



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

Processo n° 10380.005603/2007-17
Recurso n° 259.041 Voluntário
Acórdão n° 2403-000.486 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CEMONTE - CERÂMICA MONTE ALEGRE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/04/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula n° 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - PEDIDO DE PERÍCIA - INDEFERIMENTO.

O indeferimento do pedido de perícia não caracteriza cerceamento do direito de defesa, quando demonstrada sua prescindibilidade. Considerar-se-á como não formulado o pedido de perícia que não atenda aos requisitos previstos no artigo 16, IV c/c §1° do Decreto n° 70.235/72.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DA AUTUAÇÃO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram a autuação, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade da autuação.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 32, §§ 2° 3°, LEI N° 8.212/91 C/C ART. 283, J, DECRETO N° 3.048/99 -

APRESENTAR DOCUMENTO OU LIVRO QUE NÃO ATENDA ÀS FORMALIDADES LEGAIS EXIGIDAS, QUE CONTENHA INFORMAÇÃO DIVERSA DA REALIDADE OU QUE OMITA A INFORMAÇÃO VERDADEIRA

Constitui infração, punível na forma da Lei, a empresa apresentar documento ou livro que não atenda às formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira.

A inobservância da obrigação tributária acessória é fato gerador do auto-de- infração, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar a Receita Federal do Brasil - RFB na administração previdenciária.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Renato Coelho Borelli (suplente). Ausentes o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza e o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, fls. 57 a 63, apresentado contra **Acórdão nº 11.20.395 – 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife - PE**, fls. 49 a 54, que julgou procedente a autuação oriunda de descumprimento de obrigação tributária acessória, fl. 01, **Auto de Infração - AI nº 35.898.369-0**, no montante de R\$ 11.568,83 (onze mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e três centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fls. 07, a autuação ocorreu em função de que:

(a) Durante o procedimento fiscal, verificou-se que o contribuinte realizou obras de construção civil, sem no entanto registrar os valores das remunerações referente a obra na sua contabilidade.

(b) A constatação foi feita mediante análise das notas fiscais de aquisição de material de construção e os registros constantes nas contas: 1300031212, 3420100495, 3420200341 intituladas de Material de Construção, e 4510200009, intitulada de conservação em edificação e ainda nas contas 3420200244, 34201000906 intituladas de matéria/ insta/ação nos anos de 1996 a 2004;

(c) Dessa forma houve infração ao art. 33, §§ 2 e 3 da lei 8212/91, combinado com o art. 232 e 233, parágrafo único do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3048 de 06/05/1999.

(d) O contribuinte é optante pelo SIMPLES, mesmo assim optou por escriturar livros diário e razão.

O Auto de Infração, Código de Fundamentação Legal – CFL 38, foi lavrado pela Fiscalização contra o Recorrente por deixar de registrar os valores das remunerações referente a obra de construção civil na sua contabilidade, conforme o dispositivo legal infringido na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 33, §§ 2º e 3º, combinado com os arts. 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999., descumprindo, assim, obrigação legal acessória, conforme previsto na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, arts. 92 e 102 e Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, art. 283, inc. II, alínea "j" e art. 373.

Ainda, o Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 08, informa que não foi verificada a circunstância atenuante nem a circunstância agravante.

A multa aplicada corresponde ao valor calculado na forma dos artigos 92 e 102 da Lei n. 8.212/91 e artigo 283, inciso II, alínea "j" e artigo 373 do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. o 3.048/99), definida pela Portaria do Ministério da Previdência Social n.º 119, de 19/04/2006, no valor de R\$ 11.568,83 (Onze mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e três centavos).

Outrossim, fazendo-se referência ao Relatório TEAF – Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal, encontra-se **a NFLD correlata ao presente Auto de Infração - AI nº 35.898.369-0, qual seja, a NFLD nº 35.898.371-1.**

Desta forma, para fins de esclarecimento acerca da obra de construção civil em questão no presente Auto de Infração - AI nº 35.898.369-0, observe-se o **Relatório Fiscal, às fls. 111 a 118 da NFLD nº 35.898.371-1:**

O Relatório Fiscal da NFLD nº 35.898.371-1, às fls. 111 a 118, informa que o contribuinte fiscalizado é optante pelo SIMPLES do período de 01/1997 até a presente data, no entanto, mesmo assim, quando edifica obra de construção civil, inclusive pra uso próprio, contribui na forma das empresas em geral conforme o que determina o item 40 da Ordem de Serviço INSS/DAF 165, o art. 66 da Instrução Normativa INSS/DC 18, o art. 124 da Instrução Normativa INSS/DC 69, art. 276 da Instrução Normativa INSS/DC 100, art 486 da Instrução Normativa MPS/SRP 03.

Instrução Normativa MPS/SRP 03/2005: Art. 486. As contribuições sociais incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra própria utilizada na execução de obra de construção civil, inclusive a destinada a uso próprio, por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional, agroindústria ou produtor rural, não são abrangidas pela substituição de contribuições sociais que lhes é atribuída em virtude de lei, ficando o responsável pela obra sujeito às contribuições previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, bem como as destinadas a outras entidades ou fundos.

Conforme o **Relatório Fiscal da NFLD nº 35.898.371-1**, às fls. 111 a 118, os motivos da aferição/arbitramento:

- 1. o Recorrente não registrava na contabilidade as remunerações referentes às obras de construção civil de sua propriedade, tendo sido encontrados registros referentes à compra de materiais de construção. Tal fato, inclusive, originou a lavratura de Auto-de-Infração - AI;*
- 2. a falta de registro de obra de construção civil junto ao INSS, motivo pelo qual também consta lavratura de AI;*
- 3. a falta de apresentação à auditoria-fiscal de documentos solicitados, referentes à obra de construção civil, inclusive, documentação que comprovasse eventual lapso de tempo decadencial, ou mesmo regularização da obra junto à Previdência Social, sendo que a Recorrente apenas apresentou planta, de julho de 1996, sem identificação da área original, reformada ou acrescida, e sem ART - Anotação de Responsabilidade Técnica do CREA.*

O Relatório Fiscal da NFLD nº 35.898.371-1 informa também que foi emitido o Aviso para Regularização de Obra – ARO, às fls. 119 a 120. Ademais, aponta que o crédito foi lançado por arbitramento e apurado por aferição indireta, na forma da legislação, tomando por base a área total constante na planta apresentada, sendo enquadrada conforme os art. 436 a 441, da IN MPS nº 03/2005; o valor da remuneração foi calculado conforme os art. 433 a 435, 442 a 444, 472 e 473, e 486 da citada IN; e afirma que a remuneração foi calculada com base na área construída e no padrão da obra e teve como custo por metro quadrado o CUB.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09305787F00 foi de 01/1996 a 04/2006, às fls. 09.

O **período objeto do Auto de infração**, conforme o Relatório Fiscal da Infração, às fls. 07, é de **01/1996 a 04/2006**.

O Recorrente teve **ciência do Auto de Infração** no dia **31.07.2006**, às fls. 01.

O **Recorrente apresentou impugnação**, às fls. 25 a 32, com Anexos às fls. 33 a 41.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Recife - PE, fls. 49 a 54, emitiu o **Acórdão nº 11.20.395 – 6ª Turma, julgando procedente a autuação**, conforme a Ementa a seguir:

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/1996 a 30/04/2006

***PREVIDÊNCIA SOCIAL. CUSTEIO. OBRIGAÇÃO
ACESSÓRIA. INFRAÇÃO.***

Constitui infração à legislação Previdenciária a apresentação de documento ou livro que não atenda às formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou omita a informação verdadeira.

Lançamento Procedente

Inconformada com a decisão da 1ª instância, **o Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 57 a 63, onde alega, em apertada síntese:

Em sede Preliminar:

***(a) PRELIMINAR DE NULIDADE. EMPRESA
DISPENSADA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. OPTANTE
PELO SIMPLES.***

(a.1) Da inconstitucionalidade.

o inciso II, do art. 5º., da Constituição Federal traz como garantia que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" e, a Lei, dispõe que a

empresa optante pelo SIMPLES está desobrigada da escrituração contábil (RPS, art. 225, §16, III), impõe-se a conclusão de que o AI deve ser anulado por ferir aos princípios constitucionais que regem a conduta dos agentes públicos.

(a.2) Não cabimento da sujeição à obrigação acessória de escrituração contábil no caso de obra de construção civil.

Também é inverdade que a Lei n. 8.212/91, bem como o Regulamento da Previdência Social, transformam a empresa optante pelo SIMPLES, caso venham a construir uma obra de construção civil, diretamente, para uso próprio, em uma empresa NÃO OPTANTE pelo SIMPLES, sujeitando-se, conseqüentemente, à obrigação acessória de escrituração contábil.

(a.3) Da exclusão do SIMPLES

Logo, se a empresa se encontra desabrigada pela Lei que instituiu o SIMPLES de apresentar escrituração contábil, obviamente, que a desconsideração de sua opção pelo SIMPLES, sem a observância do devido processo legal, com a perda e exclusão do sistema simplificado, automaticamente, pelo próprio AFPS emitente da NFDL, gera a nulidade do procedimento administrativo fiscal.

Para a exclusão da empresa do SIMPLES há a necessidade do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como condição preliminar para a constituição do crédito tributário, como empresa NÃO OPTANTE. Somente após a decisão administrativa final, proferida pelo órgão competente, poderia aventar-se a possibilidade, mediante nova ação fiscal, apurar os possíveis créditos tributários decorrentes da exclusão do SIMPLES Sem esse procedimento administrativo prévio, o lançamento do crédito tributário como empresa NÃO OPTANTE PELO SIMPLES constitui ato administrativo arbitrário, NULO.

(b) SEGUNDA PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAR PROVA EM CONTRÁRIO COMO INDEFERIMENTO DA PERÍCIA REQUERIDA.

O período de apuração do débito vai de 01/01/1996 a 30/04/2000 Nesse período a empresa não realizou nenhuma obra de construção civil.

Neste caso, o AFPS presume que a empresa teria executado uma obra de construção civil pelo fato de ter constatado, através do exame dos livros diário e razão, dos quais estava desobrigado de apresentar, a existência de lançamentos contábeis referentes à compra de materiais de construção.

Os materiais, cujas notas fiscais de compra foram encontradas na empresa, foram utilizados para simples reparos das instalações. Neste caso, somente é possível a comprovação mediante a realização de urna perícia técnica por um engenheiro civil.

*A empresa não solicitou nenhuma matrícula no CEI — Cadastro Específico do INSS, visto que nenhum projeto de obra de construção civil foi executado nesse período. Todas as instalações existentes possuem mais de dez anos, conforme contrato social da empresa e aditivos (examinados pelo AFPS). **Portanto, não é possível apresentar documentos para comprovar um fato inexistente, ou seja, de que não foi executada, no período fiscalizado, nenhuma obra de construção civil.***

No Mérito:

(c) Valores indevidos.

O valor da multa deste Auto de Infração e indevido, pois que não foram respeitados os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

fls. 67.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 67.

DO DEPÓSITO RECURSAL

O Supremo Tribunal Federal – STF editou a Súmula Vinculante nº 21 que afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares.

DAS PRELIMINARES

Da decadência

Cumprido resgatar que o Recorrente foi cientificada do Auto de Infração no dia 31.07.2006, às fls. 01, e que o Auto de Infração se refere ao período de 01/1996 a 04/2006, conforme o Relatório Fiscal da Infração, fls. 07.

Para este tipo de infração, Código de Fundamentação Legal – CFL nº. 38, o valor da multa é único, com base no art. 7º, inciso VI, da Portaria MPS Nº 342, de 16 de agosto de 2006, aos valores da época, R\$ 11.568,83 (onze mil, quinhentos e sessenta e oito reais e oitenta e três centavos), **sendo que não há mitigação da multa por ocorrências**.

Ou seja, basta apenas uma única ocorrência da infração em uma competência para que seja efetivado o descumprimento da obrigação acessória, desde que aquela competência ainda não esteja decadente, nos termos da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal, e do Código Tributário Nacional.

Ora, se a recorrente foi cientificada do Auto de Infração no dia 31.07.2006, e o Auto de Infração se refere ao período de 01/1996 a 04/2006, desta forma restou evidente que em função de apenas uma única competência, por exemplo, 04/2006, não decadente por quaisquer dos critérios adotados no Código Tributário Nacional, ter sido efetivado o descumprimento da obrigação acessória.

Desta forma, não prospera a possibilidade de decadência parcial da obrigação acessória em questão.

(a) PRELIMINAR DE NULIDADE. EMPRESA DISPENSADA DE ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. OPTANTE PELO SIMPLES.

(a.1) Da inconstitucionalidade.

A Recorrente alega:

o inciso II, do art. 5º., da Constituição Federal traz como garantia que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" e, a Lei, dispõe que a empresa optante pelo SIMPLES está desobrigada da escrituração contábil (RPS, art. 225, §16, III), impõe-se a conclusão de que o AI deve ser anulado por ferir aos princípios constitucionais que regem a conduta dos agentes públicos.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(a.2) Não cabimento da sujeição à obrigação acessória de escrituração contábil no caso de obra de construção civil.

A Recorrente alega:

Também é inverdade que a Lei n. 8.212/91, bem como o Regulamento da Previdência Social, transformam a empresa optante pelo SIMPLES, caso venham a construir uma obra de construção civil, diretamente, para uso próprio, em uma empresa NÃO OPTANTE pelo SIMPLES, sujeitando-se, conseqüentemente, à obrigação acessória de escrituração contábil.

Analisemos.

De plano, temos que a Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Previdenciária - SRP e dá outras providências, tendo como fundamentação legal:

Constituição Federal; Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993; Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995; Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996; Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999; Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000; Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 (Código Comercial); Lei nº 3.577, de 4 de julho de 1959; Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960; Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964; Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964; Lei nº 4.863, de 29 de novembro de 1965; Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional); Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966; Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971; Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil); Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973; Lei nº 5.929, de 30 de novembro de 1973; Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974; Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974; Lei nº 6.094, de 30 de agosto de 1974; Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976; Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977; Lei nº 6.586, de 6 de novembro de 1978; Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980; Lei nº 6.855, de 18 de novembro de 1980; Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981; Lei nº 6.999, de 7 de junho de 1982; Lei nº 7.064, de 6 de dezembro de 1982; Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; Lei nº 7.501, de 27 de junho de 1986; Lei nº 7.787, de 30 de junho de 1989; Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989; Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; Lei nº 8.138, de 28 de dezembro de 1990; Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991; Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991; Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991; Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991; Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992; Lei nº 8.540, de 22 de dezembro de 1992; Lei nº 8.620, de 5 de janeiro de 1993; Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993; Lei nº 8.650, de 22 de abril de 1993; Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; Lei nº 8.706, de 14 de setembro de

1993;Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993;Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994;Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994;Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994;Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994;Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995;Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995;Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995;Lei nº 9.129, de 20 de novembro de 1995;Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996;Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996;Lei nº 9.429, de 26 de dezembro de 1996;Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997;Lei nº 9.476, de 23 de julho de 1997;Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997;Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997;Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997;Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;Lei nº 9.539, de 12 de dezembro de 1997;Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998;Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998;Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998;Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998;Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998;Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998;Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998;Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998;Lei nº 9.766, de 18 de dezembro de 1998;Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999;Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999;Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999;Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999;Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000;Lei nº 9.974, de 6 de julho de 2000;Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000;Lei nº 10.035, de 25 de dezembro de 2000;Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000;Lei nº 10.256, de 9 de julho de 2001;Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001;Lei nº 10.405, de 9 de janeiro de 2002;Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;Lei nº 10.666, de 08 de maio de 2003;Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003;Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003;Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003;Lei nº 10.710, de 5 de agosto de 2003;Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004;Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004;Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005;Lei nº 11.098, de 13 de janeiro de 2005;Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005;Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941;Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941;Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT);Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945;Decreto-Lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968;Decreto-Lei nº 486, de 3 de março de 1969;Decreto-Lei nº 858, de 11 de setembro de 1969;Decreto-Lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970;Decreto-Lei nº 1.572, de 1º de setembro de 1977;Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986;Decreto-Lei nº 2.318, de 30 de dezembro de 1986;Medida Provisória nº 2.158-34, de 27 de julho de 2001;Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001;Medida Provisória nº 2.164-41, de 28 de agosto de 2001;Medida Provisória nº 252, de 15 de junho de 2005;Decreto nº 2.256, de 17 de junho de 1997;Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999;Decreto nº 3.265, de 29 de novembro de 1999;Decreto nº 3.969, de 11 de outubro de 2001;Decreto nº 4.032, de 26 de novembro de 2001;Decreto nº 4.845, de 24 de setembro de 2003;Decreto nº 5.469, de 15 de junho de 2005.

Desta forma, observando-se o art. 486, caput, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, **tem-se que a pessoa jurídica optante pelo SIMPLES** sujeita-se às contribuições previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, bem como as destinadas a outras entidades ou fundos **no caso de contribuições sociais incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra própria utilizada na execução de obra de construção civil**, inclusive a destinada a uso próprio:

Art. 486. As contribuições sociais incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra própria utilizada na execução de obra de construção civil, inclusive a destinada a uso próprio, por pessoa jurídica optante pelo SIMPLES, associação desportiva que mantém equipe de futebol profissional, agroindústria ou produtor rural, não são abrangidas pela substituição de contribuições sociais que lhes é atribuída em virtude de lei, ficando o responsável pela obra sujeito às contribuições previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, bem como as destinadas a outras entidades ou fundos.

Parágrafo único. No caso de obra executada por pessoa jurídica de direito privado beneficente de assistência social em gozo de isenção, destinada a uso próprio, aplica-se o disposto no § 1º do art. 300. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007) (gn)

No mesmo sentido de atenção ao art. 486, caput da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, a Auditoria-Fiscal embasou a ação fiscal decorrente da obra de construção civil:

“O Relatório Fiscal da NFLD nº 35.898.371-1, às fls. 111 a 118, informa que o contribuinte fiscalizado é optante pelo SIMPLES do período de 01/1997 até a presente data, no entanto, mesmo assim, quando edifica obra de construção civil, inclusive pra uso próprio, contribui na forma das empresas em geral conforme o que determina o item 40 da Ordem de Serviço INSS/DAF 165,o art. 66 da Instrução Normativa INSS/DC 18,o art. 124 da Instrução Normativa INSS/DC 69, art. 276 da Instrução Normativa INSS/DC 100, art 486 da Instrução Normativa MPS/SRP 03.”

Portanto, **não prospera a argumentação da Recorrente** acerca da não sujeição da empresa optante pelo SIMPLES às contribuições previstas no art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, bem como as destinadas a outras entidades ou fundos no caso de contribuições sociais incidentes sobre a remuneração de mão-de-obra própria utilizada na execução de obra de construção civil, inclusive a destinada a uso próprio.

(a.3) Da exclusão do SIMPLES

A Recorrente argumenta:

Logo, se a empresa se encontra desabrigada pela Lei que instituiu o SIMPLES de apresentar escrituração contábil, obviamente, que a desconsideração de sua opção pelo SIMPLES, sem a observância do devido processo legal, com a perda e exclusão do sistema simplificado, automaticamente, pelo próprio AFPS emitente da NFLD, gera a nulidade do procedimento administrativo fiscal.

Para a exclusão da empresa do SIMPLES há a necessidade do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como condição preliminar para a constituição do crédito tributário, como empresa NÃO OPTANTE. Somente após a decisão administrativa final, proferida pelo órgão competente, poderia aventar-se da possibilidade, mediante nova ação fiscal, apurar os possíveis créditos tributários decorrentes da exclusão do SIMPLES. Sem esse procedimento administrativo prévio, o lançamento do crédito tributário como empresa NÃO OPTANTE PELO SIMPLES constitui ato administrativo arbitrário, NULO.

Analisemos.

Tem-se que em nenhum ponto do Relatório Fiscal restou materializado a alegação de que a Auditoria-Fiscal teria realizado a exclusão da Recorrente do SIMPLES.

Ou seja, o Auto de Infração de obrigação acessória não teve como fundamentação a exclusão da Recorrente do SIMPLES para que se procedesse a autuação, referente ao Código de Fundamentação Legal – CFL 38, pelo Recorrente deixar de registrar os valores das remunerações referente a obra de construção civil na sua contabilidade, conforme o dispositivo legal infringido na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 33, §§ 2º e 3º, combinado com os arts. 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999.

Ademais, não confiro razão à Recorrente pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que*

apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*
 - a. Folha de Rosto do Auto de Infração;*
 - b. Instruções para o Contribuinte – IPC;*
 - c. REPLEG – Relatório de representantes Legais;*
 - d. VÍNCULOS – Relação de Vínculos;*
 - e. Mandado de Procedimento Fiscal - MPF;*
 - f. Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD;*
 - g. Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal - TEAF;*
 - h. Relatório Fiscal da Infração.*

Cumpre-nos esclarecer ainda, que a autuação fiscal foi elaborada nos termos do artigo 293, Decreto 3.048/1999, especialmente com a discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, dia e hora de sua lavratura.

Art.293.Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, será lavrado auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, contendo o dispositivo legal infringido, a penalidade aplicada e os critérios de gradação, e indicando local, dia e hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§1ºRecebido o auto-de-infração, o autuado terá o prazo de trinta dias, a contar da ciência, para efetuar o pagamento da multa de ofício com redução de cinquenta por cento ou impugnar a autuação. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§2ºImpugnada a autuação, o autuado, após a ciência da decisão de primeira instância, poderá efetuar o pagamento da multa de ofício com redução de vinte e cinco por cento, até a data limite para interposição de recurso. (Redação dada pelo Decreto nº 6.103, de 2007)

§3ºO recolhimento do valor da multa, com redução, implica renúncia ao direito de impugnar ou de recorrer.(Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001)

§4º Apresentada impugnação, o processo será submetido à autoridade competente, que decidirá sobre a autuação, cabendo recurso na forma da Subseção II da Seção II do Capítulo Único do Título I do Livro V deste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)

Analisando-se o auto de infração e seus anexos, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. artigo 293, Decreto 3.048/1999.

Diante do exposto acima, não prospera a argumentação da Recorrente.

(b) SEGUNDA PRELIMINAR. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAR PROVA EM CONTRÁRIO COMO INDEFERIMENTO DA PERÍCIA REQUERIDA.

A Recorrente argumenta:

O período de apuração do débito vai de 01/01/1996 a 30/04/200 Nesse período a empresa não realizou nenhuma obra de construção civil.

Neste caso, o AFPS presume que a empresa teria executado uma obra de construção civil pelo fato de ter constatado, através do exame dos livros diário e razão, dos quais estava desobrigado de apresentar, a existência de lançamentos contábeis referentes à compra de materiais de construção.

Os materiais, cujas notas fiscais de compra Foram encontradas na empresa, foram utilizados para simples reparos das instalações. Neste caso, somente é possível a comprovação mediante a realização de urna pericia técnica por um engenheiro civil.

*A empresa não solicitou nenhuma matricula no CEI — Cadastro Especifico do INSS, visto que nenhum projeto de obra de construção civil foi executado nesse período. Todas as instalações existentes possuem mais de dez anos, conforme contrato social da empresa e aditivos (examinados pelo AFPS). **Portanto, não é possível apresentar documentos para comprovar um fato inexistente, ou seja, de que não foi executada, no período fiscalizado, nenhuma obra de construção civil.***

Analisemos.

Outrossim, a Recorrente argumenta em relação à requisição de perícia técnica para se confrontar os elementos arquivados na empresa em relação a obra de construção civil.

Reitera a Recorrente pela produção de perícia. Não confiro razão à Recorrente pois, em relação ao pedido de perícia indefiro tal pedido, a Recorrente não demonstrou, fundamentadamente, a observância dos requisitos elencados no art. 16, § 1º c/c art. 16, IV, Decreto 70.235/1972:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

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)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 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) “

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (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)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997) “(gn)”

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a Recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de pedido de perícia, portanto não prospera o requerimento da Recorrente em relação à produção de prova pericial.

DO MÉRITO.

(c) Valores indevidos.

A Recorrente argumenta:

O valor da multa deste Auto de Infração é indevido, pois que não foram respeitados os princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Analisemos.

Já foi analisado no item (a.1) a questão da inconstitucionalidade.

Processo nº 10380.005603/2007-17
Acórdão n.º **2403-000.486**

S2-C4T3
Fl. 79

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, não acolher **AS PRELIMINARES** suscitadas e, **NO MÉRITO**, negar provimento ao Recurso.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO em 29/04/2011 10:38:05.

Documento autenticado digitalmente por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO em 29/04/2011.

Documento assinado digitalmente por: CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI em 03/05/2011 e PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO em 29/04/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 05/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP05.0919.11112.VH5P

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

60EC5DD32045E041D05A67F3D2F8FFBCA58E0856