ao Carf. Diferentemente, é deste Carf a atribuição para decidir, dadas as informações constantes na informação fiscal (item 15) e na manifestação de inconformidade (itens 17 e 18).

Assim, embora o **conteúdo** das manifestações de inconformidade seja a fase de cumprimento de acórdão, sobre o qual, como já registrado por três vezes (itens 10, 14 e 19), falece a este Carf a competência para se manifestar, o fato é que a informação fiscal foi requerida por turma do Carf **antes** da análise do seguimento, ou não, dos embargos de

declaração. Assim, **tais manifestações serão conhecidas apenas se** esta turma decidir dar seguimento aos embargos de declaração, questão que será abordada a seguir.

De qualquer modo, **não existe qualquer erro material ou lapso manifesto a permitir sua correção por embargos inominados**, razão pela qual os embargos não podem ser acolhidos, nesta questão.

Continuo a análise do item iv): (b) **lapso manifesto da decisão das e-fls. 2.727-2.729** ao negar admissibilidade aos embargos de declaração das e-fls. 2.614-2.627, que apontaram obscuridade, omissão e contradição no Acórdão 2402-00.583, deixando de analisar os fundamentos e pedidos concretos apontados pela ora Embargante relativamente ao acórdão embargado de fls. 2.579-2.587.

Entendo que **a embargante possui razão**, motivo pelo qual devem ser acolhidos, nessa media, os embargos inominados, para que seja procedida a análise das razões dos referidos embargos de declaração (itens 4 e 5), nesta ocasião.

Passo à análise dos ii) **embargos de declaração/inominados** para o fim de serem declarados tempestivos os embargos de declaração anterior (item 12);

Como visto, no item 12 a recorrente alegou **(I) erro material na Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013, na qual consta como interessado Construtora Massafra Apen Ltda., a qual desconhece**. De fato, foi cometido erro material no nome da interessada, mas o ato (intimação) atingiu sua finalidade (comunicação do despacho de presidente de turma referido no item 10) e não gerou qualquer tipo de prejuízo à interessada, motivo pelo qual **não há a necessidade de refazer o ato**. É consabido que, em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio *pas de nulité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo, em tradução livre), segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo, o que não foi demonstrado na hipótese. Confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tanto na esfera penal quanto cível:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TESTEMUNHA INTIMADA QUE NÃO COMPARECEU. NULIDADE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. ART. 571, INCISO II DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

3. As nulidades, ainda que reputadas absolutas pela parte, no processo penal pátrio devem ser vistas à luz do princípio pás de nulité sans grief, cabendo à defesa demonstrar o efetivo prejuízo sofrido pelo paciente. Desse ônus, o impetrante não se desincumbiu.

(...)

Habeas Corpus não conhecido. (HC 297734 / MG, Ministro Joel Ilan Paciornik, Data do Julgamento: 05/10/2017) (Grifou-se.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO DE CUMPRIMENTO

DE CONTRATO DE PARCERIA C/C PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE RESILIÇÃO - ACÓRDÃO DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, MANTENDO HÍGIDA A DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA QUE AFASTARA A TESE DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

1. Em tema de nulidade de ato processual, vigora o princípio pas de nulité sans grief, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo, o que não foi demonstrado na hipótese, notadamente porque a regularização da substituição processual diz respeito à parte adversa e já foi realizada no tempo e modo oportuno.

2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt no AREsp 531299 / SP Relator Ministro Marco Buzzi, Órgão Julgador, Quarta Turma, data do julgamento 15/12/2016) (Grifou-se.)

Nessa questão, portanto, não deve ser dado seguimento aos embargos.

Ainda no item 12, foi alegado **(II) erro material no despacho das e-fls. 2667 e 2668** (item 10), que considerou intempestivo seus embargos de declaração, os quais foram opostos tempestivamente e foi solicitado **ii) ser o seu despacho tratado como embargos de declaração e embargos inominados, para o fim de serem declarados tempestivos os embargos de declaração anterior.**

Ora, com o provimento parcial dos embargos inominados de 08/05/2017 (item 22), **tal erro material já se encontra corrigido**, e os embargos da contribuinte e da responsável (item 4 e 5) estão sendo analisados no presente acórdão, motivo pelo qual deixo de proceder a análise de tal pedido.

Continuando no item 12, foi asseverado, ainda, a existência de **(III) erro material no despacho das e-fls. 2667 e 2668** (item 10), que equivocadamente afirma que a recorrente teria protocolado novo recurso voluntário após o cumprimento do acórdão, sendo que o próprio Carf, no despacho da e-fl. 2663 (item 8) já havia clarificado o erro anterior das autoridades administrativas.

De fato, o despacho referido no item 10 conheceu das razões da manifestação referida no item 7 – dirigida à DRF de origem, e-fls. 2643 a 2646 e deixou de conhecer, por lapso, dos embargos de declaração das e-fls. 2614 a 2627 (item 4) e e-fls. 2635 a 2637 (item 5). Como já referido, **tal erro está sendo sanado por este acórdão, pelo seguimento parcial dos embargos inominados, como já analisado.**

Por outro lado, ainda no item 12, é pedida a decretação de nulidade da Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013. **Tal pedido não pode ser deferido**, pois não houve qualquer problema com a intimação, pela qual deu-se ciência de despacho do então presidente da 2ª Turma da 4ª Câmara, conselheiro Júlio César Vieira Gomes. Por outro lado, **o conteúdo do referido despacho** (intempestividade dos embargos de declaração) **encontrava-se equivocado**, razão pela qual, **por meio dos embargos inominados parcialmente admitidos, far-se-á a análise de tais embargo de declaração.**

Assim, o pedido principal do item 12 **(a) decretação de nulidade da Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013** (item 11), com o decorrente reencaminhamento

dos autos ao Carf para processamento dos embargos de declaração das e-fls. 2614 e seguintes, resta parcialmente atendido, uma vez que, **mesmo sem a decretação da nulidade Intimação DRF/AQA/SACAT nº 24/2013**, com o provimento parcial dos embargos inominados de 08/05/2017 (item 22), a consequência é o processamento dos embargos de declaração, não somente da contribuinte Massafra Empreendimentos Ltda. (nova denominação de Massafra Apem Ltda.) (item 4), mas também da Construtora Massafra Ltda. (responsável solidária) (item 5).

Passo a analisar os referidos embargos de declaração.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO APRESENTADOS EM 22/11/2010 POR MASSAFRA APEM LTDA.
(E-FLS. 2614 A 2627) (ITEM 4)**

É alegada:

(a) obscuridade quanto à matéria prejudicial pertinente ao julgamento da desqualificação da contabilidade da recorrente, para fins de permitir o uso de aferição indireta

A recorrente afirma que das premissas não se chega à conclusão albergada no acórdão, porque apenas será possível prosperar o lançamento impugnado no presente processado caso haja sucesso do Fisco no outro procedimento de desqualificação de sua contabilidade. Se a decisão no processo administrativo nº 35.657.983-2 for favorável ao contribuinte então não haverá qualquer lastro no presente lançamento, pois a aferição indireta aqui produzida não terá meios de prevalecer. Em outras palavras, na medida em que não houver desqualificação da contabilidade da Embargante, a presunção legal é de que ela registra adequadamente o movimento de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, sendo, pois, inaplicável o arbitramento por aferição indireta do valor da mão-de-obra empregada na obra objeto do presente lançamento de ofício.

(b) omissão quanto ao julgamento da preliminar de intempestividade e nulidade do ARO de 2003 e da respectiva NFLD: expedição a destempo e derrogação pelo Aro de 2004

Aduz que o acórdão embargado foi omissivo no julgamento da preliminar de que o Aro de 30/06/2003, que lastreia a aferição indireta da NFLD contestada, é nulo de pleno direito por sua insanável intempestividade, nos termos do art. 87, § 4, da IN Dir. Colegiada INSS 69/2002.

(c) contradição em relação às preliminares de cerceamento de defesa por omissão na apreciação do pedido de perícia de engenharia e pela negativa de diligências

Afirma que o acórdão indeferiu as preliminares de cerceamento de defesa formuladas por entender o relator que, simplesmente por existir determinação legal para a utilização do método de aferição indireta (art. 33 da Lei 8.212/91) e pressupondo que não teria sido mantida documentação comprobatória do custo de mão de obra utilizado na construção civil, não haveria a necessidade de ser produzida prova pericial e diligências nas empreiteiras e subempreiteiras.

Há, segundo alega, contradição entre sua fundamentação e sua conclusão justamente quando busca suporte legal – para corroborar a assertiva de inexistência de cerceamento de defesa e desnecessidade de prova pericial e diligências – nos §§ 3 e 4 do art.

33 da Lei nº 8.212/91 (na sua redação original, vigente à época da autuação). É indubitável seu direito à produção de prova em contrário – no caso, de natureza pericial e diligências – já que expressamente admitida pela própria legislação que fundamentou o Acórdão ora embargado, mas que, todavia, de forma absolutamente dissonante e contraditória, com a devida vénia, foi injustificadamente vedada.

(d) contradição quanto ao entendimento de inexistência de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e possibilidade jurídica de comprovação de que o custo aferido supera o custo real da obra

Afirma que o acórdão embargado foi contraditório quando, ao mesmo tempo em que negou a possibilidade de produção de prova pericial de engenharia para comprovar que o custo real da obra foi superior ao custo aferido indiretamente, afirmou a inexistência de violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade pelo método de aferição indireta justamente porque a embargante não teria comprovado sua alegação de que o custo aferido superaria o custo real da obra. Se o entendimento do relator do recurso voluntário foi no sentido de que deveria haver provas de que o custo computado por aferição indireta foi superior ao custo real da obra, ele necessariamente deveria ter acatado as preliminares, levantadas pela embargante em suas razões recursais, de cerceamento de defesa, porque lhe foi negado a produção de prova pericial que justamente visava comprovar a irrazoabilidade do custo da obra indiretamente aferido.

(e) omissão no julgamento quanto ao erro substancial nos elementos temporal e quantitativo do fato gerador aplicável (erro no valor do Cub): nulidade da NFLD

Afirma que o acórdão foi omissos quanto à análise da defesa de que foi utilizado valor do Cub em desacordo como previsto na legislação de regência, tanto se considerada a IN 69/2002 (art. 90, § 1º) – afastada no julgamento do recurso voluntário – quanto se consideradas as posteriores INs 100/2003 (art. 449, § 2º) e 3/2005 (art. 435, § 2º). O acórdão embargado decidiu que o lançamento deve respeitar a legislação em vigor no período em que foi realizada a fiscalização, ou seja, a legislação a ser aplicada é a IN 3/2005, vigente em janeiro de 2006 (data da fiscalização), que, em seu art. 435, § 2º, determinou a utilização das tabelas do CUB publicadas no mês da apresentação da PISO, referentes ao CUB obtido para o mês anterior. Como a PISO (Declaração e Informação sobre Obra) da Embargante foi entregue em 18 de fevereiro 2003 (cf. fl. 89), o CUB corretamente aplicável seria o de janeiro de 2003 no valor de R\$507,95/m² (ao invés de R\$ 544,93). Tal erro substancial (temporal e quantitativo), afirma, leva à nulidade da NFLD.

(f) contradição quanto à determinação de retificação do lançamento e a conclusão de que o lançamento foi lavrado em "estrita observância das determinações legais vigentes"

Assevera que o acórdão, ao mesmo tempo que afirma que “pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento e a decisão foram lavrados na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que tiveram por base o que determina a Legislação”, determina a retificação do lançamento para que seja utilizado ARO emitido com critérios vigentes no período em que foi realizada a fiscalização.

g) erro material nos cálculos da DRF/SJC elaborados em cumprimento ao acórdão ora embargado: erro no valor do Cub aplicável

Entende que, uma vez que o acórdão embargado determinou que “o Fisco realize a aferição com critérios vigentes na data da lavratura do lançamento”, nos cálculos apresentados às fls. 2.318-2.319, a DRF/SJC cumpriu parcialmente o que determinado, pois retificou tão somente os cálculos de aferição indireta no que tange à aplicação do percentual de 12% no cálculo da Remuneração da Mão-de-obra Total (RMT), , mas deixou de observar a integralidade dos critérios de aferição indireta vigentes na legislação aplicável à época da fiscalização e na data de lavratura do lançamento.

h) erro material nos cálculos da DRF/SJC elaborados em cumprimento ao acórdão ora embargado: erro quanto à metragem da área regularizada

Arrazoa que o cálculo apresentado pela DRF/SJC apresenta como Área Regularizada a metragem de 2.606,93m², objeto do ARO de 30/06/2003. Ocorre, todavia, que pelo Aro de 31/12/2004 (posteriormente julgado nulo pela decisão de fls. 83 e ss.), de qualquer forma já havia sido reconhecida como regularizada a Área de 4.069,20m² (cópia do Aro de 2004 em anexo, para fins de referência). Ou seja, já houvera o reconhecimento de que o fato de existir comprovada, para o Fisco, uma Área Regularizada bem superior ao insustentável Aro de 2003, não obstante o Aro de 2004 tenha posteriormente sido anulado. Assim, a nulidade do posterior Aro de 2004 não modificaria a realidade do fato, reconhecido então como certo pela Administração Pública, e mais favorável ao contribuinte, de uma Área Regularizada superior àquela do pretérito Aro de 2003, indevidamente ressuscitado pelo órgão fazendário. Dessa forma, embora sustente a plena correção de sua contabilidade e a completa regularidade de toda a obra, se superados os vícios e nulidades antes apontados do Aro de 2003, de qualquer forma o cálculo apresentado pela DRF/SJC às fls. 2.318-2.319, pretendendo dar cumprimento ao acórdão ora embargado, deverá ser corrigido materialmente para reconhecer a área regularizada de 4.069.20m² que foi reconhecida pelo próprio INSS no Aro de 2004, e não a pretérita área de 2.606,93m², do Aro de 2003.

Passo à análise das matérias embargadas.

Quanto à matéria (a) **obscuridade quanto à matéria prejudicial pertinente ao julgamento da desqualificação da contabilidade da recorrente, para fins de permitir o uso de aferição indireta**, não há qualquer obscuridade no acórdão embargado, o qual foi claríssimo em determinar o prosseguimento do julgamento:

Quanto As preliminares, a recorrente afirma que o julgamento do presente lançamento deve aguardar, por ser dependente, a solução da autuação por descumprimento de obrigação acessória quanto A regularidade da contabilidade.

Esclarecemos à recorrente que não há motivo para que não se julgue o presente lançamento. Todo procedimento fiscal deve ter todas as razões de fato e de direito para a obtenção da certeza de que o fato gerador ocorreu ou houve descumprimento de obrigação acessória.

Portanto, não há razão no pleito da recorrente.

Em realidade, claramente se observa que o embargante não pretende o esclarecimento de obscuridade, mas fazer valer seu inconformismo direto com o resultado do julgamento, ou seja, a rediscussão/rejulgamento das questões do acórdão, o que é inadmissível em embargos de declaração. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou obscuridade do acórdão.

O fato de o acórdão decidir contrariamente às pretensões da embargante ou não rebater os argumentos do recurso voluntário do modo ou na extensão desejada pela embargante não possibilita o uso dos embargos de declaração.

Inexistente a apontada omissão no julgado embargado, não há como prosperar a irresignação. Nesse sentido, confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DESPROVIMENTO.

Uma vez voltados os embargos declaratórios ao simples rejugamento de certa matéria e inexistente no acórdão proferido qualquer dos vícios que os respaldam - omissão, contradição e obscuridade -, impõe-se o desprovemento. (AI 799.509- AgR-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 8/9/2011). (Grifou-se.)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, I E II, DO CPC/1973. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. DESCABIMENTO.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 535, I e II, do CPC/1973, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. Não são cabíveis os presentes embargos, haja vista que a real intenção da parte embargante não é sanar alguma omissão, contradição ou obscuridade no acórdão impugnado, e, sim, rediscutir o quanto decidido, buscando efeitos infringentes em situação na qual não são cabíveis.

3. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. Nesse sentido: STJ, REsp 739.711/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJU de 14/12/2006.

4. Registre-se, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Em tal sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 23/4/2008.

(...)(EDcl nos EDcl nos EREsp 784394 / RS , DJe 17/08/2016)
(Grifou-se.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. PRÉ-QUESTIONAMENTO.

1. A retificação de acórdão só tem cabimento nas hipóteses de inexatidões materiais, erros de cálculo, omissão, contradição ou obscuridade.

2. Os embargos declaratórios não servem ao objetivo de rediscutir o mérito da causa.

3. Se o acórdão decidiu contrariamente às pretensões da parte, não será na via dos embargos declaratórios que buscará reformar o decisum, sob pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese só admitida excepcionalmente.

4. O julgador não está obrigado a se manifestar sobre todas as teses levantadas pelas partes, bastando que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
(TRF4 Embargos de declaração em agravo de instrumento nº 5003007-04.2016.4.04. 0000/RS)

(b) omissão quanto ao julgamento da preliminar de intempestividade e nulidade do ARO de 2003 e da respectiva NFLD: expedição a destempo e derrogação pelo ARO de 2004

Aduz que o acórdão embargado foi omissivo no julgamento da preliminar de que o ARO de 30/06/2003, que lastreia a aferição indireta da NFLD contestada, é nulo de pleno direito por sua intempestividade, nos termos do art. 87, § 4, da IN Dir. Colegiada INSS 69/2002.

Não lhe assiste razão. A matéria foi objeto do recurso voluntário nos seguintes termos:

DA INVALIDAÇÃO DO ARO DE 2003 E CONSEQUENTE EMISSÃO DE NOVO ARO, ADOTANDO OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 457 DA IN-INSS 100/2003 E ART. 443 DA IN-SRP 03/2005

Ainda que se concluísse válido o lançamento arbitrado pela fiscalização, apresentou-se absolutamente inválido e ilegal, na medida em que, atendendo a determinação contida na DN que anulou o lançamento anterior, baseou-se em Aviso para Regularização de Obra -ARO expedido em junho de 2003, do qual a empresa autuada nem foi cientificada.

Com efeito, louvando-se no art. 449 § 3º da IN 100/2003 do INSS, a DN 21.437.4/0096-2005, determinou a fiscalização que respaldasse o novo lançamento no ARO de 2003, exigindo assim as contribuições na competência junho/2003.

Antes de qualquer coisa, devemos deixar registrado que esse documento denominado ARO não tem nenhuma força jurídica, na medida em que não constitui espécie de lançamento tributário, porquanto não tem nenhuma previsão legal conforme a Lei 8212/91, não gerando direitos à Fazenda Pública, e nem sequer pode ser impugnado.

Verifica-se pelo disposto no art. 33 § 7º da Lei 8212/91, e pelo art. 245 do RPS - Decreto 3048/99, que os créditos tributários da Previdência Social constituem-se através de NFLD, AI e GFIP. Como, então, pretender declarar a existência de um crédito em junho/2003, com base em um ARO que não foi notificado ao contribuinte para lhe permitir o contraditório.

De qualquer forma, a não ser pela diferença de acréscimos" legais que dele resulta, nenhuma problema haveria se não tivesse havido modificação normativa de procedimento no período de junho de 2003 até o presente.

Nessas condições, o ARO de 2003 tinha como norma procedimental a IN 69/2002, a qual veio a ser expressamente revogada ainda em 2003, pela mesma instrução normativa na qual baseou-se a DN, para determinar que a nova NFLD tivesse por base junho/2003, ou seja, a IN 100/2003.

Ocorre que a IN/INSS 100/2003, bem como a IN/SRP, a qual está em vigor, alteraram os critérios de arbitramento com base no CUB de construção civil, no que se refere a construção de conjuntos habitacionais populares.

Assim, o art. 457 da IN 100, equivalente ao art. 443 da IN 03, após estabelecer os percentuais de remuneração de mão de obra total de forma escalonada, dispõe no seu § único - No caso de conjunto habitacional popular definido no inciso XXVI do art. 427, utilizar-se-á, independentemente da área construída, o percentual de 12%.

Logo, independentemente de se saber que o arbitramento de contribuições é procedimento excepcional, e que, portanto, deve ser realizado de forma menos onerosa possível ao contribuinte, o critério existente em junho de 2003 e que se fundamentava na IN 69/2002, foi modificado pela própria IN 100/2003, em que se baseou a DN acima referida.

Como proceder a fiscalização? Se for certo que deve obedecer à regra estabelecida no art. 449 § 3.º da IN 100/2003, não é menos certo que se deve aplicar a regra contemplada no art. 457 e, principalmente, o comando do art. 791 da mesma IN que revogou expressamente a IN 69/2002, que dava respaldo ao procedimento vigente em junho/2003.

Dispõe o CTN no § 1.º, do art. 144,

(...)

Verifica-se, portanto, que o lançamento perpetrado pela fiscalização, arbitrando as contribuições com base no CUB, deve atender aos critérios estabelecidos pelas INs 100/2003 e 03/2005, sob pena de incidir em ilegal excesso de exação.

Nessas condições, novo ARO deve ser emitido para se aplicar o percentual de 12%, na apuração da remuneração da mão de obra aplicada na construção do conjunto habitacional popular, considerando também, todos os recolhimentos que haviam sido considerados pelo ARO de 12/2004 e excluídos pelo ARO de 06/2003, e em decorrência ser retificado ou anulado o lançamento arbitrado ora impugnado.

Destarte, a Recorrente requer que seja reformado o nobre decisum de primeira instância administrativa, a fim de que seja

deteminada a invalidação do ARO de 2003 e conseqüente emissão de novo ARO, adotando os critérios estabelecidos no art. 457 da IN-INSS 100/2003 e art. 443 da IN-SRP 03/2005. Outrossim, em se mantendo o procedimento de arbitramento de contribuições, requer que seja permitida a avaliação contraditória," nos termos do art. 148 do CTN.

Por seu lado, a matéria foi expressamente tratada pelo acórdão embargado, inclusive tendo sido objeto de provimento parcial. Verifica-se:

Há mais uma questão preliminar a ser analisada.

A fiscalização na recorrente teve início em 10/01/2006, como demonstra o RF, fls. 021, e o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), fls. 015.

No transcorrer da fiscalização, os agentes fiscais verificaram que existiam irregularidades contábeis, evidenciadas no RF, fls. 044, que autorizavam o uso de aferição indireta, nos termos da legislação.

(...)

Na ocasião da decisão do uso da aferição já existia um Aviso para Regularização de Obra (ARO), emitido em 06/2003, por Agência da Previdência Social (APS). Cabe destacar que o ARO é um simples cálculo, que utiliza o Custo Unitário Básico (CUB) para a aferição de base de cálculo de contribuições previdenciárias em obra de construção civil.

O cerne do problema ocorre devido a legislação ter sido alterada, da emissão do ARO até o início da fiscalização e lavratura do lançamento.

Com a alteração da Legislação, os critérios de aferição das Instruções Normativas (IN), 100/2003 e 03/2005, vigente na data da lavratura do lançamento, são mais benéficos à recorrente do que os critérios de aferição contidos na IN 69/2002. Por esse motivo, a recorrente contesta o critério utilizado.

Há razão no argumento da recorrente.

Em primeiro lugar, o CTN define a legislação que o lançamento deve reportar-se.

(...)

Para os critérios de apuração - que é o caso do arbitramento - a legislação determina que deve ser aplicada a legislação em vigor na data da lavratura do lançamento.

Em segundo lugar, não há lógica na utilização de cálculo efetuado fora do procedimento fiscal, quando não existia fiscalização.

A emissão de ARO consiste em cálculo de valor da construção e de valor da mão de obra utilizada, para a conseqüente exigência de tributo federal previdenciário.

O ARO não consiste em documento de crédito da Seguridade Social, nos termos da legislação.

(...)

O Fisco e a decisão defendem a utilização de ARO de 2003 por interpretação equivocada da legislação.

IN 3/2005:

Art. 435. Para a apuração do valor da mão-de-obra empregada na execução de obra de construção civil, em se tratando de edificação, serão utilizadas as tabelas do Custo Unitário Básico - CUB, divulgadas mensalmente na Internet ou na imprensa de circulação regular, pelos Sindicatos da Indústria da Construção Civil - SINDUSCON.

§ 3º Em relação à obra de construção civil, consideram-se devidas as contribuições indiretamente aferidas e exigidas:

I - na competência de emissão do ARO;

Claro que a legislação afirma que consideram-se devidas as contribuições indiretamente aferidas e exigidas na competência de emissão do ARO lavrado em procedimento fiscal e motivador de lançamento.

O ARO não é documento constituidor de crédito. Sua simples emissão não possibilita o contraditório e não serve como documento para a exigência de dívida tributária.

O ARO consiste em simples documento de cálculo.

Portanto, o cálculo que deveria ter sido utilizado é o que se fundamenta na legislação em vigor na data do procedimento fiscal, com base na legislação que introduziu novos critérios de apuração.

Destarte, o Fisco deve retificar o lançamento, a fim de utilizar ARO emitido com critérios vigentes no período em que foi realizada a fiscalização.

Como já referido na análise da matéria anterior, cujas razões considero reproduzidas neste momento, o fato de o acórdão decidir contrariamente às pretensões da embargante ou não rebater os argumentos do recurso voluntário do modo ou na extensão desejada pela embargante não possibilita o uso dos embargos de declaração. Ademais, tendo sido resolvida a questão objeto do recurso voluntário, não existe a necessidade da manifestação direta pelo acórdão, a cada palavra, expressão ou argumento utilizado pela parte. Confira-se, nesse sentido, a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, ART. 1.022 DO CPC. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

(...). (REsp 1704283 / RJ Relator Ministro Herman Benjamin; Órgão Julgador: Segunda Turma; Data do Julgamento: 12/12/2017)

(EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1265074 / SC; Data do Julgamento: 21/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO DO MÉRITO. NÍTIDO PROPÓSITO INFRINGENTE.

1. Não se configura a alegada ofensa ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015 uma vez que os acórdãos anteriores julgaram integralmente a lide e solucionaram, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. Claramente se observa que não se trata de omissão, mas de inconformismo direto com o resultado do julgamento.

(...)

(...)

5. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

6. Ressalte-se que a mera insatisfação com o conteúdo da decisão não enseja Embargos de Declaração. Esse não é o objetivo dos Aclaratórios, recurso que se presta tão somente a sanar contradições ou omissões decorrentes da ausência de análise dos temas trazidos à tutela jurisdicional, no momento processual oportuno, conforme o art. 1.022 do CPC/2015.

7. A insubsistência dos argumentos e a insistência na oposição de novos aclaratórios manifestamente incabíveis denota resistência injustificada e propósito manifestamente protelatório, passível de apenamento com fulcro no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015.

8. Embargos de Declaração rejeitados, com imposição de multa de 1% do valor da causa, devidamente atualizado. (Grifou-se.)

Desse modo, não deve ter seguimento os embargos, nesta questão.

(c) contradição em relação as preliminares de cerceamento de defesa por omissão na apreciação do pedido de perícia de engenharia e pela negativa de diligências

Não existe a alegada contradição. O acórdão decidiu com os seguintes fundamentos:

Em outra preliminar a recorrente afirma que fez pedido de perícia e que este não foi analisado adequadamente pela decisão, cerceando seu direito de defesa.

Equivocada a conclusão da recorrente.

O pedido de perícia da recorrente buscava comprovar o custo total presumido da obra, mas - como salientou a decisão - há determinação legal para o uso da aferição.

Lei 8.212/1991:

(...)

Como a recorrente não manteve sua documentação comprobatória do custo da mão de obra utilizada na construção civil, o Fisco aferiu as contribuições, pelo parâmetro determinado pelas normas.

Não há, também e pelo mesmo motivo, razão no argumento da necessidade de diligências nas empreiteiras e subempreiteiras.

A recorrente deveria ter mantido sua documentação em ordem, para a comprovação dos salário-de-contribuição (SC) pagos, como não manteve, aferiu-se o SC, como possibilita a legislação.

Portanto, não há razão no argumento.

Poder ser produzida prova em contrário pelo contribuinte não significa direito subjetivo à produção de perícias e/ou diligências por este Carf, que somente serão realizadas, como consabido, quando o colegiado as entender necessárias, conforme determina o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Ademais, as provas documentais devem ser apresentadas pelo impugnante, por ocasião da apresentação de sua impugnação em 1º grau, conforme determinação do art. 16 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

(...)

Desse modo, os embargos não devem ter seguimento, nessa matéria.

(d) contradição quanto ao entendimento de inexistência de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e possibilidade jurídica de comprovação de que o custo aferido supera o custo real da obra

Não existe a alegada contradição. O acórdão recorrido decidiu com base nos seguintes fundamentos:

A recorrente afirma que a aferição viola o Princípio da razoabilidade, pois o custo aferido supera o custo real da obra, mas não traz aos autos prova nenhuma do que alega.

A aferição utilizada - com base, em síntese, na metragem, no padrão da obra e na tabela confeccionada periodicamente pelo Sindicato das construtoras - provoca debates no Fisco, pois a gigantesca maioria entende que a aplicação da aferição leva a um cálculo subvalorizado, mais benéfico aos sujeitos passivos do que à sociedade que utiliza dos recursos da Previdência Social.

Portanto, como a recorrente não comprova que a utilização da aferição é extremamente danosa, não há razão em seu argumento.

Novamente me reporto às razões de denegação realizadas na análise dos itens anteriores, para reafirmar inexistência de direito subjetivo dos recorrentes à produção de perícias e diligências determinadas pelos órgão integrantes do julgamento de processos administrativos fiscais, a discricionariedade da produção de provas por este colegiado, e a possibilidade de as provas serem produzidas, de modo independente, nos limites determinados pelos arts. 16 e 17 do Decreto nº 70.235, de 1972. Ademais, como já ressaltado, e cujas razões considero reproduzidas neste momento, o fato de o acórdão decidir contrariamente às pretensões da embargante ou não rebater os argumentos do recurso voluntário do modo ou na extensão desejada pela embargante não possibilita o uso dos embargos de declaração.

(e) omissão no julgamento quanto ao erro substancial nos elementos temporal e quantitativo do fato gerador aplicável (erro no valor do CUB): nulidade da NFLD

Não há qualquer omissão no acórdão a respeito da legislação aplicável para cálculo do CUB. Conforme já transcrito na análise do item “b”, é justamente da análise da legislação aplicável ao caso que decorre o provimento parcial do recurso.

Repiso novamente as razões expostas na análise das matérias anteriores, no sentido de que em realidade, o que o embargante pretende é a rediscussão/rejulgamento das questões do acórdão, o que é inadmissível em embargos de declaração. Não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou obscuridade do acórdão.

(f) contradição quanto à determinação de retificação do lançamento e a conclusão de que o lançamento foi lavrado em "estrita observância das determinações legais vigentes"

Ora, é aparente a contradição apontada pelo embargante. Ao afirmar que “pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento e a decisão foram lavrados na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que tiveram por base o que determina a Legislação”, é evidente que o acórdão não está se manifestando sobre o ponto do recurso voluntário ao qual foi dado provimento. Mesmo que se entendesse diferentemente, no sentido de haver contradição, o que se admite apenas para fins argumentativos, pois a supressão de tal frase ou a adição, da expressão “salvo quanto à matéria em que se dá provimento ao recurso voluntário” não traria qualquer benefício ao recorrente. É cediço que somente se declara se há efetivo prejuízo para a parte, como já analisado por este acórdão a cujas razões me reposto.

g) erro material nos cálculos da DRF/SJC elaborados em cumprimento ao acórdão ora embargado: erro no valor do Cub aplicável

h) erro material nos cálculos da DRF/SJC elaborados em cumprimento ao acórdão ora embargado: erro quanto à metragem da área regularizada

As matérias “g” e “h” referem-se a erros materiais nos cálculos elaborados em cumprimento ao acórdão embargado.

Como já assentando por diversas vezes na tramitação deste processo, “esse órgão não é competente para julgar reclamações contra cumprimento de acórdão, conforme artigos 1º ao 4º do Anexo II do Regimento”. Tal fato já ocorria no momento de interposição dos embargos, quando vigia a Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, que não previa tais atribuições a este colegiado e não foi alterado pelos regimentos decorrentes de Portarias posteriores, que, em verdadeira interpretação autêntica, expressamente rejeitam tal atribuição. Cito o art. 1º do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 343, de 2015 (Ricarf):

Art. 1º Compete aos órgãos julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) o julgamento de recursos de ofício e voluntários de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

*§ 1º A competência de que trata o **caput** não se aplica a recurso contra ato proferido na fase de cumprimento dos seus acórdãos.*

Desse modo, não há como dar seguimento aos embargos, também quanto a tais matérias.

Voto, desse modo, por negar seguimento aos embargos ora analisados.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO APRESENTADOS EM 24/11/2010 POR CONSTRUTORA MASSAFERA LTDA. (RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA) (E-FLS. 2635 A 2637) (ITEM 5)

A embargante alega a existência de **contradição e, portanto, nulidade, em face das decisões exaradas nos processos nºs 35373.000881/2006-17, debcad 35657983-2 e 35373.000880/2006-64, debcad nº 35657984-0.**

Afirma a embargante que os processos nºs 35373.000881/2006-17, debcad 35657983-2 e 35373.000880/2006-64, debcad nº 35657984-0 referem-se a autos de infração lavrados no curso da mesma ação fiscal, contra Massafra Apen Ltda. e outros; o primeiro, por infração ao art. 33§§ 2º e 3º, e o segundo por infração ao art. 32, II da Lei 8212, de 1991. Assim, tais autos de infração desconsideraram a contabilidade da autuada, ensejaram a aferição indireta e arbitramento de contribuições que resultou na antiga NFLD objeto do presente recurso. Nessas condições, forçoso é concluir que reputam-se conexos e há continência entre os três lançamentos e respectivos processos administrativos, nos exatos termos dos arts. 103 e 104 do Código de Processo Civil, não podendo dar ensejo a decisões conflitantes. Assim, a 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF julgou nulos os lançamentos, por erro na identificação do sujeito passivo. Por outro lado, conforme frisado de início, transpostas as preliminares, negou provimento aos recursos e julgou procedente em parte o lançamento. Logo, temos em processos entre as mesmas partes, sendo comum o objeto e a causa de pedir, decisões absolutamente conflitantes, ou seja, em dois deles, conclui-se serem nulos por erro na identificação do sujeito passivo, e no terceiro, há julgamento de mérito e manutenção do lançamento. Nestes termos, em face da conexão e continência que há entre os referidos

processos, requer a reconsideração da decisão acima referida, para que se julgue nulo o presente lançamento, por erro na identificação do sujeito passivo.

Claramente se observa que o embargante não pretende o esclarecimento de obscuridade, mas fazer valer seu inconformismo direto com o resultado do julgamento, ou seja, a rediscussão/rejulgamento das questões do acórdão, o que, como já consignado, é inadmissível em embargos de declaração, como já ressaltado por ocasião da análise dos embargos da outra embargante, a cujas razões me reporto, *mutatis mutandis*.

Voto, desse modo, por negar seguimento aos embargos ora analisados.

Quanto ao **iii) recurso especial (item 20)**, interposto, não é atribuição deste colegiado dele se manifestar, poder reservado, pelo Ricarf, art. 18, III do Anexo II, aos presidentes de câmara:

Art. 18. Aos presidentes de Câmara incumbe, ainda:

(...)

III - admitir ou negar seguimento a recurso especial, em despacho fundamentado;;

Deixo de emitir, portanto qualquer juízo a respeito do recurso especial

INTIMAÇÕES

O requerimento de realizar as intimações no nome e endereço do patrono da recorrente não pode ser deferido, pois no processo administrativo fiscal as intimações obedecem ao disposto no art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, que prevê os modos de intimação dos sujeitos passivos em seu domicílio fiscal, mas não prevê a intimação na figura de seus mandatários, em seu próprio domicílio, em substituição ou adição à intimação dos sujeitos passivos.

Conclusão

Voto, portanto, DAR PARCIAL SEGUIMENTO aos embargos inominados de 08/05/2017 (item 22 do relatório), para que sejam analisadas as razões dos embargos de declaração da contribuinte e da responsável tributária (itens 4 e 5 do relatório) e, assim fazendo, por NEGAR SEGUIMENTO aos embargos de declaração da contribuinte e da responsável tributária (itens 4 e 5 do relatório).

(assinado digitalmente)
João Bellini Júnior
Relator

