



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

| | |
|-----|--|
| 2.º | PUBLICADO NO D. O. U. |
| C | 07/03/2001 |
| C |  |
| | Rubrica |

Processo : 10882.002491/97-69

Acórdão : 201-74.087

Sessão : 07 de novembro de 2000

Recurso : 115.007

Recorrente : ALPHAVEL ALPHAVILLE VEÍCULOS LTDA.

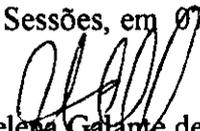
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - AUTO DE INFRAÇÃO - Não estando suficientemente comprovada nos autos a devolução dos livros e dos documentos utilizados nos procedimentos de fiscalização do contribuinte, é cabível a consideração da preliminar de cerceamento do direito de defesa. Decisão de primeira instância administrativa que se anula, com reabertura de prazo para que nova impugnação venha a ser apresentada, escorada pela comprovada posse, pela impugnante, dos livros e documentos indisponíveis quando da interposição da primeira. **Processo que se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso interposto por: **ALPHAVEL ALPHAVILLE VEÍCULOS LTDA.**

Acordam os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo, a partir da decisão de primeira instância administrativa, inclusive, para que outra venha a ser proferida, após interposição de nova impugnação escorada pela comprovada posse, pela impugnante, dos livros e documentos indisponíveis quando da apresentação da primeira.** Ausente, justificadamente, a Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2000


Luiza Helena Galante de Moraes
Presidenta


João Berjas
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Antonio Mário de Abreu Pinto, Rogério Gustavo Dreyer, Valdemar Ludvig e Sérgio Gomes Velloso.

Eaal/



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10882.002491/97-69
Acórdão : 201-74.087

Recurso : 115.007
Recorrente : ALPHAVEL ALPHAVILLE VEÍCULOS LTDA.

RELATÓRIO

Segundo a descrição dos fatos constantes do auto de infração, a recorrente foi autuada por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, período de apuração de novembro/92 a dezembro/96.

Em sua tempestiva Impugnação de fls. 35 a 41 e Anexos de fls. 42 a 67, a contribuinte alega que as autoridades autuantes agiram com arbitrariedade ao sequestrarem imotivadamente seus livros e documentos, infringindo a CF, no inciso LV do artigo 5º, e pede à autoridade de julgamento que o auto de infração “seja revogado porque encontra-se eivado de vícios que o comprometem visceralmente, tais como, excesso, abuso de poder e cerceamento de defesa”, para, em derradeiro, julgá-lo írrito e nulo,, determinando, ainda, a devolução dos livros e documentos da impugnante.....”.

Com o Termo de Início de Ação Fiscal datado de 29.09.97, de fls. 01, lavrado com base nos artigos 963 e 964 do RIR aprovado pelo Decreto nº 1.041/94, as autoridades fiscais intimaram a recorrente a, no prazo assinalado, apresentar os livros relacionados: preenchimento do formulário “VERIFICAÇÕES PRELIMINARES”, anexo; Contrato Social e alterações; livros diário e razão; Livro de Apuração do Lucro Real - LALUR; Balanço Patrimonial e Demonstração do Resultado do Exercício e analíticos dos períodos abaixo indicados; comprovação de entrega das declarações do Imposto de Renda - Pessoa Jurídica, relativamente aos períodos base de 1992, 1993, 1994 e 1995; Livro de Registro de Entradas, Saídas e Apuração de ICMS; e talonários de notas fiscais de saídas e de notas fiscais de entradas. A documentação acima refere-se aos períodos de 1992 a 1996.

Nessa mesma data de 29.09.97, são retidos, mediante termo, os livros de registros de saídas da matriz e da filial, num total de nove volumes, doc. de fls. 02.

Em 16.10.97, a autuada faz entrega dos documentos exigidos no Termo de Início, doc. de fls. 03, à exceção dos balanços gerais e das Declarações de IRPJ, exercícios de 1996 e 1997, pelo que não se deu por atendido, o item *f* do referido Termo de Início, doc. de fls.

04.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10882.002491/97-69

Acórdão : 201-74.087

Em 27.10.97, mediante novo Termo de **Retenção de Livros e Intimação**, são arrecadados os talonários de notas fiscais de saídas (via fixa) da **filial de Barueri**, período de 1992 a 1996, e reiterado o pedido de apresentação dos Livros **Diário e Razão**, período de 1992 a 1996; a apresentação da Declaração de IRPJ, exercício 1993, ano base 1992; e exigida a apresentação do Livro de ISS – Prestação de Serviços.

Às fls. 06, novo Termo de Retenção datado de 27.10.97, referindo-se às guias de recolhimentos do ISS efetuados aos Municípios de Barueri e de Osasco – SP, no período de janeiro/92 a setembro/97.

Em 03.11.97, pelo Termo de **Devolução de Livros e Documentos e Intimação** de fls. 07, são devolvidas as guias de recolhimentos do ISS e os **Livros de Registro de Apuração do ICMS** da filial Barueri e da matriz Osasco. Nesse mesmo Termo, os fiscais autuantes informam que o levantamento das receitas baseou-se nos assentamentos desses livros fiscais e que, em face da não apresentação do livro Diário, é concedido à recorrente o prazo de dez (10) dias para confirmar ou contraditar os valores das receitas constantes das planilhas denominadas **“DEMONSTRATIVO DAS RECEITAS DE VENDA DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”** (anexo a este termo), fls. 08 a 10.

Decorrido o prazo concedido e não havendo qualquer manifestação por parte da recorrente, foi lavrado o auto de infração e a ele anexados os demonstrativos acima mencionados, do que lhe foi dado ciência em 19.11.97, quando, também, **segundo o Termo de Encerramento de Ação Fiscal de fls. 33, foram devolvidos todos os livros e documentos utilizados na fiscalização.**

Além da COFINS, o auto de infração exigiu também a multa de mora de 75%, a teor do que prescreve o art. 10, parágrafo único, da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91, combinado com os arts. 4º, inciso I, da Lei nº 8.218/91, 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, e 106, inciso II, alínea “c”, da Lei nº 5.172/66, e juros de mora.

Inconformada, a contribuinte apresentou **tempestiva Impugnação** de fls. 35 a 41 e Anexos de fls. 42 a 67, onde não contesta, em nenhum momento, a **matéria fática**, limitando-se a requerer que o auto “seja revogado porque encontra-se **eivado de vícios** que o comprometem visceralmente, tais como, excesso, abuso de poder e **cerceamento de defesa**”.

A Delegada da Receita Federal de Julgamento em Campinas – SP julgou a exigência fiscal procedente e assim ementou a Decisão nº 11175/GD/01/1564/98, fls. 77 a 80:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10882.002491/97-69

Acórdão : 201-74.087

“CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período: novembro/92 a dezembro/96

Nulidade. Cerceamento de Defesa – A nulidade do Auto de Infração somente ocorre se demonstrado o cerceamento ao pleno direito de defesa ou quando lavrado por pessoa incompetente (art. 59 do Decreto 70.235/72).

Não ocorre preterição do direito de defesa quando a descrição dos fatos e a capitulação legal permitem à autuada compreender a acusação formulada na peça básica.”

No requerimento protocolizado em 1º/09/98 na DRF em Osasco - SP, a recorrente informa que foi notificada da Decisão “em meados da semana passada” e que lhe foi “concedido o prazo de 30 (trinta) dias para a interposição de novo recurso”. Aduz, ainda, que, **“Ademais, a ora requerente foi tolhida no seu prazo de recurso, tendo em vista a greve dos funcionários da Receita Federal, o que causou inclusive seu impedimento de ter vista dos autos do processo administrativo em epígrafe”**, requerendo, afinal: “a) seja-lhe concedido, integralmente, novo prazo de recurso; e b) seja-lhe cientificado, expressamente, mediante carta ou ofício devidamente protocolizado, as datas de início e de término do novo prazo”, doc. de fls. 85 e 86.

Segue-se o Arrazoadado de fls. 88 a 91, onde o Serviço de Tributação da DRF em Osasco - SP indefere o peticionado, isto é, não concede novo prazo para recurso e esclarece que continua a fluir o prazo legal para recorrer ao Conselho de Contribuintes, tendo início em 18 de agosto e término em 16 de setembro. Desse indeferimento a contribuinte tomou ciência em 02.09.98, doc. de fls. 92.

Em 16.09.98, a recorrente interpôs tempestivo Recurso para o Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 104 a 133 e documentos anexos de 134 a 370, onde, de plano, suscita a preliminar de cerceamento do direito de defesa baseada no argumento de que a retenção de livros e documentos impediu a recorrente de se defender e, mais grave, acusa os agentes do Fisco de reterem os livros Diários sem registro de sua apreensão, item 2, pág. 107; averba que a atividade comercial da empresa não agride o domínio econômico, não abala a tranquilidade social e o equilíbrio das relações jurídicas, além de não estar em processo falimentar, por isso, injustificável a atitude truculenta do Fisco quando, desnecessariamente, apreendeu os livros e documentos; e mais que:



Processo : 10882.002491/97-69
Acórdão : 201-74.087

- os agentes do Fisco, ao reterem os livros e documentos imotivadamente, agiram com excesso, “porque a retenção ilimitada podia ser evitada e os documentos são de propriedade exclusiva da recorrente”;

- o seqüestro imotivado dos livros e documentos da recorrente infringe a CF, no inciso LV do artigo 5º, e o art. 649 do CPC;

- o processo administrativo está sujeito aos princípios da legalidade objetiva, da oficialidade, do informalismo, da verdade material e o da garantia de defesa, sendo este último o que mais se insurge em favor da recorrente;

- a garantia de defesa é assim, no entender de autores pátrios, não só a observância de um rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

- no mérito, argumenta que o Fisco está a exigir recolhimento da COFINS sobre receita de conta alheia inserida em seu faturamento bruto mensal (75% desse faturamento bruto mensal, via de regra, é receita de conta alheia);

- a empresa é Concessionária Autorizada FORD, que comercializa, no varejo, veículos e peças dessa montadora, que se sujeita à COFINS, mas que pretende ver reconhecido, por meio deste recurso, que a recorrente está sujeita, tão-somente, ao recolhimento da COFINS sobre a sua margem de ganho e não sobre o faturamento bruto mensal.

- mercê de consulta formulada por um contribuinte à Receita Federal, tem conhecimento de manifestação daquele órgão no sentido de que, nas vendas por consignação, a responsabilidade do consignatário está em recolher a COFINS e o PIS “sobre a sua margem de ganho”, e não sobre o seu faturamento mensal, assim compreendido a receita bruta das vendas dos produtos consignados;

- consoante com a disposição do art. 226 do RIR, Decreto nº 1.041/94 e o art. 3º da Medida Provisória nº 1.212/95 e reedições, “Faturamento é a receita bruta como definida pela legislação do imposto de renda, proveniente de bens nas operações de conta própria, do preço dos serviços prestados e do resultado auferido nas operações de conta alheia”;



Processo : 10882.002491/97-69

Acórdão : 201-74.087

- a decisão da Receita Federal, acima mencionada, dilarga exclusão - receita de conta alheia, não prevista no texto da Lei Complementar nº 70/91, e, mais, abre luz para que sejam corrigidas anomalias jurídicas detectadas em situações análogas;

- no caso da recorrente, **não há transferência de domínio da propriedade, considerando que o veículo chega à Concessionária com penhor mercantil em favor desta ou do banco (da própria concedente) que financiou a “compra” desse carro para a Concessionária, cujo penhor é mantido até que a Concessionária repasse o produto líquido de sua venda a concedente ou a tal banco;**

- para exemplificar, expõe uma operação da espécie: o carro sai da montadora concedente para a concessionária ao preço de R\$20.000,00, com preço sugerido (não existe mais tabela) para venda a consumidor final por R\$21.000,00. Admitindo-se que o veículo seja vendido por esse preço, a concessionária repassa para a concedente os R\$20.000,00, ficando com R\$1.000,00 de margem de ganho. **Ao contrário de recolher a COFINS e o PIS sobre sua margem de ganho, o que daria R\$26,50, fica a concessionária obrigada a recolher a COFINS e o PIS sobre o preço de venda sugerido pela concedente de R\$21.000,00, do que resulta R\$556,50, ou seja, 55,65% do seu ganho na operação, restando exatos 44,35% para gerir todo o seu negócio;**

- para o Fisco Federal, ao contrário do que já ocorre no Estado de São Paulo, são duas vendas, dois fatos geradores, duas cobranças do mesmo tributo, “embora não tenha havido, de real, movimentação econômica entre as partes, e muito menos movimentação de titularidade do bem”, até sua venda a consumidor final;

- a Receita Federal, ao proferir a Decisão de nº 68/96, no Processo nº 13710.001338/95-77, manifestou-se no sentido de “que a venda consignada é um negócio jurídico submetido à condição suspensiva” (art. 117 do CTN), justamente o que se dá com relação ao negócio de venda de carros novos pelas concessionárias;

- a exação nos níveis em que é exigida, **além de desrespeitar o princípio constitucional da capacidade contributiva (art. 145), assume caráter confiscatório (art. 150, IV) e que, ainda, pelo princípio da isonomia, deveria ser dado às empresas do setor, a mesma condição das que operam sem disfarce com vendas por consignação, porque todos devem contribuir para o custeio da previdência de forma igual, sem sacrifícios desusados; e**

- as multas em alíquotas de 75% (setenta e cinco por cento), igualmente, violam o princípio constitucional da capacidade contributiva, assim como o princípio da proporcionalidade razoável, que, em regra, veda utilizar o tributo com efeito de confisco.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10882.002491/97-69

Acórdão : 201-74.087

Encerra a peça recursal, pugnando pelo provimento para declarar a nulidade do Auto de Infração que deu origem ao presente recurso, em preliminar, pelo cerceamento do direito de defesa e, no mérito, pela infração aos princípios constitucionais ofendidos e especialmente pela multa de natureza confiscatória aplicada.

Às fls. 322, despacho que confirma a concessão de liminar no Mandado de Segurança nº 98.00.3796-73, permissivo à interposição do recurso sem o depósito de 30% do valor da exigência fiscal.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, cursive letter 'L' followed by a horizontal stroke.



Processo : 10882.002491/97-69
Acórdão : 201-74.087

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JOÃO BERJAS

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

A recorrente inicia a peça recursal de forma idêntica à esboçada na impugnação, suscitando, de plano, preliminar de cerceamento do direito de defesa e fundamenta seu argumento no fato de que, em 26.11.97, endereçou correspondência aos agentes do Fisco encarregados da fiscalização, solicitando “informação urgente sobre se os documentos e livros em seu poder são ainda necessários a auditoria fiscal”, doc. 5, fls. 66.

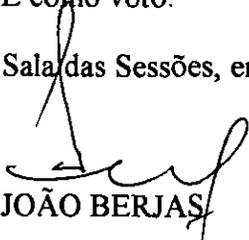
Por meio do FAX SEFIS/DRF/OSASCO nº 064/97, também de 26.11.97, é a recorrente informada por um dos fiscais autuantes que, “Em resposta ao seu pedido de liberação de livros e documentos fiscais, informamos que, em razão do seu uso, somente podemos liberá-los ao final dos trabalhos de fiscalização do imposto de renda de pessoa jurídica”, doc. 6, fls. 67.

Se o Termo de Encerramento de Ação Fiscal, datado de 19.11.97, de fls. 33 averba que nessa data foram devolvidos todos os livros e documentos utilizados na fiscalização e sete dias depois vem a ser afirmado que os livros e documentos ainda são necessários para os trabalhos de fiscalização do Imposto de Renda de pessoa jurídica, não há como negar que se tem instalada uma flagrante contradição que, a meu ver, labora em socorro do argumento central de sustentação da preliminar levantada pela recorrente.

Nesse diapasão, entendo cabível acatar a preliminar de cerceamento do direito de defesa para declarar nula a Decisão nº 11175/GD/01/1564/98, fls. 77 a 80, determinando-se a reabertura do prazo para que nova impugnação venha a ser apresentada, escorada pela comprovada posse, pela impugnante, dos livros e documentos indisponíveis quando da interposição da primeira.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de novembro de 2000


JOÃO BERJAS