



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10909.001434/2010-37
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2201-006.346 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 03 de junho de 2020
Recorrente H. VOGEL CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2009

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 RICARF

OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ARBITRAMENTO FISCAL.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtida mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo à empresa autuada o ônus da prova em contrário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Fl. 2 do Acórdão n.º 2201-006.346 - 2ª Sejul/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10909.001434/2010-37

Relatório

01- Adoto inicialmente como relatório a narrativa constante do V. Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento – DRJ de (e- fls. 114/124) por sua precisão e as folhas dos documentos indicados no presente são referentes ao e-fls (documentos digitalizados):

“Trata-se de Auto de Infração (AI DEBCAD n.º 37.270.8641), fls. 02 a 12, por meio do qual se exige do sujeito passivo acima qualificado o montante de R\$ 24.371,83 (vinte e quatro mil, trezentos e setenta e um reais, oitenta e três centavos), consolidado em 22/04/2010, relativo às contribuições arrecadadas pela Receita Federal do Brasil e destinadas às Terceiras Entidades (INCRA, SEBRAE, SESI, SENAI e Salário Educação), incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados.

A autoridade lançadora explica que, tendo em vista que a contabilidade da empresa não registra o movimento real, a mão-de-obra empregada foi apurada através de aferição indireta com base no ARO — Aviso para Regularização de Obra. Além disso, foram apurados valores pagos na prestação de serviços executados por contribuintes individuais.

No item 4 Dos Registros Contábeis o auditor discorre sobre os eventos não contabilizados ou contabilizados em desacordo com a realidade, que implicaram na INOBSERVÂNCIA aos princípios contábeis da OPORTUNIDADE, COMPETÊNCIA e PRUDÊNCIA.

Relata que, conforme Auto de Infração n.º 37.207.7420, sem registro de mão-de-obra direta ou indireta em diversos meses, onde há aquisição de materiais de consumo imediato e demais irregularidades apontadas, acredita que, em tese:

a empresa utilizou-se de mão-de-obra informal na execução de sua obra e a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço;

a mão-de-obra oferecida à tributação é insuficiente para a execução da obra neste padrão, conforme cálculo em relação ao CUB, já constatado no plantão fiscal.

Sustenta, ainda, que referidas irregularidades restaram por desconsiderar a contabilidade da autuada, porquanto não reflete a real situação econômica e financeira referente aos fatos geradores de contribuições previdenciárias, principalmente, de mão-de-obra.

Explica que o critério de aferição do montante de mão-de-obra Na construção civil encontra respaldo no art.33, §§ 3º e 4º, da Lei n.º 8.212/91, e que tomou por base o Aviso de Regularização de Obra – ARO, no qual apresenta as características da obra.

Informa que as remunerações constantes na folha de pagamento dos segurados empregados da própria construtora que labutaram na obra e o valor correspondente ao percentual de 5% (cinco por cento) das notas fiscais de fornecimentos de concreto de empreiteiros foram abatidos da mão-de-obra devida.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificada do Auto de Infração, a interessada apresentou impugnação tempestiva que se encontra às fls. 98 a 104, por meio de procurador legalmente constituído, fundamentando-se nas razões e direitos a seguir sintetizados.

I – EM PRELIMINAR

Assevera que não subsistem os fundamentos jurídicos do Fiscal, por dos motivos:

Primeiro porque não poderia resultar de movimento arbitrado, já que a empresa tem escrita contábil regular.

Segundo porque não poderia emergir de mero arbitramento, de base de cálculo totalmente em desacordo com a realidade, a lógica, a razão e, principalmente pela falta de um bom senso, pois, a regra excepcional como medida extrema, deverá ser sempre precedido de regras e procedimentos que garantam o equilíbrio jurídico entre as partes, assegurando sempre o exercício de defesa, antes de ser lavrado a notificação.

Refere que ato administrativo deve ser anulado, pois foi embasado em conceitos de forma genérica e sem identificação com o caso em concreto.

Sustenta que a inobservância dos preceitos, que poderiam dar ensejo ao auto de infração, deve ser substancial na contabilidade, o que não ocorre no caso em exame, uma vez que mantém sua escrita contábil regular e atende ainda aos preceitos e princípios das normas brasileiras de contabilidade.

Diz que “os fatos descritos e o direito aplicável a espécie, não deixam dúvidas quanto a ilegalidade na pretensão fiscal, até porque num levantamento prévio efetuado, pelo fiscal de plantão na agência de Itajaí — SC, constatasse a divergência quanto ao débito consolidado pelas notificações”.

Aduz que somente seria possível a utilização dos índices e da fórmula de cálculo pretendida pela fiscalização se a Lei assim o definisse, o que não é o caso.

Defende o reexame da escrita contábil da empresa, a fim de comprovar que inexistem os fundamentos que serviram de base à autuação.

II MÉRITO

Alega que o valor da multa aplicada se revela manifestamente inconstitucional, pois fere frontalmente o disposto no artigo 150, inciso IV, da CF/88.

Discorre sobre o efeito confiscatório da multa, citando jurisprudência do supremo Tribunal Federal.

Diz que não se aplica o disposto no art. 44, I, da Lei 9.430 de 1996, uma vez que a matéria é regulada pelo art. 35 da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, e que o percentual deve ser limitado em 20%, conforme estabelecido pelo art. 61 da Lei 9.430.

Por fim, requer que seja conhecida da defesa prévia para:

- a. declarar a insubsistência do crédito tributário exigido ou, alternativamente, e caso assim não proceda, seja baixado em diligência o auto, e que seja reconsiderada a contabilidade para um novo reexame, pois temos certeza, tudo será devidamente sanado;
- b. na hipótese de ser mantida a tributação, seja afastada a multa fixada em 75%, reduzindo o seu quantum para o percentual de 20%, nos termos do disposto no art. 35 da Lei 8.212/2001 c/c o art. 61, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 9.430/96;
- c. a título de provas, requer a produção de todas as provas admitidas, especialmente a reexame de toda a contabilidade, sob pena de cerceamento de defesa.”

02- A impugnação do contribuinte foi julgada improcedente de acordo com decisão da DRP abaixo ementada.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2009

OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. ARBITRAMENTO FISCAL.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtida mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo à empresa atuada o ônus da prova em contrário.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2009

MULTA DE OFÍCIO

Nos casos de lançamento de ofício, será aplicada multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/11/2009

**ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DE COMPETÊNCIA
DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS.**

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade.

PROVAS. MOMENTO PARA APRESENTAÇÃO.

O prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo de que o contribuinte dispõe para impugnar o lançamento, sob pena de preclusão, salvo se comprovada alguma das hipóteses autorizadoras para juntada de documentos após esse prazo.

03 - Houve a interposição de recurso voluntário pelo contribuinte às fls. 127/136 rebatendo os termos da decisão de piso com os mesmos argumentos apresentados em impugnação, sendo esse o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso, Relator.

04 - Conheço do recurso por estarem presentes as condições de admissibilidade.

05 – Verifico que, após detida análise dos autos, entendo que é fácil constatar que o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, constitui-se em repetições dos argumentos utilizados em sede de impugnação e, em verdade, acabam por repetir e reafirmar a tese sustentada pelo contribuinte, as quais foram detalhadamente apreciadas pelo julgador *a quo*.

06- Nestes termos, cumpre ressaltar a faculdade garantida ao julgador pelo § 3º do Art. 57¹ do Regimento Interno do CARF em propor a manutenção da decisão recorridas por seus próprios fundamentos uma vez que não inova nas suas razões já apresentadas em sede de impugnação, as quais foram claramente analisadas pela decisão recorrida aos quais a adoto como razões de decidir, considerando-se como se aqui transcrito integralmente o voto da decisão recorrida, *verbis*:

“A impugnação apresenta os requisitos legais para admissibilidade, dela conheço.

Trata-se da apuração de contribuição devidas às Terceiras Entidades (INCRA, SEBRAE, SESI, SENAI e Salário Educação), as quais tiveram como fato gerador a remuneração, apurada por aferição indireta, aplicada na construção civil da obra matriculada sob o número CEI nº 40.590.01758/79, localizada na Av. Nereu Ramos, 803 – Piçarras/SC.

A autoridade lançadora, em vista das irregularidades apuradas nos registros contábeis, desconsiderou a contabilidade e procedeu ao lançamento com base na aferição indireta.

Em sede de impugnação, a atuada suscitou, preliminarmente, a nulidade do auto de infração e teceu considerações a respeito da taxa de juros aplicada pela Autoridade Lançadora, a seguir analisada.

I – DA PRELIMINAR

A atuada suscita pela nulidade do Auto de Infração por entender que não subsistem os fundamentos jurídicos que o embasaram, porquanto mantém sua escrita contábil regular e atende aos preceitos e princípios das normas brasileiras de contabilidade.

Primeiramente, em relação às nulidades que podem afetar o processo administrativo fiscal, importa registrar o que dispõe o Decreto 70.235, de 06 de março de 1972, in *verbis*

Art. 59. São nulos:

I os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa § 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

¹ Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017).

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Como se pode depreender dos textos colacionados, as únicas situações que afetam o processo de lançamento tributário de forma absoluta são os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa. Irregularidades, incorreções ou omissões diferentes destas poderão ser sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo.

Com relação à tese ventilada pela interessada de que possui contabilidade regular em consonância com os princípios das normas brasileiras de contabilidade, tem-se que não se sustenta. Essa não é a situação verificada no caso que aqui se tem, uma vez que o conjunto dos elementos acostados aos autos permite concluir pela ocorrência dos fatos apregoados pela fiscalização. Explico.

À evidência dos autos, a autoridade lançadora não só descreve os fatos como também relaciona os documentos que o suportam, o que não se verificou em relação a interessada que não trouxe nenhuma prova que infirme as conclusões da fiscalização, ficando apenas no campo das alegações.

Demais disso, esse assunto já foi amplamente abordado no processo n.º 10.909.001027/2010-20, que trata do descumprimento de obrigação acessória.

Tocante ao argumento de que a Lei não permitiu a utilização dos índices e da fórmula de cálculo, entendo que não pode ser acolhido. Vejamos.

No caso de apresentação deficiente da contabilidade, o que constitui tanto a falta de prova regular e quanto da formalização dos fatos geradores incorridos, os salários pagos pela execução da obra de construção civil devem ser obtidos mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo à empresa responsável o ônus da prova em contrário. É o que se extrai do art. 33, § 3º, § 4º e § 6º da Lei 8.212/91, vigente quando do lançamento fiscal, *in verbis*:

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

§ 1º É prerrogativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, o exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestarem todos os esclarecimentos e informações solicitados, o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos.

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

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

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

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Igualmente, a aferição indireta da remuneração dos segurados, despendida em obra de construção civil sob responsabilidade de pessoa jurídica ou de pessoa física, com base na área construída e no padrão da obra, será efetuada de acordo com os procedimentos estabelecidos para a regularização da obra com base na área construída e no padrão de construção, conforme determina a Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009, em vigor na data da autuação:

CAPÍTULO V DOS PROCEDIMENTOS FISCAIS

Seção Única

Da Auditoria na Construção Civil pela Análise dos Documentos Contábeis

Art. 380. A obra ou o serviço de construção civil, de responsabilidade de pessoa jurídica, deverá ser auditada com base na escrituração contábil, observado o disposto nos arts. 328 e 330, e na documentação relativa à obra ou ao serviço.

§ 1º Os livros Diário e Razão, com os lançamentos relativos à obra, serão exigidos pela fiscalização após 90 (noventa) dias contados da ocorrência dos fatos geradores.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo às obras edificadas na forma do art. 323.

Art. 381. A base de cálculo para as contribuições sociais relativas à mão-de-obra utilizada na execução de obra ou de serviços de construção civil será aferida indiretamente, com fundamento nos §§ 3º, 4º e 6º do art. 33 da Lei nº 8.212, de 1991, quando ocorrer uma das seguintes situações:

I quando a empresa estiver desobrigada da apresentação de escrituração contábil e não a possuir de forma regular;

II quando não houver apresentação de escrituração contábil na forma estabelecida no § 5º do art. 47;

III quando a contabilidade não espelhar a realidade econômico-financeira da empresa por omissão de qualquer lançamento contábil ou por não registrar o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento ou do lucro;

IV quando houver sonegação ou recusa, pelo responsável, de apresentação de qualquer documento ou informação de interesse da RFB;

V quando os documentos ou informações de interesse da RFB forem apresentados de forma deficiente.

§ 1º Nas situações previstas no caput, a base de cálculo aferida indiretamente será obtida:

I mediante a aplicação dos percentuais previstos nos arts. 336, 451 e 455, sobre o valor da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços ou sobre o valor total do contrato de empreitada ou de subempreitada;

II pelo cálculo do valor da mão-de-obra empregada, correspondente ao padrão de enquadramento da obra de responsabilidade da empresa e proporcional à área construída;

III por outra forma julgada apropriada, com base em contratos, informações prestadas aos contratantes em licitação, publicações especializadas ou em outros elementos vinculados à obra, quando não for possível a aplicação dos procedimentos previstos nos incisos I e II.

§2º Na contratação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada total ou parcial, até janeiro de 1999, aplicar-se-á, observado o disposto no inciso VIII do art. 152, a responsabilidade solidária, na forma da Seção III do Capítulo IX do Título II, em relação às contribuições incidentes sobre a base de cálculo apurada na forma deste artigo, deduzidas as contribuições já recolhidas, se existirem.

§3º Na contratação de empreitada total a partir de fevereiro de 1999, não tendo o contratante usado da faculdade da retenção prevista no art. 164, aplicar-se-á a responsabilidade solidária, observado o disposto no art. 157, em relação às contribuições incidentes sobre a base de cálculo apurada na forma deste artigo, deduzidas as contribuições já recolhidas, se existirem.

§4º As formas de aferição previstas nos incisos I a III do § 1º somente são aplicáveis às obras de construção civil.

Percebe-se, portanto, que o legislador não deixou dúvida quanto aos documentos que devem ser verificados pelo auditor fiscal, a prerrogativa do exame da contabilidade da empresa pelo agente fiscalizador, assim como o procedimento a ser adotado no caso de sua apresentação deficiente.

Assim, considerando tudo que foi analisado nos autos, entendo correto o procedimento da fiscalização, ao apurar os salários de contribuição das obras por meio de aferição indireta, não havendo reparos a serem feitos no cálculo do ARO.

II DO MÉRITO

1 – Do Caráter Confiscatório da Multa

A atuada alega que o valor da multa aplicada se revela manifestamente inconstitucional, pois fere frontalmente o disposto no artigo 150, inciso IV, da CF/88.

De pronto, entendo que não se pode dar razão à atuada, uma vez que a penalidade, conforme demonstrado nos Relatórios de Aplicação da Multa, está em plena consonância com as normas jurídicas em vigência, aplicáveis à espécie.

Ademais, a vedação disciplinada no artigo 150, IV, da Constituição Federal, se refere à multa pecuniária decorrente de infração à obrigação principal, o que, em princípio, não

possui aplicação no caso em análise, pois não se estende à multa pecuniária decorrente de infração à obrigação acessória.

É que a vedação constitucional ao confisco, antes de tudo, é dirigida ao legislador ordinário, que deve respeitá-lo no processo de elaboração legislativa, cabendo às autoridades administrativas o papel de aplicar as determinações legais emanadas dos poderes competentes e zelar pelo cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes. O lançamento é uma atividade vinculada e obrigatória, não cabendo juízo de valor quanto a este suposto aspecto alegado pela impugnante.

No tocante a tese de que não se aplica o disposto no art. 44, I, da Lei 9.430 de 1996, uma vez que a matéria é regulada pelo art. 35 da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei n.º 11.941/2009, e que o percentual deve ser limitado em 20%, conforme estabelecido pelo art. 61 da Lei 9.430, também não deve ser acolhida.

Nos casos em que o contribuinte além de omitir fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias no documento declaratório GFIP, também deixar de efetuar o recolhimento destas contribuições, a multa aplicável é a prevista no artigo 35A da Lei nº 8.212/1991.

Tal artigo (35A da Lei nº 8.212/1991) determina a aplicação do disposto no art. 44 da Lei 9.430/96, que assim preceitua:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Observa-se que a multa prevista no artigo acima é única, no importe de 75%, visando apenar, de forma conjunta, tanto o não pagamento do tributo devido, quanto a não apresentação da declaração ou a declaração inexata, sem haver como mensurar o que foi aplicado para punir uma ou outra infração.

No caso concreto, observa-se que a autoridade fiscal apurou tanto o descumprimento de obrigação acessória (não declarar todos os fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias em GFIP) como o descumprimento de obrigação principal (não pagamento de tributos devidos), já que foram lançadas contribuições sociais previdenciárias sobre as remunerações pagas aos segurados empregados da obra.

De acordo com a legislação vigente no momento da lavratura da autuação (de 04/2010), a multa aplicável pelas infrações apuradas no presente auto de infração seria a prevista no artigo 35A da Lei nº 8.212/91, e não a prescrita no artigo 32A, inciso II, da Lei nº 8.212/91, como pretendido pela impugnante, pois essa só teria aplicação na hipótese da inexistência de lançamento de obrigação principal para os mesmos fatos geradores.

Por fim, as alegações de que a aplicação da multa afronta diversos dispositivos constitucionais não podem ser apreciadas na esfera administrativa, por força do disposto no artigo 26A do Decreto nº 70.235/1972:

Art. 26A. 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. (artigo inserido pela Medida Provisória nº 449/2008)

Assim, a aplicação desses acréscimos foi efetuada com a guarda da estrita legalidade e com perfeita subordinação à ordem jurídica e dentro dos limites por ela traçados, inexistindo, até a presente data, decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que declare a inconstitucionalidade das leis que determinam sua aplicação. Por

isso, não há motivo para afastá-los na instância julgadora administrativa, com argumentos de violação de princípios e garantias constitucionais, matéria cuja apreciação é reservada ao Poder Judiciário.

2 Da Produção de Provas

Em que pese a impugnação mencionar a intenção de produzir todos os meios de prova em direito admitidas, especialmente a reexame de toda a contabilidade, há que se dizer que o prazo para apresentação de provas no processo administrativo fiscal coincide com o prazo de que o contribuinte dispõe para impugnar o lançamento, sob pena de preclusão, salvo se comprovada alguma das condições previstas no parágrafo 4º do art. 16º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, abaixo transcrito:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(.....)

§ 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)

Nestes termos, por total ausência dos motivos que o justifiquem, o pedido de prova a destempo deve ser indeferido.

Conclusão

07 - Diante do exposto, conheço do recurso e no mérito, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, na forma da fundamentação acima.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso

