

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13705.000775/91-64
Recurso nº : 108.676
Matéria : IRPJ - EXS.: 1986 a 1990
Recorrente : HOTÉIS GANDARA LTDA.
Recorrida : DRF no RIO DE JANEIRO/RJ
Sessão de : 06 DE JUNHO DE 2000
Acórdão nº : 105-13.197

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO - TEMPESTIVIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - O termo inicial para contagem do prazo para interposição do recurso à decisão de primeira instância, é a data em que o sujeito passivo desta tomou ciência, em todos os seus termos, de forma a permitir o pleno exercício do direito de defesa. A ausência de apreciação, pelo julgador singular, de todos os argumentos apresentados pela defesa, aliada à juntada adicional de provas, pelo fisco, durante a fase impugnatória, sem a competente devolução do prazo para impugnação, constitui preterição do direito de defesa e determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, a teor do disposto no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972.

Recurso conhecido. Decisão de 1º grau anulada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por HOTÉIS GANDARA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, ACOLHER as preliminares suscitadas, para retificar o Acórdão nº 105-11.632, de 10/07/1997, no sentido de conhecer do recurso, declarando nula a decisão de primeiro grau, a fim de que seja proferida outra na boa e devida forma, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Verinaldo Henrique da Silva, que rejeitava as preliminares argüidas.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - PRESIDENTE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197


LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA - RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 JUL 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: IVO DE LIMA BARBOZA, ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA e NILTON PÊSS. Ausentes, os Conselheiros MARIA AMÉLIA FRAGA FERREIRA, ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

Recurso nº : 108.676

Recorrente : HOTÉIS GANDARA LTDA.

RELATÓRIO

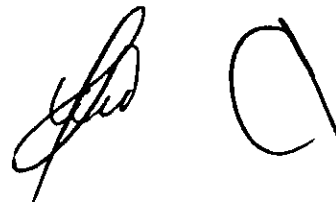
O presente recurso já foi objeto de apreciação por este plenário, em Sessão datada de 10 de julho de 1997, tendo sido acordado, por unanimidade de votos, não conhecê-lo, por ser intempestivo, conforme decisão contida no Acórdão nº 105-11.632, constante das fls. 360/362.

Entretanto, inconformada com a decisão supra, o contribuinte ingressou com a petição de fls. 370/372 - acatada pela Presidência desta Câmara como *embargos inominados* - onde alega equívoco por parte do referido julgador, uma vez que somente teria tomado ciência do inteiro teor da decisão de primeira instância, em 02/03/1994, ocasião em que teve vistas dos autos (fls. 334), tendo este Colegiado considerado o sujeito passivo cientificado em 09/02/1994 (fls. 335). Segundo a requerente, a intimação recebida nesta última data, por via postal, não se fez acompanhar do parecer de fls. 321/330, aprovado na decisão singular, onde se acham as fundamentações adotadas pelo julgador monocrático para decidir.

Desta forma, somente por ocasião do recebimento daquela peça processual, anexa à decisão de 1º grau, pode a ora recorrente exercer o seu direito de ampla defesa assegurado no decreto regulamentador do processo administrativo tributário e na Carta Magna.

Considerando relevantes as alegações da recorrente, e concluindo haver nos autos uma aparente inexatidão material ou obscuridade, o Sr. Presidente da Câmara, prolatou o Despacho PRESI Nº 105-0.113/98, de fls. 383/388, determinando, entre outras deliberações, a devolução do processo à repartição de origem para que a autoridade responsável se pronunciasse, através de parecer circunstanciado e

3



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

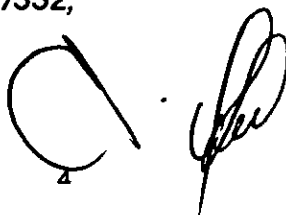
conclusivo, acerca da petição do sujeito passivo, fornecendo elementos para que a mesma fosse apreciada com segurança, dando-se ciência à interessada e facultando-lhe nova oportunidade de manifestar-se nos autos.

Tal deliberação não foi cumprida pelo órgão preparador, o qual se limitou a reafirmar a intempestividade do recurso, uma vez que o contribuinte foi devidamente intimado da decisão de primeira instância, por via postal, segundo o que prevê o inciso II, do § 2º, do artigo 23, do Decreto nº 70.235/1972, sem fazer qualquer alusão ao fato alegado pela defesa (vide despacho de fls. 391). Esta circunstância foi ressaltada pela recorrente, em sua manifestação de fls. 397/398, na qual repisa a sua tese inicial.

Retornando os autos a esta 5ª Câmara, o seu presidente, por meio do Despacho PRESI Nº 105-0.017/99 (fls. 402/403), argumentando que não foi esclarecido o ponto nodal da questão e considerando o respeito aos princípios da celeridade e economia processual, que norteiam o processo administrativo fiscal, decidiu acolher os embargos inominados apresentados pelo sujeito passivo, e determinou a redistribuição do processo para nova deliberação por parte deste Colegiado, decisão válida, igualmente, para os processos decorrentes.

Na Sessão de 11 de maio de 1999, foi acordada a conversão do julgamento em diligência, no sentido de que fossem adotadas as providências a seguir listadas, conforme Resolução nº 105-1.052, constante das fls. 405/410:

**1. determinar o cumprimento, na íntegra, da deliberação contida no Despacho PRESI nº 105-0.113/98, de 21/08/1998, constante das fls. 383/388, para que a autoridade responsável se pronuncie, através de parecer circunstanciado e conclusivo, acerca da petição do sujeito passivo, apreciando a sua alegação de que a intimação a ele encaminhada por via postal (AR às fls. 335), não se fez acompanhar do Parecer de fls. 321/330, o qual fundamenta a Decisão de fls. 331/332;*

A handwritten signature in black ink is written over a circular stamp. The signature is cursive and appears to be 'J. P. ...'. The stamp is a simple circle with a small mark inside.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

"2. esclarecer a existência da intimação em duplicidade da decisão de 1º grau, conforme relatado, levando-se em conta, inclusive, o fato de a servidora desse órgão haver concluído, em data posterior à ciência pessoal, pela intempestividade do recurso, considerando apenas a ciência por via postal, conforme despacho de fls. 358;

"3. dar ciência ao contribuinte, do inteiro teor dos documentos acostados aos autos em função da diligência realizada, mediante entrega de cópias, com a fixação do prazo de 30 (trinta) dias para, se desejar, sobre eles se manifestar,

"4. transcorrido o prazo supra, devolver os presentes autos a este Colegiado, para ulterior deliberação."

Cumprida a diligência determinada, historiada no Relatório de fls. 418/419, no qual a repartição de origem reitera a sua posição de considerar intempestivo o recurso voluntário interposto, retornam os presentes autos para nova apreciação por parte deste Colegiado.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'O' followed by a cursive name.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

V O T O

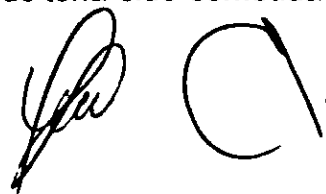
Conselheiro LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA, RELATOR

Diante dos fatos relatados, cabe preliminarmente, se verificar a tempestividade do recurso interposto, com o objetivo de se ratificar ou retificar o acórdão anterior, consoante determinação da Presidência desta Câmara, diante dos argumentos da embargante, e do resultado da diligência acordada na Resolução nº 105-1.052, Sessão de 11 de maio de 1999 (fls. 405/410).

Com efeito, reveste-se da maior importância o fato de que o sujeito passivo conheça, em sua inteireza, a acusação fiscal para que exerça na plenitude, o seu direito de defesa assegurado na Constituição Federal. Como a decisão de 1º grau se constitui em uma revisão do lançamento original, a qual o homologa ou o modifica, a teor do artigo 145, combinado com o artigo 149, da Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional (CTN) – e a legislação processual admite recurso a essa decisão, procede, em tese, o fato alegado pela defesa.

Ademais, dispõe o artigo 31, do Decreto nº 70.235/1972, sobre o conteúdo da decisão, a qual se compõe de relatório resumido do processo, dos fundamentos legais, da conclusão e da ordem de intimação, itens constantes, no presente caso, apenas do Parecer de fls. 321/330, anexo à Decisão de fls. 331/332, que não teria acompanhado a intimação encaminhada ao contribuinte, por via postal.

Poder-se-ia arguir, em contraposição à tese da defesa, que o contribuinte, constatando a ausência do parecer que fundamenta a decisão recebida, deveria, de imediato, denunciar o fato, formalizando petição neste sentido, visando salvaguardar o seu direito, o que não fez. Entretanto, tal omissão não pode ser invocada para transferir a responsabilidade pela alegada omissão anterior que teria sido cometida

Handwritten signature and circular stamp.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

pela repartição fiscal, de não notificar regularmente o sujeito passivo do inteiro teor da decisão prolatada pelo julgador singular.

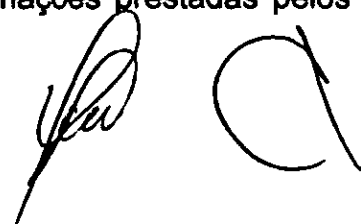
A falta de comprovação do fato alegado, por parte da defesa, também me parece irrelevante no caso presente, uma vez que tal prova, por sua natureza, senão impossível, é de difícil produção. A propósito, a existência de uma ciência posterior, efetuada de forma pessoal, reforça o argumento apresentado pela interessada.

Restaria à repartição de origem, à vista de seus controles internos e das cautelas que deve cercar a atividade exercida no âmbito da administração tributária, contestar a tese levantada, mediante prova de que, efetivamente, quando da intimação da aludida decisão por via postal, esta se fez acompanhar do parecer anexo, em que se fundamenta.

No entanto, instada a se pronunciar acerca da questão, através do Despacho PRESI nº 105-0.113/98 (fls. 383/388), prolatado pela Presidência desta Câmara, a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro – RJ, por meio do servidor encarregado de prestar a informação requerida, não atendeu a recomendação contida no despacho, de elaborar parecer circunstanciado e conclusivo sobre a petição do sujeito passivo, se limitando a reafirmar a intempestividade do recurso, conforme relatado.

Já o resultado da diligência determinada por este Colegiado, em apreciação anterior do processo, do meu ponto de vista, não trouxe aos autos qualquer fato novo que pudesse orientar a conclusão acerca da questão levantada, embora a autoridade dela encarregada reitera a posição adotada inicialmente, de considerar intempestivo o recurso apresentado.

Com efeito, ressalva aquela autoridade não poder precisar se a alegação do contribuinte é, ou não, procedente, tendo em vista as informações prestadas pelos

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom right of the page.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

servidores ouvidos no processo (fls. 416 e 417); no entanto, fundamenta a sua posição, em trechos contidos em um dos documentos, segundo o qual, "(. . .) o representante legal do contribuinte não fez consignar, até para resguardo de seus direitos, a suposta falha do órgão preparador, tampouco acusou o recebimento de qualquer peça faltante (. . .)" e "(. . .) em sua peça recursal, não fez o contribuinte qualquer menção a vícios no ato de comunicação da decisão em comento."

Conforme já concluí, tais argumentos não prejudicam, por si sós, a tese da defesa, podendo o silêncio da recorrente ser justificado, em razão de seu entendimento de que a segunda ciência visou complementar a realizada por via postal (pela entrega do parecer em questão), se constituindo pois, no termo inicial do prazo de que se cuida.

Diante do exposto, e considerando a ausência de elementos que assegurem ao julgador concluir acerca da tempestividade do recurso voluntário interposto, invoco o princípio jurídico denominado "*in dubio pro reo*", para acatar a tese da embargante, e, retificando a decisão contida no Acórdão nº 105-11.632, Sessão de 10 de julho de 1997 (fls. 360/362), considerar tempestivo o recurso de fls. 338/357, com o seu conseqüente conhecimento.

Quanto ao mérito, é de se destacar que, dentre os princípios que norteiam o processo administrativo fiscal, devem prevalecer o do contraditório e amplo direito de defesa, e o do duplo grau de jurisdição, os quais, se não respeitados pela autoridade julgadora de 1º grau, determinam a nulidade do ato viciado. É o que se vislumbra da decisão recorrida, conforme se verá:

1. o litígio remanescente nos presentes autos diz respeito a duas infrações, quais sejam, omissão de receitas caracterizada por suprimentos de caixa, resultantes de contabilização de cheques emitidos pela fiscalizada, com destinação



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13705.000775/91-64

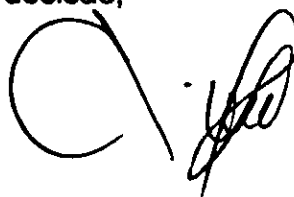
Acórdão nº : 105-13.197

comprovadamente diversa, e omissão de receitas caracterizada pela manutenção, à margem da escrituração, de movimentação bancária em nome de correntistas "frios";

2. na impugnação apresentada, dentre outros argumentos alega a autuada que não se acha comprovado nos autos que as contas bancárias em nome de terceiros, tenham qualquer vinculação com a empresa, acrescentando que, mesmo que mantivesse ocupados durante todos os dias do ano, a totalidade dos apartamentos do hotel, a receita auferida ficaria bem aquém dos recursos arrolados como receita omitida, resultantes da simples soma de todos os valores depositados naquelas contas; junta, para comprovar a sua tese, o demonstrativo de fls. 201/202;

3. encaminhado o processo para o autor do feito falar sobre a impugnação, conforme previsto no artigo 19, do Decreto nº 70.235/1972, vigente à época, foram expedidos diversos ofícios às instituições financeiras mantenedoras das contas de correntistas "frios", solicitando cópias de cheques e documentos bancários, visando solidificar o quadro indiciário de que os recursos movimentados em tais contas pertenciam, de fato, à autuada, o que resultou na juntada dos documentos de fls. 221 a 310, e na informação fiscal de fls. 311/316, sem que o contribuinte fosse cientificado destas novas provas, nem devolvido o prazo para que este aditasse razões de defesa à sua impugnação;

4. o Parecer de fls. 321/330, aprovado e adotado por seus legais fundamentos pela decisão recorrida, não apreciou o argumento da defesa consubstanciado na tese de que, mesmo que o hotel tivesse uma taxa de ocupação de 100%, a receita auferida pela empresa, no período, seria bem inferior ao montante dos recursos dados como omitidos pela autuação, tendo ainda se valido, o julgador singular, em seu convencimento da procedência da acusação fiscal, das provas adicionais carreadas aos autos pela informação fiscal, provas essas que o sujeito passivo somente tomou conhecimento, quando da ciência da aludida decisão;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13705.000775/91-64

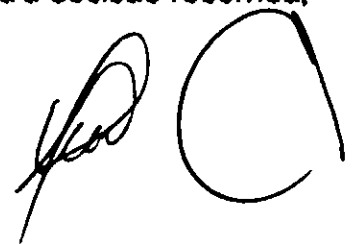
Acórdão nº : 105-13.197

5. pecou ainda o julgador singular, ao concluir sua decisão e demonstrar o montante do crédito tributário mantido, por exigir, equivocadamente, a multa no percentual de 150% sobre todas as parcelas remanescentes, quando, no lançamento original, apenas sobre as infrações relacionadas à omissão de receita, foi aplicada a multa qualificada. Tal fato foi contestado pelo contribuinte no recurso interposto, tendo este alegado que a inovação foi procedida com infração ao disposto no artigo 173, do CTN, em face do transcurso de mais de cinco anos do lançamento originário.

Tais circunstâncias encerram, ao meu ver, flagrante cerceamento do direito de defesa, ao não se apreciar na integridade os argumentos contidos na impugnação apresentada, aliado à inovação imotivada do lançamento e, ainda, à fundamentação do julgamento em provas trazidas aos autos à revelia do sujeito passivo, fato que implica também, na supressão de instância administrativa, uma vez que o conteúdo dos documentos de fls. 221 a 310, somente foi conhecido pelo contribuinte, na fase recursal.

A constatação da ocorrência dos aludidos vícios processuais, determina a declaração de nulidade da decisão de primeiro grau, por cerceamento do direito de defesa, a teor do disposto no inciso II, do artigo 59, do Decreto nº 70.235/1972.

Por todo o exposto e tudo mais constante do processo, voto no sentido de, retificando o Acórdão nº 105-11.632, Sessão de 10 de julho de 1997, considerar tempestivo o recurso voluntário interposto e, no mérito, declarar nula a decisão recorrida.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13705.000775/91-64

Acórdão nº : 105-13.197

determinando que outra seja prolatada pela autoridade julgadora singular, na boa e devida ordem, devendo os termos contidos no aludido recurso, serem apreciados como complemento da impugnação.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 06 de junho de 2000


LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA