



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 14367.000037/2010-73
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-008.730 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2020
Recorrente CLINICA SANTA MONICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

PRELIMINAR DE NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.

A declaração de nulidade depende da efetiva demonstração de prejuízo à defesa do contribuinte, atraindo a incidência do princípio pas de nullité sans grief.

ÔNUS DA PROVA.

É do contribuinte o ônus da prova quanto a fato extintivo ou modificativo de lançamento tributário regularmente constituído.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DEIXAR A EMPRESA DE ARRECADAR, MEDIANTE DESCONTO DAS REMUNERAÇÕES DOS SEGURADOS EMPREGADOS. CFL 59.

Constitui descumprimento de obrigação acessória deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições de segurados empregados.

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 RICARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira (Relatora), Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Wilderson Botto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face do Acórdão nº 01-25.890 (fls. 56 a 63), que julgou improcedente a impugnação e manteve o crédito constituído por meio do Auto de Infração por Descumprimento de Obrigação Acessória – AIOA (Código de Fundamentação Legal CFL 59), DEBCAD nº 37.268.197-2, lavrado em 12/2/2010, durante procedimento de auditoria fiscal, contra a recorrente, no valor de R\$ 1.410,79, por ter a empresa deixado de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições de alguns segurados empregados, referente às competências 01/2005 e 03 a 13/2005.

A DRJ julgou a impugnação improcedente nos termos da ementa abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

AIOA DEBCAD 37.268.1972 (CFL 59)

PROVA.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente; destine-se a contrapor fatos ou razões posteriores trazidas aos autos.

LIVROS CONTÁBEIS. RECOMPOSIÇÃO.

Na ocorrência de extravio, deterioração ou destruição dos livros contábeis, é dever da empresa providenciar a recomposição de sua contabilidade mediante a escrituração de novos livros.

DECISÕES JUDICIAIS

As decisões judiciais produzem efeitos apenas em relação às partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.

PERÍCIA E DILIGÊNCIA.

O pedido de realização de perícia ou diligência será rejeitado pela autoridade julgadora de primeira instância quando esta as considerar prescindíveis.

ATIVIDADE DE LANÇAMENTO.

A atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

CONSTITUCIONALIDADE.

O julgador da esfera administrativa não é competente para julgar constitucionalidade de lei, cabendo-lhe apenas zelar pela observância de suas disposições e determinar o seu fiel cumprimento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte foi cientificado da decisão em 1º/07/2013 (fl. 69) e apresentou Recurso Voluntário em 31/07/2013 (fls. 93 a 101) sustentando: a) cerceamento do direito de

defesa; b) valor desproporcional da multa; c) a Fiscalização tem o ônus de provar a infração; d) necessidade de perícia.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira, Relatora.

Da admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade. Assim, dele conheço e passo à análise da matéria.

Das alegações recursais

1. Preliminar de nulidade – cerceamento de defesa

No âmbito do Processo Administrativo Fiscal, o direito ao contraditório e à ampla defesa devem ser plenamente garantidos ao contribuinte desde a ciência do lançamento, sob pena de nulidade.

Nos termos dos arts. 59 do Decreto nº 70.235/72 e 12 do Decreto nº 7.574/11, serão nulas as decisões proferidas com preterição do direito de defesa.

O princípio do contraditório e da ampla defesa se traduz de duas formas: por um lado, pela necessidade de se dar conhecimento da existência dos atos do processo às partes e, de outro, pela possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe forem desfavoráveis no processo administrativo fiscal.

É inválida a decisão administrativa proferida em desobediência ao ditame constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O auto de infração deve conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos. Somente a ausência total dessas formalidades é que implicará na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, se o contribuinte revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as mediante impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa.

Se o ato alcançou os fins postos pelo sistema, sem que se verifique prejuízo às partes e ao sistema de modo que o torne inaceitável, ele deve permanecer válido. O cerceamento do direito de defesa deve se verificar concretamente, e não apenas em tese.

A declaração de nulidade de qualquer ato do procedimento administrativo depende da **efetiva demonstração de prejuízo** à defesa do contribuinte, o que, no presente caso, verifica-se não ter ocorrido, atraindo a incidência do princípio *pas de nullité sans grief*.

Do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

2. Do ônus da prova

No processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, da recorrente.

Em que pesem as alegações de que a autuação estaria baseada apenas em simples presunções, não assiste razão à recorrente.

Em virtude do atributo da presunção de veracidade que caracteriza os atos administrativos, dentre eles o lançamento tributário, há a inversão do ônus da prova, de modo que o autuado deve buscar desconstituir o lançamento consumado através da apresentação de provas que possam afastar a fidedignidade da peça produzida pela administração pública.

Havendo um documento público com presunção de veracidade não impugnado eficazmente pela parte contrária, o desfecho há de ser em favor dessa presunção.

Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem revelam-se insuficientes para comprovar os fatos alegados.

Não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pela recorrente, com fundamento no arts. 373 do CPC e 36 da Lei nº 9.784/99, deve ser mantido sem reparos o acórdão recorrido.

3. Do valor desproporcional da multa e da necessidade de perícia

A recorrente limitou-se a reiterar os termos da impugnação apresentada; assim, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, estando a conclusão alcançada pelo órgão julgador de primeira instância em consonância com o entendimento deste Relator, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor (fls. 59 a 63):

Verifica-se dos autos que a fiscalização em tela, ocorreu por determinação contida no Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização de nº 02.2.01.002008008849 e refere-se às contribuições previdenciárias e para outras entidades ou fundos, período de 01 a 12/2005.

Pela análise do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal (TEPF) (fls. 21/22), constata-se que ao final da ação fiscal foram lavrados autos de infração específicos para cada tipo de infração verificada pelo Fisco, totalizando nove autos de infração.

O presente auto de infração trata de descumprimento de obrigação acessória, notadamente, deixar a empresa de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições de segurados empregados.

O Relatório Fiscal da Infração (fl. 26) narra que, da análise da documentação apresentada (folha de pagamento dos empregados do mês de agosto de 2005, espelhos de contracheques, recibos de pagamentos, termos de rescisão de contratos de trabalho e recibos de férias), verificou-se que a empresa deixou de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados especificados na listagem de fl. 28, a qual contém ainda a respectiva remuneração, o valor de contribuição não descontado e a competência a que se refere.

A autuação está fundamentada no art. 30, I, “a”, da Lei nº 8.212/91, e alterações posteriores, e Lei nº 10.666/03, art. 4º, *caput* e Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, art. 216, I, “a”.

A multa aplicada está capitulada nos artigos 92 e 102 da Lei nº 8.212/91 e artigos 283, I, “g”, e 373, do RPS, com valor atualizado pela Portaria Interministerial MPS/MF nº 350, de 30/12/09.

A autoridade fiscal cumpriu com o ônus probatório que lhe cabia ao informar os documentos que deram base para a autuação, bem como os nomes dos segurados, os valores de remuneração e contribuição e o período a que se refere a infração observada.

A impugnação (fls. 31/37) apresentada pela autuada não combate objetivamente a autuação, pois não foi apresentado qualquer documento que desconstituisse o conjunto probatório informado pelo Fisco, bem como nenhum argumento ou prova foi apresentado no sentido de demonstrar a inocorrência de descumprimento da referida obrigação acessória.

A reclamante afirma de forma vaga que apresentou as “folhas”, dando a entender que apresentou ao Fisco as folhas de pagamento de todo o período solicitado. No entanto, não as anexou à impugnação apresentada.

Tal alegação, desacompanhada das referidas folhas de pagamento contendo os descontos das contribuições em questão e dos livros contábeis, que devem estar regularmente escriturados, não tem o condão de elidir o crédito tributário em questão (§4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72).

A defendente reconhece que não apresentou na ação fiscal os livros contábeis Diário, Razão e de Apuração do Lucro Real, em razão de, segundo ela, estarem desaparecidos e que estariam provavelmente em poder de terceiros estranhos à sociedade.

Atribui o desaparecimento desses a uma disputa judicial com terceiros acerca da propriedade da empresa, cujo processo tem o nº 001.07.0027413 e, segundo ela, ainda encontra-se em julgamento na 18ª Vara Cível da Comarca de Manaus.

Não se verifica nos documentos anexados pela interessada (vide fls. 221/296 dos autos do processo administrativo fiscal de nº 14367.000029/201027, referente ao AI DEBCAD nº 37.255.1653, lavrado nesta mesma ação fiscal), referentes ao aludido processo judicial, qualquer menção a desaparecimento de livros contábeis da empresa.

Ainda que houvesse menção ao alegado desaparecimento dos livros contábeis nos documentos do processo judicial, depreende-se pela decisão judicial (fls. 288/296 do processo referente ao AI DEBCAD nº 37.255.1653) que a defendente retomou a administração da empresa ainda no ano de 2007, ou seja, bem antes do início do procedimento fiscal em tela que ocorreu em janeiro de 2009 e que só foi encerrado no ano de 2010, de forma que os interessados já poderiam ter providenciado a recomposição de sua contabilidade antes mesmo do início da ação fiscal.

É de se trazer à baila o contido no artigo 10 do Decreto-Lei nº 486, de 03/03/1969, que dispõe sobre escrituração e livros mercantis:

Art. 10. Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de livros, fichas, documentos ou papéis de interesse da escrituração, o comerciante fará publicar em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento aviso concernente ao fato e deste dará minuciosa informação, dentro de 48 (quarenta e oito) horas ao órgão competente do Registro do Comércio.

Parágrafo Único – A legalização de novos livros ou fichas só será providenciada depois de observado o disposto neste artigo.

Por seu turno, a Instrução Normativa/MDICE/SCS/DNRC nº 102, de 25/04/2006, publicada no DOU de 09/05/2006, dispõe no mesmo sentido:

Art. 18. Ocorrendo extravio, deterioração ou destruição de qualquer dos instrumentos de escrituração, o empresário ou a sociedade empresária fará publicar, em jornal de grande circulação do local de seu estabelecimento, aviso concernente ao fato e deste fará minuciosa informação, dentro de quarenta e oito horas à Junta Comercial de sua jurisdição.

§ 1º Recomposta a escrituração, o novo instrumento receberá o mesmo número de ordem do substituído, devendo o termo de autenticação ressaltar, expressamente, a ocorrência comunicada.

§ 2º A autenticação de novo instrumento de escrituração só será procedida após o cumprimento do disposto no caput deste artigo.

A defendente não prova, nem faz alusão em sua peça contestatória, que providenciou a publicação do fato que alega ter ocorrido (desaparecimento dos livros contábeis) em jornal de grande circulação.

A defendente também não prova que comunicou o ocorrido, no prazo de quarenta e oito horas, à Junta Comercial de sua jurisdição por meio de minuciosa informação, conforme exigido nas normas acima transcritas.

Depreende-se ainda dos dispositivos normativos acima transcritos que a empresa deveria ter providenciado a escrituração de novos livros contábeis do período em questão, de forma a recompor a sua contabilidade, o que, ao que tudo indica, não foi feito.

A inércia da empresa no que tange à recomposição da sua contabilidade não se justifica no presente caso, considerando que a administração foi retomada em 2007 e a ação fiscal só foi encerrada no ano de 2010, restando com isso inaplicável a disposição contida no art. 16, §4º, “a”, do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal, pois a postulante não logrou êxito em demonstrar a impossibilidade da apresentação oportuna dos referidos livros contábeis.

Ressalte-se que a apresentação de livros contábeis com o fito de fazer prova de lançamentos contábeis a favor da empresa deve se dar sempre acompanhada dos documentos de caixa que consubstanciaram a sua escrituração, sob pena de estes serem desconsiderados para fins fiscais, uma vez que não haveria como se garantir a regularidade dos lançamentos contábeis efetuados.

Assim, a simples alegação de que não apresentou os livros contábeis solicitados pelo Fisco em razão do seu desaparecimento não é suficiente para elidir o presente crédito tributário.

A inconformada solicita a realização de diligência e perícia visando a apresentação dos livros não apresentados ao Fisco no decorrer da ação fiscal.

Ocorre que não é possível atender a tal solicitação, pois, no que tange ao tema prova, o §4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72 dispõe que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, sendo descabida a realização de diligência e perícia unicamente para este fim (artigo 18 do Decreto nº 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 8.748/93), mesmo porque a própria empresa informa não estar de posse dos livros contábeis que seriam objeto da diligência/perícia pleiteadas, do que se conclui que tal pedido tem fim meramente protelatório.

Cumpram-se esclarecer que a preclusão consumativa estabelecida no mencionado §4º do artigo 16 do Decreto nº 70.235/72 veio para reforçar o princípio da celeridade no processo administrativo tributário. Sendo assim, não há desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas mero sopesamento entre princípios. É descabida, portanto, a alegação da autuada quanto a ocorrência de cerceamento do seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

A autuada transcreve decisões judiciais visando consubstanciar suas alegações referentes ao tema “prova”. É de se esclarecer que as decisões judiciais produzem efeitos apenas em relação às partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados. Isto porque a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, em razão do disposto na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil CPC), em seu art. 472.

A defendente reclama ainda que o valor da autuação é exorbitante e que a sanção punitiva não pode ser desviada da sua real finalidade. Entende-se com isso que a interessada está questionando a constitucionalidade dos dispositivos legais aplicados pela fiscalização.

Ocorre que a Administração Pública, em decorrência do art. 37 da Constituição Federal, deve informar-se pelo princípio da estrita legalidade, sendo que as leis e atos normativos

nascem com a presunção de legalidade, a qual só pode ser elidida pelo Poder Judiciário, tudo dentro da competência determinada pela Constituição.

Como os órgãos envolvidos na lavratura do presente auto e no julgamento desta lide, em instância administrativa, fazem parte do Poder Executivo, não lhes compete julgar a constitucionalidade de lei, cabendo-lhes apenas zelar pela observância de suas disposições e determinar o seu fiel cumprimento.

Mesmo que a autoridade administrativa se pronunciasse a respeito da inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, tal decisão não geraria qualquer efeito, com a agravante de que haveria a invasão de competência, uma vez que consta expressamente no art. 102, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, que é da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Destarte, este não é o foro apropriado para albergar discussões sobre inconstitucionalidades, pois somente o Poder Judiciário tem competência para pronunciar-se a respeito, sendo inadequada a postulação de matéria dessa natureza na esfera administrativa.

Nos termos dos dispositivos legais aplicáveis ao presente caso, a fiscalização, ao lavrar o presente auto de infração, agiu de forma plenamente vinculada, conforme determinado pelo Código Tributário Nacional, tão-somente cumprindo as determinações legais, das quais, de maneira alguma, poderia abster-se.

Insta salientar que o agente público, por estar atrelado ao princípio da legalidade, resta o dever de seguir e aplicar os mandamentos impostos pela lei (entenda-se em seu sentido lato) quando estiverem em plena vigência, não podendo dela se afastar, sob pena de responsabilidade funcional, consoante o disposto no art. 142 e § único do CTN.

Pela análise dos presentes autos, verifica-se que a multa foi aplicada e o seu valor foi calculado obedecendo-se estritamente aos comandos legais vigentes, conforme explicitado na capa do auto de infração (fl. 1) e nos seus relatórios fiscais (fls. 26/27).

Assim, tratando-se de sede do contencioso administrativo, uma vez demonstrada a insubsistência dos argumentos defensórios apresentados e verificado que o presente auto de infração está corretamente fundamentado na legislação aplicável, não há que se falar em nulidade, razão pela qual rejeito o pedido de cancelamento da autuação interposto pelo contribuinte.

Conclusão

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ana Claudia Borges de Oliveira