



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

PROCESSO Nº : 10783.002426/98-04
RECURSO Nº : 118.681
MATÉRIA : IRPJ E OUTROS - EXS: DE 1994 A 1996
RECORRENTE : COMERCIAL AUDIO E VÍDEO LTDA.
RECORRIDA : DRJ NO RIO DE JANEIRO(RJ)
SESSÃO DE : 15 DE SETEMBRO DE 1999
ACÓRDÃO Nº : 101-92.816

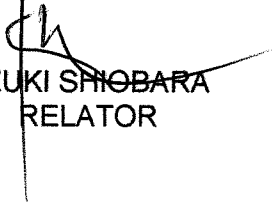
**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DA
DECISÃO DE 1º GRAU - CERCEAMENTO DO DIREITO DE
DEFESA** - A decisão de 1º grau que não examina argumento
substancial exposto pelo sujeito passivo caracteriza
cerceamento do direito de defesa e, por consequência, deve
ser decretada a sua nulidade, para que outra seja proferida, na
boa e devida forma, após sanados os vícios.

Acolhida a preliminar de nulidade da decisão de 1º grau.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
COMERCIAL AUDIO E VÍDEO LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de nulidade da decisão de 1º
grau, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do relatório e voto que passam a
integrar o presente julgado.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 OUT 1999

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JEZER DE
OLIVEIRA CÂNDIDO, FRANCISCO ASSIS DE MIRANDA, RAUL PIMENTEL e SANDRA
MARIA FARONI.

PROCESSO Nº: 10783.002426/98-04
ACÓRDÃO Nº : 101-92.816

RECURSO Nº. : 118.681
RECORRENTE : COMERCIAL AUDIO E VÍDEO LTDA.

RELATÓRIO

A empresa **COMERCIAL AUDIO E VÍDEO LTDA.**, inscrita no Cadastro Geral de Contribuintes sob nº 00.586.126/0001-90 inconformada com a decisão de 1º grau proferida pelo Delegado da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro(RJ), apresenta recurso voluntário a este Primeiro Conselho de Contribuintes objetivando a reforma da decisão recorrida.

O crédito tributário exigido nos presentes autos diz respeito a seguintes impostos e contribuições, em REAIS:

NOME/TRIBUTO	VALOR/TRIBUTO	JUROS/MORA	MULTAS	TOTAIS
IRPJ	461.017,53	334.118,24	760.233,03	1.555.368,80
PIS/FATURAM	15.344,93	10.994,63	22.700,11	49.039,67
COFINS	40.94.,01	29.329,92	60.563,79	130.833,72
IRF/LUC.ARB.	33.161,46	21.436,45	45.881,03	100.478,94
IRF/OM.REC.	501.876,45	379.670,24	752.814,73	1.634.361,42
CSL	164.087,91	120.623,46	245.702,39	530.413,73
TOTAIS	1.175.622,29	896.172,94	1.887.895,08	4.000.496,28

O lançamento está fundamentado nos artigos 399, inciso I e 400, § 6º, do RIR/80, artigos 539, inciso I e 546, do RIR/94 e artigo 47, inciso I, da Lei nº 8.981/95.

Na impugnação interposta, a autuada arguiu a nulidade do procedimento, com os seguintes argumentos :

1 - o prazo de 30 dias para apresentação da impugnação é exígua tendo em que os trabalhos de auditoria se desenvolveram por mais de cinco meses;

2 - todo o documentário fiscal foi retido - não apreendido - pelos autores do procedimento;

3 - o estabelecimento da autuada, inclusive sua residência foram invadidos arbitrariamente, sem autorização judicial pelos autores do procedimento fiscal e que seus livros e documentos foram ilegalmente retidos pela fiscalização estadual;

4 - o relatório fiscal não aponta o montante dos tributos ou contribuições a que a autuada estaria obrigada a recolher, com respectivas datas de vencimentos e que a fiscalização se limitou a arbitrar aleatoriamente os valores omitidos a título de receita;

5 - o relatório fiscal e os anexos dos autos de infração fazem referência a 'fis.... a ...', sem mencionarem o número de tais folhas.

6 - os autos de infração não foram datados nem instruídos com demonstrativos necessários.

Quanto ao mérito da exigência, a autuada deixou patente que não existe o que nem por que a impugnante se manifestar, quando o procedimento não pode subsistir, quando fundamentada em provas que de fato e de direito existem.

Na decisão de 1º grau, a exigência foi mantida e consubstanciada na seguinte ementa:

"IMPOSTO DE RENDA DA PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Lucro Arbitrado

Proceder-se-á ao arbitramento do lucro quando não atendidas as sucessivas intimações para apresentação de livros e documentos contábeis/fiscais, podendo-se adotar como base de cálculo do imposto o resultado da aplicação de percentual previsto na lei sobre a receita bruta apurada a partir de notas fiscais não escrituradas.

PIS, COFINS, IRRF e CONSOC (Reflexos)

O decidido para o lançamento principal aplica-se, no que couber, aos lançamentos dito reflexos ou dele decorrentes, quando repousem no mesmo suporte fático.

LANÇAMENTOS PROCEDENTES."

PROCESSO Nº: 10783.002426/98-04
ACÓRDÃO Nº : 101-92.816

No recurso voluntário, encaminhado a este Conselho, sem o depósito de 30% do valor do litígio, tendo em vista a liminar concedida pela Justiça Federal (fls. 1.026), no processo nº 98.0007564-0, a recorrente insiste na tese do cerceamento do direito de defesa, pelo descumprimento do § 1º do artigo 35 da Lei nº 9.430, de 27/12/96.

Após citar jurisprudência administrativa, federal e estadual, favorável ao sujeito passivo sobre o tema, requer "verbis":

"Comprovado à sociedade não ter a decisão recorrida, a necessária sustentação de que deve, sempre, estar revestido o procedimento administrativo, de modo a ensejar o embasamento do processo fiscal, face estar devidamente caracterizado o cerceamento do direito de defesa, garantido pela Carta Magna (art. 5º, inciso LV), requer-se seja anulada a respeitável decisão de primeira instância administrativa, reconhecendo-se, assim, o direito da recorrente na forma prescrita no art. 35, § 1º, da Lei nº 9.430, de 27.12.96, para os devidos efeitos legais, ou seja, fornecimento da cópia de todos os livros e documentação retidos e, reabertura do prazo para pagamento ou impugnação (art. 15, do Decreto nº 70.235.72), por ser medida da mais lúdima JUSTIÇA."

A Douta Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta contra-razões, as fls. 1050/1053, opinando pela manutenção integral da decisão de 1º grau, por seus próprios fundamentos.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro: KAZUKI SHIOBARA - Relator

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade e será conhecido face a liminar concedida pela Justiça Federal no processo nº 98.0007564-0 (fls. 1026) e despacho de fls. 1048.

Como se constata do relatório acima, o recurso voluntário versa apenas a preliminar de cerceamento do direito de defesa, por inobservância do parágrafo 1º do artigo 35 da Lei nº 9.430/96 tendo em vista que as demais preliminares foram apreciadas pela autoridade julgadora de 1º grau e a recorrente não se opõe aos argumentos expendidos naquela decisão.

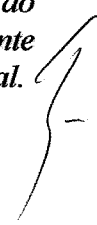
Na impugnação (fls. 973), a autuada manifestou a sua inconformidade, nos seguintes termos:

“Não bastasse o exíguo prazo concedido à impugnante para consolidar suas razões de fato e de direito, todo o seu documentário fiscal e comercial foram retidos - não apreendidos - pelos autores do procedimento.”

A súplica da autuada, na impugnação, foi a de que teria ocorrido o cerceamento do direito de defesa porque a autoridade lançadora fez a retenção de todo o seu documentário fiscal e comercial, para prosseguimento da fiscalização mas não foi lavrado o termo de apreensão do mesmo documentário.

Examinando o pleito, a decisão recorrida disse que:

“Esclareça que o procedimento de retenção de documentos pelos autores da ação é lícito, e justifica-se pela necessidade de a Administração Tributária proteger as provas obtidas no curso do procedimentos fiscal e que configurem, por parte do contribuinte ou de terceiros, prática de infrações à legislação fiscal ou penal.”



Sobre a retenção de documentos fiscais, assim dispõe o art. 35, da Lei 9.430, de 27/12/96, abaixo transcrito:

'Art. 35 - Os livros e documentos poderão ser examinados fora do estabelecimento do sujeito passivo, desde que lavrado termo escrito de retenção pela autoridade fiscal, em que especifiquem a quantidade, espécie, natureza e condições dos livros e documentos retidos.

*§ 1º - Constituindo os livros ou documento prova de prática de ilícito penal ou tributário, os originais retidos não serão devolvidos, **extraíndo-se cópias para entrega ao interessado.***

§ 2º - Excetuando o disposto no parágrafo anterior, devem ser devolvidos os originais dos documentos retidos para exame, mediante recibo."

Como nos autos do processo que ora se analisa foi constatada a prática de ilícitos penais e tributários, inclusive tendo originado o processo de representação fiscal para fins penais de nº 10783.002550/98-55, o procedimento de retenção da documentação é legal e conveniente, não merecendo qualquer reparo."

A decisão recorrida não enfrentou a matéria relacionada com a falta de apreensão do documentário fiscal e justifica a retenção com base no artigo 35 da Lei nº 9.430/96 que não havia sido invocado pela autoridade lançadora e nem aventada pela autuada na impugnação.

Aparentemente, a autoridade fiscal entendeu que o termo "apreensão" é sinônimo da palavra "retenção" do documentário fiscal visto que os diversos Termos de Retenção de Livros e Documentos lavrados pela fiscalização dizem respeito a retenção de livros e documentos, como comprova os termos de fls. 37, 40, 53, 54, 55, 56, 97 e não faz qualquer menção a apreensão.

Alguns documentos e livros retidos foram devolvidos como consta da Relação de Documentos Entregues a firma SB Comercial Ltda., de fls. 102, mas parte da documentação, em especial as Notas Fiscais, no original, não foram devolvidas e passaram a integrar a Representação Criminal enviada ao Ministério Público.

Aliás, no Termo de Encerramento de Ação Fiscal, de fls. 967, os autuantes registraram que:

“Não efetuamos a devolução das notas fiscais apreendidas em virtude das mesmas não terem sido escrituradas pela empresa, bem como, por estas figurarem como prova na Representação Fiscal para Fins Penais a ser encaminhada ao Ministério Público Federal.”

Não há dúvida, pois que parte da documentação apreendida (autoridade fiscal) ou retida (na visão da recorrente) não foi devolvida ao sujeito passivo.

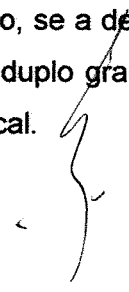
Se a documentação retida não foi apreendida, como quer o sujeito passivo, a decisão de 1º grau deixou de apreciar todos os argumentos expendidos na impugnação, qual seja, a ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

De outro lado, se a palavra retenção pode ser entendida como sinônima de apreensão, face ao disposto no artigo 35 da Lei nº 9.430/96, a decisão recorrida que invocou o mesmo dispositivo legal para rebater a preliminar, deixou de observar o disposto no § 1º do mesmo artigo, ou seja, não entregou ao sujeito passivo cópias dos livros e documentos retidos.

Assim, sob qualquer dos dois enfoques, a decisão de 1º grau deixa margem a dúvidas, quanto a preterição do direito de defesa do sujeito passivo, por se tratar de disposição literal de lei (§ 1º do artigo 35, da Lei nº 9.430/96).

Remanescendo dúvidas quanto aos termos retenção e apreensão de documentos fiscais e comerciais, não há como fugir da expressão latina IN DUBIO PRO REO, ou seja, na dúvida interpreta-se a favor do acusado, tal como incorporado no artigo 112, do Código Tributário Nacional.

Além disso, se a decisão de 1º grau não apreciou esta parte do litígio, fica prejudicado o princípio de duplo grau de jurisdição consagrado na legislação que regula o processo administrativo fiscal.



Aliás, a jurisprudência administrativa é pacífica no sentido de acolher a nulidade da decisão, quando caracterizado o cerceamento do direito de defesa e, entre outros Acórdão, podem ser citadas as seguintes ementas:

“NULIDADE - A falta de apreciação dos argumentos expendidos na impugnação acarreta nulidade da decisão proferida em primeira instância (Ac. 103-10139, de 27/04/92).”

“NORMAS PROCESSUAIS - DECISÃO - A exposição dos fundamentos nos quais o julgador se baseou para prolatar a decisão, feita de forma clara e conclusiva, constitui requisito indispensável a sua validade. Sua falta, por consequência, implica vício insanável, acarretando a declaração de nulidade do ato (Ac. CSRF/01-0.882/89).”

“NORMAS PROCESSUAIS - NULIDADE - DECISÃO DE 1º GRAU - A inexistência de exame de todos os argumentos apresentados pelo contribuinte, em sua impugnação, cuja aceitação ou não implicaria no rumo da decisão a ser dada ao caso concreto, acarretar cerceamento do direito de defesa do impugnante (Ac. CSRF/01-1.099/90).”

Registre-se, por oportuno, que o Auto de Infração preenche todos os requisitos estabelecidos em lei e não estão caracterizadas as hipóteses de nulidade prescritas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/75 e portanto, o único vício que deveria ter sido sanado foi a falta de entrega das cópias das notas fiscais retidas para instruir os autos de Representação Penal.

Este vício de forma pode ser sanado, ainda, com a entrega das cópias respectiva e reabrindo prazo para a apresentação da nova impugnação.

De todo o exposto e tudo o mais que consta dos autos, voto no sentido de acolher a preliminar de nulidade da decisão de 1º grau, por cerceamento do direito de defesa.

Sala das Sessões - DF, em 15 de setembro de 1999

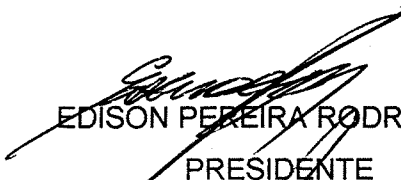

KAZUKI SHIOBARA
RELATOR

PROCESSO Nº: 10783.002426/98-04
ACÓRDÃO Nº : 101-92.816

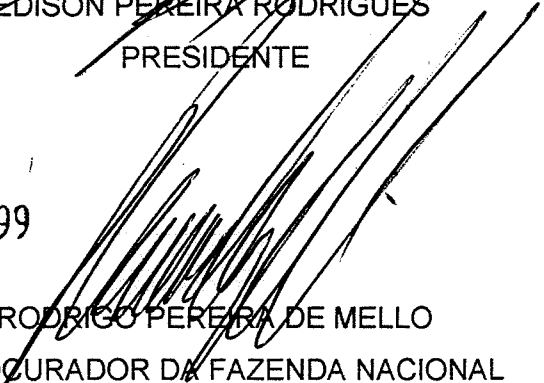
INTIMAÇÃO

Fica o Senhor Procurador da Fazenda Nacional, credenciado junto a este Conselho de Contribuintes, intimado da decisão consubstanciada no Acórdão supra, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 44, do Regimento Interno, aprovado pela Portaria Ministerial nº 55, de 16/03/98 (D.O.U. de 17/03/98).

Brasília-DF, em 25 OUT 1999


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE

Ciente em : 03 NO 1999


RODRIGO PEREIRA DE MELLO
PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL