



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 19515.004257/2007-43
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 1301-003.962 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de junho de 2019
Matéria OMISSÃO DE RECEITAS
Recorrentes FITNESS DO BRASIL COMERCIAL EIRELI
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

RECURSO VOLUNTÁRIO INTEMPESTIVO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA EM PROCESSO JUDICIAL. NULIDADE DO ATOS PRATICADOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO APÓS A CIÊNCIA DA INTIMAÇÃO FISCAL - TERMO 12 - DE APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Por força de decisão judicial transitada em julgado que declarou a nulidade dos atos administrativos praticados pela Fiscalização e os atos processuais praticados após ciência da intimação fiscal -Termo 12 - de Apreensão de livros contábeis e fiscais, inclusive os autos de infração e as decisões administrativas proferidas nestes autos, cabível o conhecimento de ofício do recurso voluntário pela existência de matéria de ordem pública: coisa julgada material em processo judicial que anulou referidos atos neste processo administrativo, *in verbis*:

"Os artigos 35 da Lei 9.430/96 e o artigo 7º, II, do Decreto 70.235/72 não são conflitantes. O primeiro possibilita à autoridade fazendária a retenção dos livros e documentos fiscais do contribuinte para exame fora do estabelecimento. O segundo, de outro lado, trata do início do procedimento fiscal, fixando-o no momento da apreensão de mercadorias e documentos ou livros.

Desse modo, procede a irresignação do impetrante quanto à decisão da autoridade, de ignorar sua impugnação ao termo de apreensão e deliberar, segundo se verifica das informações, ao instaurar a Representação Fiscal para Fins Penais (que recebeu o n° 19515.0043071/2007- 92) sem ao menos ouvir o contribuinte acerca das conclusões que os auditores fiscais chegaram após o exame dos livros e documentos apreendidos.

A garantia ao contraditório e à ampla defesa no procedimento administrativo fiscal não pode ser tida como mera formalidade. O poder fiscalizatório é exercido - sem necessidade de garantia da ampla defesa - quando a fiscalização EXAMINA livros e documentos na sede do estabelecimento. À evidência, quando esses livros e documentos são APREENDIDOS, servindo de base para à INSTAURAÇÃO da representação para fins criminais está-se diante de ATOS que extrapolam o exercício do poder fiscalizatório na medida em que avançam na esfera jurídica do contribuinte, dando início ao procedimento administrativo fiscal nos exatos termos do artigo 7º do Decreto 70.235/72."

"TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - NÃO APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PREJUDICADOS - IMPROVIMENTO.

1- Contrariando o conjunto de regras que disciplina o processo administrativo, a autoridade coatora lavrou o auto de infração sem proceder à apreciação da impugnação interposta. Dessa forma, a impetrada extrapolou o due process of law que, mesmo em esfera administrativa, deve ater-se a prazos e ritos dos quais tanto a União como aos contribuintes não é facultado eximir-se, em atendimento ao princípio da legalidade.

2- Já a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, assegura a todos, ainda que em procedimento administrativo, o devido processo legal, a fim de garantir a ampla defesa, o contraditório, a publicidade e o impulso oficial.

3- A impugnação argüida pela apelada no procedimento fiscalizatório visava rebater as informações acusativas baseadas na apreensão dos livros e documentos fiscais da empresa.

4- Escorreita a sentença monocrática, de rigor sua manutenção, aguardando a apreciação da impugnação administrativa formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo, para depois se, cogitar acerca da Representação Fiscal para Fins Criminais e da lavratura do Auto de Infração, com o devido resguardo do direito da apelada ao contraditório e à ampla defesa.

5- Estabelecida que fora a litigiosidade com o ato de apreensão fez a administração incidir, para si, o dever insculpido no regramento da lei 9.784/99 em seu art. 2º, o de obedecer aos princípios de legalidade e sobretudo de ampla defesa, entre outros. Ao não processar o também direito da parte de impugnar o ato, descortinou-se, em face da administração a perspectiva de nulidade dos atos subseqüentes, a teor do art. 59, II, do decreto no 70.235/72."

Assim, por força da decisão judicial transitada em julgado, estão sem efeito, ou seja, nulos (Decreto nº 70.235/72, art. 59, II), todos os atos praticados, nos presentes autos, posteriores à Intimação Fiscal (Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer, de ofício, do recurso voluntário por existência de matéria de ordem pública (existência de coisa julgada judicial) e, no mérito, em dar provimento ao recurso, por força da decisão judicial transitada em julgado que tornou nulos todos os atos praticados, nos presentes autos, posteriores à Intimação Fiscal (Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais, e considerar prejudicado o recurso de ofício, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto- Presidente.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

Trata-se do:

a) **Recurso Voluntário** (e-fls. 1871/1976) em face do Acórdão da 8ª Turma da DRJ/São Paulo I que julgou a **Impugnação procedente em parte**, ao manter a exigência do IRPJ e da CSLL e ao exonerar, em parte, o crédito tributário das contribuições (PIS e Cofins) por decadência;

b) **Recurso de Ofício** (reexame necessário) quanto ao crédito tributário exonerado pela decisão *a quo*.

Quanto aos fatos consta dos autos:

- que, em **14/12/2007**, a Fiscalização da RFB, unidade DFI/São Paulo, lavrou Autos de Infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins), regime de apuração lucro real anual, **ano-calendário 2002** (e-fls. 969/997 e 6689/6717), imputando a seguinte infração, *in verbis*:

(...)

001 - OMISSÃO DE RECEITAS

DEPÓSITOS BANCÁRIOS NÃO CONTABILIZADOS

*Omissão de Receita Operacional caracterizada pela falta de contabilização de créditos nas contas bancárias, cujas origens não foram comprovadas, conforme **Termo (26)** de Verificação Fiscal que faz parte integrante do presente Auto de Infração.*

Fato Gerador	Valor Tributável (R\$)	Multa %
31/12/2002	1.577.180,26	150
31/12/2002	1.389.771,59	150
31/12/2012	1.606.088,72	150
31/12/2012	1.649.996,45	150
31/12/2012	1.593.641,37	150
31/12/2012	1.526.246,02	150
31/12/2012	1.252.988,45	150
31/12/2012	1.333.355,00	150
31/12/2012	1.008.379,76	150
31/12/2012	1.097.110,63	150
31/12/2012	590.336,13	150
31/12/2012	537.890,19	150
Total	15.162.984,57	-

*ENQUADRAMENTO LEGAL:**Art. 24 da Lei nº 9.249/95;**Art. 42 da Lei nº 9.430/96;**Arts. 279, 287, e 288, do RIR/99.**(...)*

- que a seleção da contribuinte - objeto de fiscalização - decorreu de Representação Fiscal nº 2701/2005, de 25/02/2005, da Equipe Especial de Fiscalização - Portaria SRF nº 463/2004 (e-fl. 93) e Dossiê Anexo (e-fls. 94/133), **pois apareceu como Beneficiária, Ordenante e/ou Remetente de divisas através das contas/subcontas mantidas/administradas no Banco Chase de Nova York por BHSC - Beacon Hill Service Corporation**. Existência de duas ordens de depósitos via *CONTA CHELLO - Montivideo Uruguay*, no valor total de **US\$ 78.156,70 = (US\$ 52.260,70 + US\$ 25.896,00)**, beneficiário final no exterior: FITNESS DO BRASIL IMP. EXP.

- que, em 26/09/2006, a DEFIC/São Paulo expediu o Termo de Início de Fiscalização, anos-calendário 2001, 2002 e 2005, solicitando da contribuinte a apresentação de livros e documentos (e-fls. 07/09), *in verbis*:

*(...)**1- Escrituração Comercial, inclusive do ICMS.**2- Lalur.**3- Contrato Social.**4- Extratos Bancários das seguintes instituições financeiras : Banco do Brasil S/A , Banco BMC , Banco Rural , Banco Cacique , Unibanco , Nossa Caixa , Safra , Santos , Itaú , Sofisa , Sudameris , Mercantil de São Paulo , BMG , Santander , Zogbi , Pine e Daycoval,**(...)*

- que, em 01/11/2006, a fiscalizada informou nos autos que tomara ciência da intimação fiscal em 04/10/2006 para apresentar extratos bancários de suas contas correntes bancárias e, em 09/10/2006, conseguira entregar à Fiscalização apenas alguns extratos (os bancos ainda não lhe haviam disponibilizado os extratos por completo); porém, antes que pudesse completar a entrega espontânea dos extratos, **foi surpreendida pela informação dos bancos de que não receberia os extratos, pois o Fisco fizera pedido direto às instituições**

financeiras via RMF e os bancos, então, passariam a dar prioridade ao pedido da Fiscalização (e-fl. 385).

- que, em 19/01/2007, a Fiscalização intimou a contribuinte a justificar a **origem dos depósitos a crédito em suas contas correntes bancárias** (depósitos não escriturados), no montante de R\$ 17.342.189,20 e demonstrativo anexo (e-fls. 148/268).

- que, em 29/01/2007, a Fiscalização expediu intimação fiscal (Termo 10) à contribuinte para **comprovar a origem** e a tributação das **remessas no exterior** (e-fls. 273/274), *in verbis*:

(...) damos prosseguimento à execução dos trabalhos relativos ao Mandado de Procedimento Fiscal 0819000-2006- 02417-2, quanto aos créditos recebidos no exterior da CHELLO S.A. , sediada à Plaza Independencia, 822 —Oficina 801 — MONTEVIDEO / URUGUAY, através da conta CHELLO, administrada pela BEACON HILL SERVICES junto aos Bancos JP Morgan Chase Bank em Nova York e CHASE NY— EUA.

Conforme informações relativas à movimentação das contas mantidas pela empresa BEACON HILL SERVICES junto ao Banco JP Morgan Chase Bank em Nova York e CHASE NY — EUA, obtidas por quebra de sigilo requerida pela Polícia Federal e estendida à Receita Federal por decisão do M.M. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR em 20/04/04, o contribuinte em referência constou como beneficiário nas ordens de transferências N° 0599500226FP de 14/08/02, no valor de US\$ 52.260,70 e N° 0802600267FP de 24/09/02, no valor de US\$ 25.896,00, tendo como ordenante a empresa CHELLO S.A , sediada à Plaza Independencia, 822 — Oficina 801 — MONTEVIDEO / URUGUAY, conforme documento anexo que faz parte integrante do presente Termo.

Conseqüentemente, fica o contribuinte identificado no caput do presente termo INTIMADO a, no prazo de 10 dias, comprovar a origem e tributação dos recursos recebidos no exterior, bem como a natureza/causa das operações, apresentando a respectiva documentação comprobatória e indicando a página e o número dos respectivos lançamentos nos Livro Diário / Livro Registro de Saídas de Mercadorias.

(...)

Obs:

(i) Cópia das ordens de pagamentos no exterior (e-fl. 274).

(ii) Memorando Circular da Cofis - Dossiê - Doleiros do caso "Beacon Hill"- Breve histórico das investigações (e-fls. 100/134).

- que, ainda, em 29/01/2007, a Fiscalização emitiu:

a) Intimação Fiscal (Termo 11) solicitando documentos (e-fl. 275);

b) **Intimação Fiscal (Termo 12) (e-fl. 276), com ciência em 17/02/2007 - sábado, informando:**

(...)

(...), em atendimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0819000 2006 02417 2, procedemos à apreensão dos livros contábeis e fiscais abaixo relacionados, tendo sido fornecido cópia dos mesmos, juntamente com o Termo (09) de Constatação e de Intimação Fiscal de 19/01/07, nos termos do Art. 915 § 1º:

1. Livro Diário Nº 10 relativo ao ano calendário de 2002 Autenticado na JUCESP sob nº 173554 em 05/10/06;

2. Livro razão relativo ao ano calendário de 2002 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador e faltando as folhas 34, 36, 39, 42, 44, 47, 48, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 75, 79, 81, 82, 85, 87, 89, 92, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 107, 109, 112, 113, 118, 121, 122, 125, 127, 131, 133, 135, 137, 139, 141, 145, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 160, 161;

3. Livro Registro de Entradas / Saídas de Mercadorias N. 08 e ICMS n. 02 relativo ao ano calendário de 2002 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

4. Livro Diário No 13 relativo ao ano calendário de 2005 Autenticado na JUCESP sob nº 179902 em 23/10/06;

5. Livro razão relativo ao ano calendário de 2005 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador;

6. Livro Registro de Entradas / Saídas de Mercadorias N. 11 ICMS n. 05 relativo ao ano calendário de 2005 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

Referidos Livros contábeis e fiscais serão anexados ao processo de Representação Fiscal Para Fins Penais Nº 19515.002787/2006-76 à disposição do Ministério Público Federal.

(...)

- que, em **07/03/2007**, a contribuinte prestou informações à Fiscalização quanto aos depósitos bancários (beneficiária no exterior), informando que não tem conta bancária no exterior e desconhece a existência dos citados depósitos/valores que seria beneficiária (e-fls. 430/452 e 460);

- que a Fiscalização efetuou, ainda, outras intimações: de nº 13 (e-fls. 282/283), nº 14 (e-fls. 294/295), nº 15 (e-fls. 310/311), nº 16 (e-fl. 315), nº 17 (e-fls. 316/318), nº 18 (e-fl. 321), nº 19 (e-fl. 323), nº 20 (e-fl. 324), nº 21 (e-fl. 327), s/nº ou 22 (e-fl. 328), nº 23 (e-fl. 331), nº 24 (e-fl. 335), nº 25 (e-fl. 336) e nº 26 (e-fls. 771/968).

- que, por fim, ocorreu encerramento do procedimento de fiscalização em 14/12/2007 e a lavratura de autos de infração nessa mesma data;

- que, quanto à descrição dos fatos - infração imputada - consta do TVF nº 26, de 14/12/2007 (e-fls. 771/773) e Anexos (e-fls. 774/968), *in verbis*:

(...)

(...) em prosseguimento à fiscalização prevista no MPF em epígrafe, procedemos à verificação da correta escrituração e tributação dos créditos registrados nas contas bancárias mantidas pelo contribuinte junto às instituições financeiras, tendo a relatar:

1) Através do Termo (09) de Constatação e de Intimação Fiscal de 19/01/07, o contribuinte foi intimado a justificar a origem dos créditos registrados nas contas bancárias por ele mantidas junto às instituições financeiras, no total de R\$ 17.342.189,20, tendo sido fornecido relações individualizando os créditos que deveriam ter sido justificados, bem como cópia dos extratos que deram origem a essas relações.

2) Do Total de R\$ 17.342.189,20, já havia sido excluídos os estornos, créditos decorrentes de financiamentos e devoluções de cheques depositados, que foram identificados preliminarmente.

3) O contribuinte apresentou justificativas em várias etapas, cujos conteúdos encontram-se anexados ao processo do presente Auto de Infração (ANEXOS "2" ao "6" ao processo de Auto de Infração IRPJ E REFLEXOS - AC 2002), cujos conteúdos poderiam ser resumidos em:

3.1) — Transferências efetuadas entre contas do mesmo titular, que, uma vez comprovados débitos coincidentes em data e valor em outra conta do próprio contribuinte, foram considerados justificados:

3.2) - Recebimentos de duplicatas em carteira de cobrança bancária. Apesar do contribuinte escriturar o Livro Saída de Mercadorias e os recebimentos de duplicatas por totais mensais, o que impossibilita identificar qual a NF que se encontra escriturada por qual valor, consideramos justificados os casos em que o contribuinte comprovou, através de avisos de cobrança com relações detalhadas por duplicata, coincidentes em data e valor com o crédito a que se propunha justificar e mediante a apresentação das Notas Fiscais mencionadas nos respectivos avisos de cobrança, até o limite dos valores escriturados, que foram inferiores aos valores de recebimentos de cobrança de títulos constantes dos extratos bancários.

3.3) — Ressaltamos que foram apresentadas, em várias ocasiões, Notas Fiscais de Simples Remessa e de Vendas de Ativo Imobilizado, compondo os valores recebidos através de

cobrança bancária, casos que foram consideradas NÃO justificadas suas origens uma vez que não compuseram a receita oferecida à tributação. Conforme acima mencionado, os registros contábeis de receitas foram feitos por totais mensais, remetendo ao livro de saídas de mercadorias, e os registros de recebimentos de duplicatas também foram efetuados por totais, fato que não possibilita a individualização dos valores recebidos, sendo os recebimentos de valores correspondentes às Notas Fiscais de Simples Remessa e de Vendas de Ativo Imobilizado considerados não escriturados na contabilidade da empresa.

3.4) - Justificou os créditos decorrentes de descontos bancários, grande parte, como sendo de duplicatas emitidas "SEM LASTRO" e que teriam sido debitados posteriormente. Apresentou planilhas para justificar essa situação, sendo que nesses casos não apresentou comprovantes hábeis e idôneos que comprovassem que os valores debitados posteriormente, realmente tratavam-se dessas duplicatas "SEM LASTRO". Além disso, não existe na contabilidade, registro de ingressos de recursos decorrentes de duplicatas descontadas, sendo referidas operações consideradas à margem da contabilidade.

3.5) — Para justificar o ingresso de créditos decorrentes de "CAMBIO FINANCEIRO", relativos aos itens 186, 187 e 231 do ANEXO 1.8 do referido TERMO (09) DE CONSTATAÇÃO E DE INTIMAÇÃO FISCAL de 19/01/07 - Banco Bradesco — Conta 86.5004-4 da Ag. 504-5 a que fora intimado a justificar a origem, nos valores de R\$ 16.617,12, R\$ 150.617,28 e R\$ 94.520,40, o contribuinte informou tratar-se de repatriamento de antecipações a fornecedor estrangeiro (Cia DEMOR S.A — Uruguai) pelo fato de não ter ocorrido as importações relativas a essas antecipações.

Entretanto, além de não apresentar comprovantes de que os valores ora creditados referiam-se às remessas efetuadas anteriormente, não consta no livro diário do ano calendário 2002, qualquer registro de lançamentos dos referidos créditos o que confirma que não havia qualquer valor pendente de recebimento a título de adiantamento por conta de importações.

3.5) - No Livro Diário / Razão apresentado pelo contribuinte não constam registros de operações financeira dos Bancos do Brasil, BMC, Pine e Rural, motivo pelo qual, todos os créditos nas contas desses bancos foram considerados à margem da contabilidade e portanto, sem origem comprovada.

*Com base nesses parâmetros, analisamos item a item as justificativas apresentadas, como pode ser verificado nas planilhas dos ANEXOS I.1 a I.14 ao presente Termo, concluindo que, dos R\$ 17.342.189,20 objeto do TERMO (09) DE CONSTATAÇÃO E DE INTIMAÇÃO FISCAL de 19/01/07, somente **R\$ 2.179.204,63** foram considerados justificados, sendo **R\$ 15.162.984,57** considerados sem origem comprovada,*

sujeitos à presunção de omissão de receitas nos termos do art. 42 da Lei 9.430/96.

(...)

A multa de ofício utilizada foi de 150%, nos termos do § 1º do art 44, da Lei 9.430/96, pelo fato do contribuinte ter omitido em sua escrituração contábil, os registros abaixo relacionados, o que, em tese, configura a ocorrência da hipótese prevista no art. 71, inciso I da Lei 4502/64 e art. 1º da Lei 8.137/90:

(...)

- que o **credito tributário lançado de ofício** - Autos de Infração do IRPJ e reflexos (CSLL, PIS e Cofins), ano-calendário 2002, regime do lucro real anual, na data da lavratura dos citados autos de infração, perfaz o montante de **R\$ 17.616.761,89** assim especificado por exação fiscal:

Autos de Infração	Principal (R\$)	Juros de Mora (calculados até) (R\$)	Multa de Ofício 150%	Total (R\$)
IRPJ	3.538.744,21	2.704.662,19	5.308.116,30	11.551.522,70
CSLL	1.281.979,09	979.816,61	1.922.968,63	4.184.764,33
PIS	103.938,22	89.464,82	155.907,30	349.310,34
Cofins	454.889,49	393.940,82	682.334,21	1.531.164,52
Total	-	-	-	17.616.761,89

Obs:

1) PIS e Cofins -regime mensal de apuração.

2) Paralelamente à tramitação deste processo na esfera administrativa, a contribuinte passou a litigar em juízo, após a ciência dos autos de infração, pedindo a nulidade de todos os atos praticados, lavrados, após ciência do Termo de Intimação nº 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais de 29/01/2007. Breve histórico:

(i) **Em 29/01/2007**, a Fiscalização efetuou a apreensão de livros contábeis e fiscais, conforme Intimação Fiscal (**Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais**, ciência em 17/02/2007), (e-fls. 276 e 1261), *in verbis*:

(...) e em atendimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0819000 2006 02417 2, procedemos à apreensão dos livros contábeis e fiscais abaixo relacionados, tendo sido fornecido cópia dos mesmos, juntamente com o Termo (09) de Constatação e de Intimação Fiscal de 19/01/07, nos termos do Art. 915 § 1º:

1. Livro Diário Nº 10 relativo ao ano -calendário de 2002 Autenticado na JUCESP sob nº. 173554 em 05/10/06;

2. Livro razão relativo ao ano-calendário de 2002 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador e faltando as folhas 34 , 39, 42, 44, 47, 48, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 75, 79, 81, 82, 85, 87, 89, 92, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 107, 109, 112, 113, 118, 121, 122, 125, 127, 131, 133, 135, 137, 139, 141, 145, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 160, 161;

3. Livro Registro de Entradas / Saídas de Mercadorias N. 08 e ICMS n. 02 relativo ao ano calendário de 2002 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

4. Livro Diário N° 13 relativo ao ano calendário de 2005 Autenticado na JUCESP n° 179902 em 23/10/06 ;

5. Livro razão relativo ao ano calendário de 2005 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador);

6. Livro Registro de Entradas/ Saídas de Mercadorias N. 11 ICMS n. 05 relativo ao ano calendário de 2005 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

Referidos Livros contábeis e fiscais serão anexados ao processo de Representação Fiscal Para Fins Penais N° 19515,002787/2006-76 à disposição do Ministério Público Federal.

Para surtir os efeitos legais, lavro o presente Termo em 3 (três) vias, sendo uma remetida pelo correio ao contribuinte, no endereço constante dos sistemas da SRF.

(...)

(ii) Ciente do Termo de Apreensão em 17/02/2007 -sábado (carnaval), a contribuinte Impugnou o Termo (12) de Apreensão dos Livros Contábeis e Fiscais, em 22/03/2007 - via postal - ECT - AR - quinta-feira_, pedindo o cancelamento desse ato administrativo (e-fls. 733/761, 1262/1289 e 2060/2086), argumentando, em resumo:

- que esse Termo de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais, para instrução de Representação Fiscal para Fins Criminais, deu início a Processo Administrativo - instauração do litígio - pela resistência, impugnação pela fiscalizada desse ato da Fiscalização (Art. 7º, II, do Decreto nº 70.235/72), sujeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

- que o Auditor Fiscal não tipificou nem comprovou, nem consubstanciou em que ponto e em quais condições os referidos livros contábeis e fiscais apreendidos balizariam e constituir-se-iam em matéria de prova de pretenso "ilícito penal", mesmo, em tese, limitando-se apenas e tão somente a elencar a apreensão dos mesmos;

- que, assim, o Auditor Fiscal, ao proceder a "Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" (Termo 12-Doc.3) unicamente para fins penais, adiantou-se em devaneios e julgamentos próprios, sem qualquer respaldo factual, e muito menos legal;

- que na etapa fiscalizatória, não há processo, exceto quando já se chegou a etapa litigiosa,
(...);

- que o Auditor Fiscal não pode ignorar que a Impugnação pelo Contribuinte da **apreensão de livros**, deflagraria de imediato o Processo Administrativo;

- que, quando da apreensão dos livros contábeis e fiscais, sequer havia auto de infração ainda, então, o Auditor Fiscal não poderia antecipar juízo de valor para invocar o art. 83 da Lei 9.430/96;

- que a Impugnação apresentada ao "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" deflagrou irrefutavelmente o Processo Administrativo, sendo que todos os Atos subseqüentes, mesmo eventual "Auto de Infração ", deverão estar adstritos a observância prévia dos ditames processuais, em especial aos "Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório", além da legislação infraconstitucional;

- que, assim, o contribuinte detém o direito líquido e certo em relação ao "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" e os seus atos posteriores, desde a deflagração do "Processo Administrativo Fiscal", o que ocorreu no presente processo com a tempestiva Impugnação à lavratura do "Termo

12 de Apreensão de Livros Contábeis Fiscais", o direito do contraditório e da ampla defesa, sob pena dos atos subsequêntes serem considerados nulos de pleno direito;

- que, no momento em que lavrou o "**Auto de Apreensão de Livros**", abriu-se o trintídio legal para a Impugnação, pelo que os atos posteriores, passaram a deter a possibilidade legal de estarem adstritos a égide do "**Processo Administrativo**";

- que, lavrado o "Termo 12 de Apreensão de Livros e Documentos", o Auditor ficou adstrito a respeitar, doravante, ainda mais intensamente, os preceitos constitucionais, os Princípios e Critérios do Direito Administrativo e Tributário;

- **que os "pseudo LIVROS" identificados nos itens "2", "3", "5" e "6" do referido "TERMO 12", eram em realidade rascunhos e fragmentos sem qualquer valor contábil e fiscal, e estavam sendo exibidos apenas e tão somente para demonstrar que o Contribuinte, face a graves percalços econômicos e financeiros, não havia encontrado ainda os LIVROS originais devidamente escriturados, requerendo prazo para posterior apresentação e que os rascunhos eram para induzir a existênciia dos livros requeridos;**

- que, entretanto, o Auditor Fiscal, em inusitado comportamento, apreendeu os "pseudo-LIVROS", contábeis e fiscais constantes dos itens "2", "3", "5" e "6", elevando meras anotações, rascunhos e fragmentos, sem qualquer valor contábil ou fiscal, a categoria de bons e representativos da contabilidade de empresa, numa afronta ao necessário princípio da busca da Verdade Material;

- que referidos "pseudo LIVROS" não tem seqüência lógica, não tem assinaturas, nem da empresa, nem do Contador, sem autenticações na JUCESP, representando sua apreensão e inclusão nos procedimentos fiscalizatórios uma decisão de entendimento pessoal do Auditor Fiscal; que em sua ânsia fiscalizatória, além de considerar como "bons" para fins contábeis e fiscais "papéis e Livros" sem qualquer valor, ainda os elencou como subsidiantes de sua ("antecipada por vidência, imagina-se") "representação para fins penais", contrariando a lei, o bom senso e os princípios do Processo Tributário Fiscal;

- que, portanto, os itens citados itens — "2", "3", "5" e "6" — constantes do "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" são apenas e tão somente, papéis sem nenhum valor, em especial para os fins para os quais foram coletados, pretensamente para instruir uma representação fiscal para fins penais;

- que ante o exposto, por fim, pediu a fiscalizada:

a) declarar insubsistente o "**Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis Fiscais**", procedendo-se a imediata devolução dos mesmos à Impugnante;

b) que os "papeis e livros", sem valor quer contábil quer fiscal, e ademais sem assinaturas e sem regulares registros, constantes dos "itens "2", "3", "5" e "6" do "Termo 12" , não constem do Processo Administrativo Fiscal;

c) que a partir do "Termo 12" supra, todos os atos subsequêntes, praticados ou a serem praticados pela Receita Federal, sejam adstritos a observarem os ditames do Processo Administrativo Fiscal, sob pena de nulidade.

(iii) Após pedido reiterado para que a Impugnação do Termo 12 de Apreensão de Livros e Documentos fosse apreciada, julgada pela DRJ antes da lavratura do auto de infração e não encontrando vontade da Fiscalização em observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (e-fls. 1029/1038), a contribuinte ajuizou Ação de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar (e-fls. 7376/7398), pedindo que fosse determinado o estrito cumprimento da legislação e dos princípios aplicáveis ao Processo Administrativo Fiscal/Tributário, em especial o Decreto nº 70.235/72 e a Lei nº 9874, de 1999; que em 30/04/2008, obteve liminar do Juízo da 16ª Vara Federal Cível de São Paulo (e-fls. 2051/2053 e 2250/2265), nos seguintes termos:

(...)

111- Isto posto **DEFIRO** a liminar para determinar à autoridade coatora que AGUARDE a apreciação da IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, **somente após**, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins Criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS a garantia do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Em **23/06/2008** a liminar foi confirmada pela **Sentença** do juízo da 16ª Vara Federal Cível de São Paulo que **concedeu a segurança** (e-fls. 2055/2059), cuja parte dispositiva transcrevo, *in verbis*:

(...)

III - Isto posto confirmo a liminar deferida às fls. 201/203 e **CONCEDO** a segurança para determinar à autoridade impetrada que AGUARDE a apreciação da IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, **somente após**, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir do TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS o contraditório é a ampla defesa.

(...)

(iv) Em **05/06/2009**, a contribuinte noticia nos presentes autos que o MM. Desembargador Nery Júnior do TRF/3ª Região, relator da Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.61.00.000011-5, impetrado contra o ilustre Delegado da Receita Federal, proferiu r. despacho, em 03/06/2009, determinando o cumprimento da sentença de 1º Grau (e-fls. 2157/2187).

(v) Em **05/02/2010**, a contribuinte protocolizou petição, fazendo juntada de cópia do Acórdão da 3ª Turma do Egrégio TRF/3ª Região, que na Apelação (reexame necessário) à sentença exarada nos autos de Mandado de Segurança nº 2008.61.00.000011-5/SP, **negou provimento à apelação da União e da remessa oficial**, sessão de **27/08/2009** (e-fls. 2210/2216), cuja ementa e parte dispositiva do referido Acórdão transcrevo:

(...)

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - NÃO APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PREJUDICADOS - IMPROVIMENTO.

1- *Contrariando o conjunto de regras que disciplina o processo administrativo, a autoridade coatora lavrou o auto de infração sem*

proceder à apreciação da impugnação interposta. Dessa forma, a impetrada extrapolou o due process of law que, mesmo em esfera administrativa, deve ater-se a prazos e ritos dos quais tanto a União como aos contribuintes não é facultado eximir-se, em atendimento ao princípio da legalidade.

2- Já a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, assegura a todos, ainda que em procedimento administrativo, o devido processo legal, a fim de garantir a ampla defesa, o contraditório, a publicidade e o impulso oficial.

3- A impugnação argüida pela apelada no procedimento fiscalizatório visava rebater as informações acusativas baseadas na apreensão dos livros e documentos fiscais da empresa.

4- Escorreita a sentença monocrática, de rigor sua manutenção, aguardando a apreciação da impugnação administrativa formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo, para depois, se cogitar acerca da Representação Fiscal para Fins Criminais e da lavratura do Auto de Infração, com o devido resguardo do direito da apelada ao contraditório e à ampla defesa.

5- Estabelecida que fora a litigiosidade com o ato de apreensão fez a administração incidir, para si, o dever inculcado no regramento da lei 9.784/99 em seu art. 2º, o de obedecer aos princípios de legalidade e sobretudo de ampla defesa, entre outros. Ao não processar o também direito da parte de impugnar o ato, descortinou-se, em face da administração a perspectiva de nulidade dos atos subseqüentes, a teor do art. 59 II do decreto no 70.235/72.

6- Apelação e à remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(...)

(vi) Quase três anos depois da lavratura do Auto de Infração, e também depois da publicação do acórdão publicado pelo TRF/3ª Região, que rejeitou Apelação e remessa oficial, confirmando a Sentença de 1º grau, a Impugnação de 22/03/2007 apresentada contra o **Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais (e-fls. 731/750, 1262/1287 e 2060/2086)**, conhecida por ser tempestiva, foi julgada improcedente pela DRJ em 05/11/2010, conforme Acórdão da 8ª Turma da DRJ/São Paulo I (e-fls. 2188/2195), cuja ementa e parte dispositiva transcrevo:

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS.

IMPUGNAÇÃO. JULGAMENTO EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL.

Nos termos da legislação de regência, é cabível a retenção de livros e documentos do contribuinte, mediante termo escrito lavrado pela autoridade fiscal, quando ficar configurada, em tese, a ocorrência de ilícito penal. A apreensão não implica considerar provado o ilícito penal, mas tão-somente visa instruir o processo de representação fiscal para fins penais, o qual será encaminhado ao Ministério Público somente após a constituição definitiva do crédito tributário.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio

(...)

(vi) Intimação infrutífera do resultado dessa decisão da DRJ que julgou a Impugnação do **Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais**. O AR voltou, destinatário não encontrado. Intimação por Edital, em 07/04/2011 (e-fls. 2197/2203).

- que, **ciente do lançamento fiscal por Edital** (Edital afixado em 19/12/2007 e retirado em 09/01/2018) (e-fl. 1002/1003), pois a intimação via postal - AR restara infrutífera (e-fls. 997/1001);

- que, não obstante, o representante da contribuinte compareceu à Fiscalização e tomou ciência dos autos de infração em **03/01/2008** e apresentou **Impugnação por via postal - postagem 06/02/2008** (e-fls. 1069/1174), cujas razões, em síntese, estão assim resumidas no relatório da decisão recorrida que transcrevo, no que pertinente, *in verbis*:

(...)

3.2. Tendo tomado ciência destes lançamentos, nos seus próprios termos, em 03/01/2008, o contribuinte, por intermédio de seus advogados (docs. a fls.009, 997, 1012 e 1013 interpôs impugnação (fls 1060 a 1080), remetida em 06 /02/08 (capa de caixa dos Correios a fls. 1055), relatando e alegando o que segue.

3.3. Inicia pugnando pela tempestividade da impugnação já que tomou ciência dos lançamentos em 03/01/08, conforme artigo 23, III e § 2º, III, do Decreto n.º. 70.235/72. Em seguida, relaciona os Termos de Constatação e Intimação Fiscal, com as respectivas datas de ciência. Afirma, em continuação, em um tópico denominado "III - GRITANTE ERRO MATERIAL" que o Auditor Fiscal, no item VI, da Representação Fiscal para Fins Penais, menciona como sendo sócios gerentes à época dos fatos os senhores Wanderley Venere Bonventi e Bruno Venere Bonventi, utilizando como base a 8ª alteração contratual registrada na JUCESP. Afirma que nem no contrato de constituição da empresa e nem em nenhuma outra alteração

contratual constou que o sócio minoritário Sr. Bruno Venere Bonventi tinha poderes de gestão ou de administração.

3.4. Após dizer: "Outrossim, é de extrema estranheza, para dizermos o mínimo, a falta de cautela e acuidade do Auditor Fiscal em utilizar a referida "8ª alteração contratual " ou qualquer outra que fosse, eis que nenhuma delas subsidia o fato, para tentar informar que o ex-sócio da empresa, **Sr. Bruno Venere Bonventi**, tinha poderes de **SÓCIO GERENTE** à época, incluindo-o como responsável na "**Representação Fiscal para Fins Penais**", sabendo ademais que em tal procedimento busca-se a mais lúdima verdade real. ", pleiteia a imediata retirada do nome do ex-sócio Sr. Bruno Venere Bonventi da "Representação Fiscal para Fins Penais". (os destaques na transcrição são do original)

3.5. Passa, então, a alegar a **ocorrência da decadência**, principiando por: (...).

(...)

3.11. O próximo tópico abordado pelo impugnante foi por ele denominado de "**Preliminar de Nulidade**", onde ele argumenta que tomou ciência do "**Termo (12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais**", em 16/02/2007, e, com a apresentação de sua impugnação, protocolada em 22/03/2007, abriu-se a possibilidade de imediata instalação do processo administrativo fiscal. Após transcrever textos de juristas e artigos de normas legais, diz: "**Constata-se assim que o objetivo único do Auditor Fiscal para a precipitada, prematura e intempestiva apreensão dos livros contábeis e fiscais descritos, era anexá-los ao "Processo de Representação Fiscal Para Fins Penais " ("Art 915 — § 1º do RIR " em consonância com o "Art. 35 — § 1º da Lei nº 9430/96'). "**

3.12. Passa, então, a elencar e discorrer sobre alguns princípios citados por doutrinadores que seriam comuns ao procedimento e ao processo administrativo tributário, como por exemplo: da legalidade objetiva, da vinculação, da verdade material, da oficialidade, do dever de colaboração, do dever de investigação. Conclui:

"Isto posto, requer-se a anulação das fases subseqüentes à "Apreensão", inclusive do "Auto de Infração", por não terem sido observados em sua lavratura as garantias processuais do Administrado. " (destaque do original)

3.13. Após mais transcrições de textos e de dispositivos legais, discorre sobre princípios de Direito Administrativo que teriam sido afrontados pelo Auditor Fiscal, que seriam: da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, da ampla defesa e do contraditório.

(...)

3.17. *O próximo tema a ser combatido está no item "VI- Da Omissão de Registro de Operações Bancárias — Receita de Venda de Direitos Creditórios não Contabilizada", onde o impugnante alega que a operação na qual alienou, pelo valor de R\$ 60.000,00, em 16/09/2002, para a empresa Visão Habitacional Ltda., por meio de instrumento particular de cessão e transferência de direitos creditórios, tendo realizado uma transferência de dinheiro entre agências bancárias, foi devidamente explicada e comprovada. (Doc. 8, 8-A e 9)*

3.18. *Diz que tal operação não é receita tributável, por já ter sido tributada em 1995, pois se refere a uma escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, lavrada em 26/09/95, em garantia de venda mercantil, conforme notas fiscais listadas na própria escritura.*

3.19. *Prossegue: "Ante o não pagamento da venda mercantil, a ora Impugnante tratou de executar a hipoteca e, seguindo as normas da Receita Federal vigentes, só e somente poderia levar o valor não recebido à conta de prejuízo, após exauridos todos os meios de cobrança, ou seja, término da Execução Judicial; assim, ao alienar para terceiros o crédito e o direito de ação, pelo valor original, não procedeu a uma operação tributável, sob pena de acolher-se a bi-tributação da mesma operação, ou "bis in idem".*

3.20. *Argumenta que, ao contrário do que alega o Auditor Fiscal, a operação relacionada à omissão de registro de operações bancárias como os créditos de vendas de divisas não contabilizados (caso Beacon Hills), está comprovada como sendo repatriação de divisas antecipadas a fornecedor estrangeiro, anexando, com o intuito de ver corroborada sua afirmativa, o documento 10-A.*

3.21. *Alega que o Auditor Fiscal, "sob critérios próprios", ignorando uma lei em que se baseou e fazendo letra morta de outra, lavrou o Auto de Infração por omissão de receitas. Reafirmando que declarou o IRPJ/2003 pelo regime de Lucro Real, com o cálculo do imposto sendo feito mensalmente por balancete, apresenta alguns valores que constam de sua DIPJ/2003. Diz que valores do Ativo, como Cliente, Caixa e do Passivo, como Financiamentos a curto prazo deveriam ser considerados para a perfeita adequação do fluxo de caixa e que "a não consideração dos valores de depósitos em sistema de "Fluxo de Caixa" dia a dia, mês a mês, contraria, a ciência contábil, bem como os princípios e procedimentos contábeis, a jurisprudência do Conselho de Contribuintes (Doc. a), e a própria "Lei nº 9.430/96 — Art. 42", além de se constituir na prática em um verdadeiro "bis in idem".*

3.22. *Argumenta que o Auditor Fiscal autuante não considerou os depósitos decorrentes de transferências entre contas do próprio contribuinte, que representam "conforme adiante se demonstrará e provará um montante de altíssima monta, a contemplar a quase totalidade da autuação por omissão de*

depósitos bancários". *Insiste na citação do § 1º do artigo 42, da Lei 9.430/96 para afirmar que as receitas devem ser consideradas auferidas no mês do crédito efetuado pela instituição financeira e que procedimento diverso contraria a jurisprudência do Conselho de Contribuintes.*

(...)

3.24. *Assegura que o lançamento estribado apenas na soma de depósitos bancários é procedimento inconsistente, que não retrata a situação necessária e suficiente definida em lei para a ocorrência do fato gerador, conforme prevê o artigo 43, do Código Tributário Nacional. Também diz que a Lei n.º. 9.430/96 não fala em "soma", ao se referir aos depósitos bancários não justificados e, no seu entendimento, a "soma" contraria a legalidade, como disposto no inciso III, do artigo 97 do CTN. Acredita que é com base nesses fundamentos que a jurisprudência tem confirmado a ilegitimidade do IRPJ lançado com apoio apenas em depósitos bancários.*

3.25. *Entende que o lançamento seria legítimo apenas se "além dos depósitos bancários cuja origem não tiver sido identificada pela fiscalização, ocorresse a disponibilidade jurídica e econômica em favor do Contribuinte, com conseqüente **acréscimo patrimonial** (o que definitivamente não ocorreu no caso presente)."*

(...)

3.27. *Ataca a aplicação da multa agravada de 150% pelo evidente intuito de fraude, como definido no artigo 71, da Lei n.º. 4.502/64, porque, no seu entender, o ponto caracterizador desse agravamento é o dolo e "foi autuado açodadamente em astronômico montante, unicamente pela não entrega tempestiva de documentação que respaldasse o seu movimento bancário de depósitos e créditos." Cita juristas e acórdãos administrativos com o objetivo de ver corroborada sua argumentação.*

3.29. *Termina este tema afirmando que está impugnando a "astronômica e absurda autuação, nos termos em que ela foi lavrada, ou seja, pendências de justificativas sobre os "DEPÓSITOS BANCÁRIOS" constantes nos EXTRATOS BANCÁRIOS, QUE, RESSALTE-SE, FORAM APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE." (destaques do original)*

3.30. *No item denominado "XI — QUADRO CONJUNTURAL" confessa que utilizou operações de desconto de duplicatas sem lastro e que, `por serem pouco ortodoxas, não encontravam adequado espaço na contabilização ". Afirma, também, que está anexando relatórios, para cada banco, com as justificativas e com documentos comprobatórios.*

3.31. *Diz que os julgadores deverão considerar 9 (nove) elementos (que especifica, a fls. 1138 e 1139) na formação de*

sua convicção e enfatiza o disposto no artigo 3º, da IN SRF nº. 246/2002, que traz, em seu §1º a assertiva de não ser necessário considerar o crédito de valor individual igual ou inferior a R\$ 12.000,00.

*3.32. **Requer a realização de perícias e diligências**, nomeando peritos e formulando 8 quesitos, como: confecção de fluxo de caixa; diligência nos bancos, ..., se dívida houver por parte dos julgadores; diligência para sanar qualquer dívida dos julgadores quanto à idoneidade de qualquer documento apresentado; se os elementos e documentos constantes do processo administrativo em tela são suficientes para atender ao princípio da justiça tributária, princípio da verdade material, princípio do dever de investigação, princípio da ampla instrução probatória; outras perícias e diligências que os senhores julgadores ou os peritos achem necessárias; identificação nos depósitos bancários das operações pouco ortodoxas.*

*3.33. **Alega o efeito confiscatório da multa**, por atingir o direito constitucional à propriedade e investe contra a aplicação da taxa SELIC, por ser uma taxa criada por circular do Banco Central, poder ser modificada a qualquer tempo por este e visar, apenas, remunerar o capital investido na compra e venda de títulos / públicos. Entende que deve ser aplicada a taxa de 1 % (artigo 161, § 1º).*

3.34. Antes de encerrar sua extensa exposição, afirma que o enquadramento utilizado pelo Auditor Fiscal na Representação para Fins Penais (artigo 1º da Lei nº. 8.137/90) não é o mais adequado. No seu entender, "como medida da boa doutrina jurídica", requer a retificação para o tipo penal descrito no inciso I, do artigo 2º da referida Lei.

*3.35. **A título de conclusão afirma que não houve qualquer aumento de patrimônio**, nem do impugnante e nem de seus sócios. Requer o acolhimento da presente, com o cancelamento do Auto de Infração.*

3.36. Na seqüência dos Autos, consta um documento entregue pelo ora impugnante intitulado "MEMORIAL - CONSIDERAÇÕES", no qual salienta e enfatiza argumentos já expendidos na impugnação, não trazendo documentação nova.

*4. Foi formalizado processo de **Representação Fiscal para Fins Penais**, nos termos do artigo 1º da Portaria SRF nº. 326/05, que ganhou o nº. **19515.004307/2007-92** e foi pensado aos presentes autos.*

(...).

Obs: A Impugnação foi considerada tempestiva pela DRJ, pois dia 02/02/2008 foi sábado e só passou a ter expediente normal em 07/02/2008 (e-fls. 1719/1778).

- que, na sessão de 30/07/2008, a 8ª Turma da DRJ/São Paulo I, julgou a Impugnação do Lançamento Fiscal procedente em parte, ao exonerar parte do crédito tributário de PIS e Cofins por acolher **decadência** (Art. 150, § 4º, CTN), conforme Acórdão (e-fls. 1719/1778), cuja ementa, parte dispositiva e voto, no que pertinente, transcrevo:

(...)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

Ementa: MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. APLICABILIDADE.

A prática reiterada de não registrar na contabilidade conta corrente bancária e sua movimentação evidencia o intuito doloso de ocultar a obrigação tributária principal, caracterizando evidente intuito de fraude, que implica na qualificação da multa de ofício.

OMISSÃO DE RECEITAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DE CONTAS CORRENTES BANCÁRIAS.

Valores não contabilizados, creditados em conta de depósito, mantida junto a instituição financeira, são caracterizados como receitas omitidas, justificando o lançamento de ofício sobre as parcelas subtraídas ao crivo do imposto.

NOTIFICAÇÃO POSTAL. DATA DE CIÊNCIA.

O contribuinte toma ciência de ato administrativo ao receber, via postal, a correspondência, datando e assinando o aviso de recebimento.

PAGAMENTO ANTECIPADO: FALTA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INOCORRÊNCIA. A falta de pagamento antecipado de tributo ou atividade de verificação tributária e de avaliação do montante da exação impede o lançamento por homologação.

IRPJ. CSLL. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DOLO. Constatado o dolo, o direito de constituição do crédito tributário relativo ao IRPJ, calculado com base em apuração anual, decai em 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

PIS. COFINS. DECADÊNCIA. OCORRÊNCIA.

Ocorre a decadência com o decurso de 5 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

PRODUÇÃO DE PROVA. COMPLEMENTAÇÃO.

Dispensável a complementar produção de provas, quando os documentos integrantes dos autos revelam-se suficientes para formação de convicção e conseqüente deslinde do feito.

PERÍCIA E DILIGÊNCIA. DESNECESSÁRIAS.

A autoridade julgadora não está obrigada a deferir pedidos de realização de diligências ou perícias requeridas. Tais pedidos somente são deferidos quando entendidos necessários à formação de convicção por parte do julgador. Considera-se não formulado o pedido de perícia que deixe de atender aos requisitos previstos em lei.

CONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE.

O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Tendo sido regularmente oferecida, e amplamente exercida pela autuada, a oportunidade de defesa, pois, tempestiva, abrangente e copiosa a impugnação apresentada, restam descaracterizadas as alegações de cerceamento de direito de defesa.

MULTA DE OFÍCIO. EFEITO CONFISCATÓRIO E CAPACIDADE ECONÔMICA.

A multa de ofício não possui natureza confiscatória, constituindo-se antes em instrumento de desestímulo ao sistemático inadimplemento das obrigações tributárias. A capacidade econômica da contribuinte é respeitada, na medida em que a exigência é feita mediante aplicação de percentual sobre o tributo que deixou de ser recolhido.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas em lei tributária. A utilização da taxa SELIC para o cálculo dos juros de mora decorre de lei, sobre cuja aplicação não cabe aos órgãos do Poder Executivo deliberar.

LANÇAMENTOS DECORRENTES. REPERCUSSÃO.

Caracterizada a omissão de receita, o decidido quanto ao principal, relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, repercute seus efeitos nos lançamentos reflexos dos outros tributos - CSLL, PIS e COFINS - em função de estarem sendo lançados em razão de mesmo fato contábil-empresarial.

Lançamento Procedente em Parte

Acordam os membros da 8ª Turma de Julgamento da DRJ/SPO-I, por unanimidade de votos, considerar PROCEDENTE EM PARTE o lançamento, mantendo integralmente o crédito tributário exigido de IRPJ e de CSLL, exonerando, parcialmente, o crédito tributário de PIS e COFINS, nos termos do voto do relator.

(...)

RECORRO DE OFÍCIO ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, nos termos do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações introduzidas pela Lei nº 9.532, de 1997 e Portaria MF Nº 375, de 2001.

(...)

Voto

(...)

22.2.- Tendo chegado às conclusões acima, voto no sentido de considerar PROCEDENTES os lançamentos relativos ao IRPJ e à CSLL e PARCIALMENTE PROCEDENTES os lançamentos relativos ao PIS e à COFINS, exonerando, para estes tributos, o lançamento relativo aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 2002, conforme os quadros abaixo (todos os valores estão em R\$):

	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
IRPJ	3.538.744,21	-	3.538.744,21
MULTA DE OFÍCIO	5.308.116,30	-	5.308.116,30
TOTAL	8.846.860,51	-	8.846.860,51

	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
CSLL	1.281.979,09	-	1.281.979,09
MULTA DE OFÍCIO	1.922.968,63	-	1.922.968,63
TOTAL	3.204.947,72	-	3.204.947,72

	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
COFINS	454.889,49	438.752,79	16.136,70
MULTA DE OFÍCIO	682.334,21	658.129,19	24.205,02
TOTAL	1.137.223,70	1.096.881,98	40.341,72

	LANÇADO	EXONERADO	MANTIDO
PIS	103.938,22	95.063,04	8.875,18
MULTA DE OFÍCIO	155.907,30	142.594,53	13.312,77
TOTAL	259.845,52	237.657,57	22.187,95

(...)

- que, ciente desse *decisum* em **29/04/2009** - **quarta-feira** - por via postal - Aviso de Recebimento - AR (e-fls. 1845/1855), a contribuinte apresentou Recurso Voluntário em **01/06/2009** - **segunda-feira** (e-fls. 1871/1975), cujas razões, em síntese, as seguintes:

a) tempestividade do recurso:

(...)

TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O presente Recurso é tempestivo, vez que intentado dentro do trintídio legal (art. 33 — Dec. n.º 70.235172) subsequente à ciência da decisão de 1ª Instância pela Recorrente, a qual ocorreu em data de 04/Maio/2009, iniciando-se a contagem em 05/Maio/2009 para encerrar-se dia 03/junho/2009.

(...)

b) preliminar de nulidade absoluta do lançamento fiscal e do acórdão recorrido:

- que impetrou, em **20/12/2007**, Mandado de Segurança — Processo nº 2008.61.00.000011-5, perante a 16ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo — TRF 3ª Região, cujo juízo deferiu liminar de antecipação de tutela em 02/04/2008;

- que, em **23/07/2008**, o citado juízo proferiu sentença concedendo a segurança, mantendo a antecipação de tutela (e-fls. 2055/2058), *in verbis*:

(...)

I – Trata-se de MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar no qual se insurge a impetrante contra a imediata lavratura de auto de infração contra si, sem a observância dos princípios do contraditório e de ampla defesa, em razão da interposição de impugnação administrativa à apreensão de livros contábeis e fiscais.

Alega, em síntese, que o oferecimento de impugnação ao ato de apreensão de documentos e livros fiscais inaugura o Processo Administrativo Fiscal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa (artigo 7º, II do Decreto nº 70.235/72), que devem proceder a lavratura do auto de infração.

(...)

DECIDO:

II – Os artigos 35 da Lei 9.430/96 e o artigo 7º, II, do Decreto 70.235/72 não são conflitantes. O primeiro possibilita à autoridade fazendária a retenção dos livros e documentos fiscais do contribuinte para exame fora do estabelecimento. O segundo, de outro lado, trata do início do procedimento fiscal, fixando-o no momento da apreensão de mercadorias, documentos ou livros.

Desse modo, procede a irresignação do impetrante quanto à decisão da autoridade de ignorar sua impugnação ao termo de apreensão e deliberar, segundo se verifica das informações, instaurar a Representação Fiscal para Fins Penais (que recebeu o nº 19515.00430712007-92) sem ao menos ouvir o contribuinte acerca das conclusões que os auditores fiscais chegaram após o exame dos livros e documentos apreendidos.

A garantia ao contraditório e à ampla defesa no procedimento administrativo fiscal não pode ser tida como mera formalidade. O poder fiscalizatório é exercido — sem a necessidade de garantia da ampla defesa — quando a fiscalização EXAMINA livros e documentos na sede do estabelecimento. À evidência, quando esses livros e documentos são APREENDIDOS, servindo de base para a INSTAURAÇÃO de representação para fins criminais está-se diante de ATOS que extrapolam o exercício do poder fiscalizatório na medida em que avançam na esfera jurídica do contribuinte, dando início ao procedimento administrativo fiscal nos exatos termos do artigo 7º do Decreto 70.235/72.

III — Isto posto confirmo a liminar deferida às fls. 201/203 e CONCEDO a segurança para determinar à autoridade impetrada que AGUARDE a apreciação da IMPUGNAÇÃO

ADMINISTRATIVA da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, somente após, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir do TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS o contraditório e a ampla defesa.

(...)

- que, não obstante a existência de decisão judicial, de mérito, obstando a lavratura a lavratura do auto de infração, enquanto não julgada a Impugnação ao Termo nº 12 de Apreensão de Livros e Documentos, a Fiscalização lavrou o auto de infração e a DRJ julgou o lançamento fiscal, porém, na data de apresentação do Recurso Voluntário, ainda não havia sido apreciada a Impugnação do Termo 12 de Apreensão de Livros e Documentos;

- que a decisão *a quo* ignorou existência de decisão judicial, no caso;

- que a Sentença do Mandado de Segurança impetrado fez letra morta ao "Auto de Infração";

- que a Sentença no Mandado de Segurança, inequivocamente, anulou o "Auto de Infração";

- que é patente a nulidade do Auto do Infração e da decisão recorrida, devendo essa Turma acolher esta preliminar de nulidade como medida de JUSTIÇA!

c) preliminar de mérito: decadência (CTN, art. 150, §4º): que o termo inicial do prazo de cinco anos é 01/01/2003 e o termo final 01/01/2008; a ciência do lançamento ocorreu em 03/01/2008;

- que os valores dos "depósitos bancários" relacionados pelo Auditor Fiscal como "NÃO JUSTIFICADOS" deverão ser considerados no MÊS DO CRÉDITO EFETUADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, aflorando assim a "relação" "mês a mês";

- que o Sr. Auditor Fiscal, às fls. 961 do processo escreveu absurdamente, como fatos geradores todos no mês de dezembro de 2002, ignorando os depósitos nos meses em que ocorreram; que afrontou a Lei nº 9.430196 (art. 42 - §§ 1 11 , 20 e 311);

- que as receitas bancárias omitidas devem ser consideradas no **mês de sua ocorrência;**

- que a Lei nº 9.430196 obriga, em seu Art. 42, §1º, que os depósitos bancários omitidos sejam considerados como auferidos ou recebidos no mês do crédito efetuado junto à instituição financeira, encontrando-se aí a data de seu fato gerador, ou seja, a data de sua ocorrência;

- que o Art. 150, § 4º, do CTN preconiza a ocorrência da decadência, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, 5 (cinco) anos a partir do fato gerador;

- que os depósitos bancários pretensamente omitidos ocorreram em datas dos meses de janeiro a dezembro do ano - calendário de 2002;

- que, ainda, no caso de dolo, fraude ou simulação (art. 173, I, do CTN), o 1º dia do exercício subsequente, ao que o lançamento poderia ser efetuado, é a data de 1º de Janeiro do ano de 2003, ocorrendo a decadência, 5 (cinco) anos após, ou seja, em 1º de Janeiro de 2008;

- que ocorreu a decadência integral.

d) omissão de receitas:

- DA OMISSÃO DE REGISTRO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS — RECEITA DE VENDA DE DIREITOS CREDITÓRIOS NÃO CONTABILIZADA;

- OMISSÃO DE REGISTRO DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS — CRÉDITOS DE VENDAS DE DIVISAS NÃO CONTABILIZADAS (CASO BEACON HILLS);

- que se vencida as "preliminares de decadência e de nulidades" do "Auto de Infração", o que se admite apenas por amor ao argumento, no mérito e na parte fática, melhor sorte não socorre o "Auto de Infração" em combate, bem como a decisão recorrida, na parte em que manteve a autuação incorrida;

- que a denominada "Omissão de Receitas de Pessoas Jurídicas adveniente de Depósitos Bancários", repise-se, há de ser considerada "mês a mês", em um conta-corrente, num verdadeiro "fluxo de caixa", eis que por óbvio, o eventual valor lançado e tributado pelo "Auto de Infração" lavrado pelo Auditor Fiscal em um mês, passa a se constituir saldo líquido disponível no mês Q subsequente, deduzindo-se do montante de depósitos desse mês, e assim subsequente, dentro do ano-calendário, num procedimento dentro das normas e princípios contábeis e da própria Lei nº 9.430/146;

- que a presunção de receitas omitidas decorrentes de depósitos bancários de origem não comprovada - estabelecida pelo "artigo 42 da Lei nº 9.430/196" - por si só não confere legitimidade ao lançamento do imposto de renda, porquanto remanesce a contrariedade ao "art. 43 do CTN" por não estar configurada a aquisição de disponibilidade jurídica ou econômica de renda, nem acréscimo patrimonial;

- que o lançamento só seria legítimo se, além dos depósitos bancários cuja origem não tiver sido identificada pela fiscalização, ocorresse a disponibilidade jurídica e econômica em favor do Contribuinte, com consequente acréscimo patrimonial~

- que somente requer o "Arbitramento", nos termos do "Art. 530 do RIR/99", se vencidas as preliminares e as justificativas elencadas, o que se admite "ad argumentandum;

- que o "Art. 288, do RIR/99", adotado pelo Auditor, somente se aplica às receitas efetivas e não às receitas consideradas como tais, por presunção da lei;

- que as receitas efetivas resultam do ingressos reais e inquestionáveis, que tenham sido omitidos pelo contribuinte, não contemplando as receitas por mera presunção, como no caso do Art. 42 da Lei nº 9.430/196.

e) multa qualificada:

- que o "artigo 44 da Lei nº 9.430/196", prevê a aplicação da multa agravada de "150%" sobre a totalidade ou diferença de tributos, unicamente nos casos de lançamento de ofício, e se comprovada a existência do evidente "intuito de fraude", definido nos "artigos 71, 72 e 73, da Lei nº 4.502/64;

- que a qualificação da multa de ofício na dita "sonegação fiscal" exige para a sua efetiva e perfeita caracterização, que o procedimento adotado pelo contribuinte tenha sido "doloso";

- que, nos presentes AUTOS, em nenhum momento o Auditor Fiscal, desenvolveu qualquer dissertação à evidenciar, na letra da lei vigente da época, de ter ocorrido "evidente intuito de fraude", na pretensa omissão de receitas, decorrente de "Depósitos Bancários";

- que a imputação "Omissão de Receitas", decorrente de "depósitos bancários não comprovadas a origem pelo Contribuinte", conforme o constante do "Art. 42 da Lei nº 9.430/196", que inverteu o "ônus da prova", ocorre por mera presunção;

- que se o lançamento baseia-se numa presunção relativa (Art. 42 — Lei nº 9.430/196), não é possível aplicar a multa qualificada;

- que Acórdão nº 101-94.351 do CC, dispõe que não restando comprovada a acusação de fraude, prevalece a regra geral do Art. 150, § 4ª), do CTN, contemplando DECADÊNCI;

- que, nos expressos termos do "Art. 18 do Decreto nº. 70.235/72", requereu a realização de diligências e perícias e, nos termos do "Art. 16, IV", indicou seus peritos e assistentes técnicos, bem como explicitou seus quesitos e diligências, objetivando sempre a busca da Verdade Material, princípio consagrado no Direito Tributário, e estribado no direito Constitucional da ampla defesa;

- que, entretanto, ínclitos Julgadores, o julgado de 1ª Instância ignorou por completo o interesse na busca perene da Verdade Material, afrontando o contraditório e a ampla defesa, numa atitude simplista,, restringiram-se a ratificar o Auto de Infração e, quando muito, a proceder a exclusão de absurdidades componentes da peça inaugural;

- que, assim, debruçando-se na peça IMPUGNATIVA, certamente se convencerão da necessidade essencial do procedimento das perícias;

- que a Constituição Federal de 1988 veda a utilização de tributos com efeito confiscatório, segundo se depreende da leitura do "inciso IV, do artigo 150";

- que da ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para cálculo dos juros de mora.

f) representação fiscal para fins penais

Por fim, se vencidas as preliminares de nulidade e decadência, o que só se admite "ad argumentandum", na parte fática e no mérito, a astronômica autuação não se

sustenta, ante a matéria de fato e de direito argüida, em especial as comprovações de transferências vultuosas entre Bancos de mesma titularidade e os empréstimos bancários concedidos sob a forma de conta garantida, a qual credita e debita o valor para uso na conta-corrente da recorrente; pelo que requer e espera o integral acolhimento deste Recurso Voluntário, cancelando-se o remanescente do referido "Auto de Infração", como medida de inteira JUSTIÇA!

Obs: Petição juntada ao autos pelo sujeito passivo, em 22/05/2012, contestando a intempestividade do Recurso Voluntário (e-fls. 2217/2243):

- que não pode prosperar e **NEM MESMO PODERIA TER SIDO LAVRADA A AUTUAÇÃO**, ante a existência maior de ordem judicial concedida em remédio constitucional (**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0000011-62.2008.4.03.6100**) (doc. 03) que expressamente proibiu e anulou todos os atos processuais praticados pela Administração Pública posteriores à "IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA" apresentada pela Requerente (folhas 722/747);

- que, portanto, o Processo Administrativo em tela se constitui em aberração jurídica, verdadeiro cadáver jurídico insepulcro, que, como se não bastasse a ilegalidade em não apreciação da tempestiva **IMPUGNAÇÃO** citada, ofende **AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS**, fazendo letra morta o Texto Constitucional. A conduta da Receita Federal do Brasil, **AO IGNORAR O MANDADO DE SEGURANÇA** em pleno vigor, já com **decisão de Mérito** do **EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**, afronta o próprio poder Judiciário, eis que a RFB persiste em dar "andamento" a um processo, não apenas anulável, mas **NULO DE PLENO DIREITO**, conforme decisão do writ: "**DESCORTINOU-SE, EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO A PERSPECTIVA DE NULIDADE DOS ATOS SUBSEQUENTES,**" leia-se, a lavratura do **AUTO DE INFRAÇÃO** ensejador do Processo Administrativo em tela;

- que, procurando procrastinar o cumprimento do comando constitucional entalhado pela Corte Regional da Terceira Região, a Procuradoria da Fazenda Nacional, opôs Embargos de Declaração, contudo, à unanimidade, a Corte rejeitou-os (doc. 07). Conforme bem asseverou o nobre Desembargador Relator dos embargados declaratórios:

Dá-se que em verdade a União pretende rediscutir e reabrir o debate já assentado. Se afirmou alhures que havendo a parte oferecido impugnação às informações acusativas a administração não estaria livre para avançar constituição de crédito e formar convicção acerca de representação fiscal para fins criminais. Essa foi a solução do conflito estabelecido. Não há espaço para se imaginar em contradição. Fale-se, antes, e se quiserem, em desacerto do quanto decidido."

- que, portanto, vê-se, de plano, um processo administrativo com suas raízes poluídas, violando preceitos constitucionais sensíveis, garantias que o Contribuinte tem em face do próprio Estado, e ao qual só estamos aderindo por amor ao argumento e objetivando Justiça!

- que essa não é a primeira vez que a Requerente noticia a respeito dos comandos constitucionais proferidos no **MANDADO DE SEGURANÇA**, aliás, para sermos mais precisos, essa é a **TERCEIRA VEZ QUE A REQUERENTE FORMALMENTE INFORMA DAS DECISÕES CRAVADAS PELO JUDICIÁRIO**;

- **que** a Requerente, mesmo coberta pelo manto constitucional do **MANDADO DE SEGURANÇA**, que, repisa-se, expressamente determinava a **NÃO AUTUAÇÃO**, a RFB a autuou (folhas 959 à 985 do Processo Administrativo) e, pela sua 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo - DRJ/SPO I -, proferiu o Acórdão nº 16-17.952, datado de 30 de julho de 2008 (folhas 1.701 à 1.760 do Processo Administrativo), preterindo a impugnação desta que peticiona (folhas 1.056 à 1.155 do Processo Administrativo), passando ao largo da superior decisão judicial do TRF 3ª Região, contida no *Mandamus*;

- que intimada, embora assombrada pelo comportamento da RFB em ignorar o *mandamus*, e ante a negativa de seu petitório (impugnação ao auto de infração e imposição de multa), exercendo o preceito constitucional do duplo grau de jurisdição (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal), a Requerente, interpôs tempestivo **Recurso Voluntário** ao Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (folhas 1.851 a 1.954 do Processo Administrativo);

- que, todavia, para surpresa da Recorrente sobreveio ilegal despacho do órgão administrativo julgador de primeiro grau, em juízo de prelibação pugnando por **INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO** (doc. 02 - folhas 2.155 do Processo Administrativo);

- que a Receita Federal do Brasil ignorou o **MANDADO DE INTIMAÇÃO** do Acórdão exarado pela 8ª Turma da DRJ/SPO I -, expedido via correio com aviso de recebimento - AR, o qual **FOI RECEBIDO POR PESSOA**

Processo nº 19515.004257/2007-43
Acórdão n.º 1301-003.962

S1-C3T1
Fl. 9.371

TOTALMENTE ESTRANHA E DESCONHECIDA AO ROL DE FUNCIONÁRIOS DA REQUERENTE E DE SEU CONTRATO SOCIAL;

- **que** a Requerente, conforme é do pleno conhecimento da RFB, está sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FUNDOS**, sala 01 (doc. 01). A pessoa que recebeu o "mandado de intimação", posteriormente direcionando à Requerente, conforme pesquisamos, é funcionário da empresa **CHÁCARA FLORA FITNESS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE GINÁSTICA LIMITADA** (doc. 11), que está situada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FRENTE** (docs. 12 e 13), a qual nenhuma ligação e/ou relação detém com a ora Requerente;

- que, para complicar, somente cinco dias após o recebimento da intimação, o tal funcionário da Chácara Flora Fitness Comércio de Equipamentos de Ginástica Limitada, transmitiu à Requerente Fitness do Brasil Comercial Limitada o mandado de intimação anotado como recebido em 04 de Maio de 2009, quando **FATICAMENTE ACONTECEU NO DIA 29 DE ABRIL DE 2009**, o que somente agora logramos saber;

- que não se sabe qual o motivo do tal funcionário da Chácara Flora Fitness ter recebido o mandado intimatório em nome da Requerente e, muito menos, em omitir a verdadeira data do recebimento e anotar outra. Provavelmente descaso, ignorância quanto a seriedade e responsabilidade de receber uma intimação da RFB, ou simplesmente confusão, face a existência da expressão "Fitness", na denominação societária desta Requerente e da empresa supra citada;

- que na declaração produzida pela empresa Chácara Flora (doc. 11), o **SUJEITO QUE RECEBEU O MANDADO DE INTIMAÇÃO** por carta com aviso de recebimento à época do recebimento da missiva, **INTEGRAVA O QUADRO DE FUNCIONÁRIOS HÁ APENAS 02 (DOIS) MESES E 17 (DEZESETE) DIAS**; portanto é plausível que o mesmo tenha imaginado que a referida carta devesse ser recebida e repassada a um "responsável", em razão das denominações societárias serem "parecidas", é razoável que o senhor André Salvador Crisafulli, tenha, ante o seu recém ingresso na "Chácara Flora", se equivocado e recebido uma correspondência destinada a outra pessoa jurídica, esta, porém, com **DENOMINAÇÃO SOCIETÁRIA SIMILAR DA EMPRESA QUE O EMPREGAVA**, quanto ao nome "Fitness";

- que considerar válida uma intimação que fora recebida por um sujeito que não a Requerente ou um dos seus prepostos é **AVILTAR**, além do devido processo legal, a **AMPLA DEFESA DA REQUERENTE**;

- que certamente a violação havida no caso em tela não ocorreu de modo intencional, mas ocorreu. **UM SUJEITO, QUE NÃO REMETENTE E DESTINATÁRIO, RECEBEU A CORRESPONDÊNCIA, OU SEJA, UM ESTRANHO A RELAÇÃO JURÍDICA TOMOU CIÊNCIA DA PRÁTICA DE UM ATO PROCESSUAL**;

- que analisando o envelope que trouxe as decisões exaradas pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (docs. 17 A e 17 B), constata-se a ausência de qualquer data que indique quando houve o efetivo recebimento da correspondência por parte do senhor André Salvador Crisafulli. Consta apenas o emblema do "Serviço Público Federal", a "etiqueta com os dados do destinatário da missiva" e "carimbo dos Correios" (doc. 17 A) e no verso do envelope "um carimbo com dados do remetente da correspondência" (doc. 17 B), portanto, por não constar qualquer data acerca do termo inicial para computo do prazo para interpor recurso voluntário, deve ser considerado 15 (quinze) dias após a data da expedição da intimação, ou seja, a incidência da segunda parte do inciso II, do artigo 11, do Decreto número 7.574;

- que **MESMO ENTRE AQUELES QUE ADMITEM A TEORIA DA APARÊNCIA, A MISSIVA DEVE SER ENTREGUE NO ENDEREÇO CORRETO DO DESTINATÁRIO, O QUE NÃO ACONTECEU NA SITUAÇÃO EM TELA**, a correspondência foi entregue noutra empresa, apenas com denominação social similar da Requerente. Na situação em tela, seja aplicando ou não a teoria da aparência, não há aporte para se considerar válido o ato noticiador;

- **QUE CONSIDERANDO A TEORIA DA APARÊNCIA**: (lembrando que esta necessita que a carta seja entregue no endereço correto, não importando quem a recebeu): a Requerente esta sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FUNDOS**, sala 01 (doc. 01), e a sujeito que recebeu o ato noticiador possui vínculo empregatício com empresa sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FRENTE** (docs. 11, 12, 13 e 14); cremos que o Carteiro confundiu-se, pois as denominações sociais de ambas as empresas são parecidas, **FITNESS DO BRASIL COMERCIAL LIMITADA** (Requerente) e **CHACARA FLORA FITNESS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE GINASTICA LIMITADA**; **DESCONSIDERANDO A TEORIA DA APARÊNCIA**: (lembrando que esta necessita que a carta seja entregue para o próprio comerciante ou representante legal): a missiva foi entregue para um empregado de outra empresa que, obviamente, não é um dos administradores da Requerente, muito menos seu representante legal. Como já dito exaustivamente, **EM NENHUMA DAS DUAS HIPÓTESES A INTIMAÇÃO CONSUBSTANCIOU-SE VÁLIDA**.

- que o mérito presente neste Processo Administrativo é extremamente relevante para não ser analisado pela instância superior, in casu, esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Por isso, comprovado à exaustão que houve **JUSTO MOTIVO** para o protocolo do Recurso Voluntário ser "intempestivo", requer e espera que os Ilustres Julgadores considerem tempestivo o referido recurso, tendo como data do recebimento da correspondência, o dia **04 de maio de 2.009**, para o normal encaminhamento do Recurso Voluntário, **COMO MEDIDA DE JUSTIÇA!**

Na sessão de 11/09/2012, a 2ª Turma Ordinária da 1ª Câmara, conheceu do Recurso Ofício, e por envolver matéria atinente a lançamento de omissão de receitas com base em depósitos bancários, sobrestou o julgamento do processo à luz do Art. 62-A do Anexo II do RICARF e do § 1º da Portaria CARF nº 01, de 03/01/2012, conforme Resolução nº 1102-000.106 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária (e-fls. 2283/2308), cujos fundamentos do voto condutor pelo sobrestamento transcrevo, *in verbis*:

(...)

O primeiro deles refere-se ao fato de estar em curso o MS nº 2008.61.00.0000115, cujas decisões judiciais nele proferidas determinaram à D. Autoridade Coatora que “AGUARDE a apreciação da impugnação administrativa da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, somente após, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins Criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir do TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS a garantia de contraditório e da ampla defesa, bem como tomar as providências cabíveis” (fls. 2140 e ss – destaques do original).

Conforme consta de informação do sitio do TRF3a Região (http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=20086_100000115), os autos do processo judicial encontram-se conclusos no Gabinete do Exmo. Sr. Vice-Presidente do Tribunal para exame dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais apresentados pela União Federal naquele caso.

Com a devida vênia, a par de constar menção expressa deste processo administrativo na parte do relatório da r. decisão judicial de fls. 2141 (quando a Exma. Juíza faz menção à manifestação da própria Fazenda Nacional naquele caso), a generalidade do comando proveniente do ato judicial sugere que citado mandamus tem expressa relação com este processo, visto que, reitere-se: determinou-se que se “AGUARDE a apreciação da impugnação administrativa da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, somente após, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins Criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir do TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS a garantia de contraditório e da ampla defesa, bem como tomar as providências cabíveis”. Não parece haver dúvida de que os lançamentos em referência têm relação direta com os fatos e informações contidas nos documentos relacionados no termo de

apreensão objeto de impugnação administrativa a que alude as decisões em judiciais em referência.

*Assim, no meu entender, apenas com o exame detalhado das peças processuais correspondentes (petição inicial, sentença, acórdão, ato decisório final e certidão de trânsito em julgado) e com o encerramento do processo judicial em referência é que será possível analisar o pedido de nulidade formulado pela Contribuinte neste processo (cujo conhecimento me parece obrigatório ao menos por força do **efeito traslativo do recurso de ofício** objeto de julgamento).*

O segundo deles refere-se à legitimidade (ou não) de lançamentos tributários lavrados com base em informações obtidas pela Fiscalização diretamente com instituições financeiras.

(...)

Por fim, consta dos presentes autos que foi negado seguimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional e também foi rejeitado pelos STJ o Agravo da Fazenda Nacional em Recurso Especial, em 20/06/2014 (e-fls. 7543/7544). Também consta dos autos que a Segurança concedida transitou em julgado em 13/08/2014, conforme Certidão de Trânsito e Termo de Baixa (e-fl. 7545).

Ainda consta dos autos a juntada de cópia da Certidão da decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, na sessão de 24/02/2016, em sede do RE nº 601314/SP, Tema 225 da Repercussão Geral (e-fls. 7548/7568).

Os autos retornaram para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nelso Kichel, Relator.

RECURSO VOLUNTÁRIO

O recurso é intempestivo.

A recorrente tomou ciência da decisão recorrida em **29/04/2009 - quarta-feira** - por via postal - Aviso de Recebimento - AR (e-fls. 1845/1855) e apresentou o Recurso Voluntário em **01/06/2009 - segunda -feira** (e-fls. 1871/1975).

O prazo fatal - para apresentação tempestiva do recurso - expirou no dia **29/05/2009** (quinta-feira).

A recorrente repudiou nos autos, em outro momento processual (após a apresentação do recurso voluntário), mediante aditamento do recurso, peça de defesa acostada aos autos em **22/05/2012**, quanto à intempestividade constatada do recurso pelo despacho de encaminhamento dos autos ao CARF pela autoridade preparadora.

Consta da referida manifestação da recorrente (e-fls. 2217/2243), *in verbis*:

(...)

*O Processo Administrativo em epígrafe, além da **INTRANSPONÍVEL** mácula inicial que atentou inclusive contra soberana decisão proferida no **MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO**, deferimento liminar e mérito pelas primeira e segunda instâncias, determinando que não ocorresse qualquer Autuação, antes de julgada a **IMPUGNAÇÃO** anterior, possui outra mácula igualmente nefasta: **JULGAR INTEMPESTIVO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO PELA REQUERENTE.***

*A Receita Federal do Brasil ignorou que **O MANDADO DE INTIMAÇÃO** do acórdão exarado pela 8ª Turma da DRJ/SPO I -, postado via correio com aviso de recebimento, **FOI RECEBIDO POR PESSOA TOTALMENTE ESTRANHA E DESCONHECIDA AO ROL DE FUNCIONÁRIOS DA REQUERENTE E DE SEU CONTRATO SOCIAL.***

*A Requerente, conforme é do pleno conhecimento da RFB, está sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FUNDOS**, sala 01 (doc. 01). A pessoa que recebeu o "mandado de*

intimação", posteriormente direcionando à Requerente, conforme pesquisamos, é funcionário da empresa **CHÁCARA FLORA FITNESS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE GINÁSTICA LIMITADA** (doc. 11), que está situada à Avenida Washington Luis, número 3.050, **FRENTE** (docs. 12 e 13), a qual nenhuma ligação e/ou relação detém com a ora Requerente.

Para complicar, somente cinco dias após o recebimento da intimação, o tal funcionário da Chácara Flora Fitness Comércio de Equipamentos de Ginástica Limitada, transmitiu à Requerente, Fitness do Brasil Comercial Limitada, o mandado de intimação anotado como recebido em 04 de Maio de 2009, quando **FATICAMENTE ACONTECEU NO DIA 29 DE ABRIL DE 2009**, o que somente agora logramos saber.

Caros Julgadores, não se sabe qual o motivo do tal funcionário da Chácara Flora Fitness ter recebido o mandado intimatório em nome da Requerente e, muito menos, em omitir a verdadeira data do recebimento e anotar outra. Provavelmente descaso, ignorância quanto a seriedade e responsabilidade de receber uma intimação da RFB, ou simplesmente confusão, face a existência da expressão "Fitness", na denominação societária desta Requerente e da empresa supra citada.

Conforme os ilustres julgadores podem constatar, na declaração produzida pela empresa Chácara Flora (doc. 11), o **SUJEITO QUE RECEBEU O MANDADO DE INTIMAÇÃO** por carta com aviso de recebimento, à época do recebimento da missiva, **INTEGRAVA O QUADRO DE FUNCIONÁRIOS HA APENAS 02 (DOIS) MESES E 17 (DEZESSETE) DIAS**; portanto é plausível que o mesmo tenha imaginado que a referida carta devesse ser recebida e repassada a um "responsável", em razão das denominações societárias serem "parecidas", é razoável que **o senhor André Salvador Crisafulli**, tenha, ante o seu recém ingresso na "Chácara Flora", se equivocado e recebido uma correspondência destinada a outra pessoa jurídica, esta, porém, com **DENOMINAÇÃO SOCIETÁRIA SIMILAR DA EMPRESA QUE O EMPREGAVA**, quanto ao nome "Fitness".

Não se pode olvidar que a intimação via postal no processo administrativo fiscal **NÃO PODE SER VIOLADA**, pois trata-se de um dos alicerces processuais, cuja função é dar ciência de ordem feita pela Autoridade Pública, para que alguém faça ou deixe de fazer algo.

Considerar válida uma intimação que fora recebida por um sujeito que não a Requerente ou um dos seus prepostos é **AVILTAR**, além do devido processo legal, a **AMPLA DEFESA DA REQUERENTE**.

(...)

Certamente a violação havida no caso em tela não ocorreu de modo intencional, mas ocorreu. **UM SUJEITO, QUE NÃO REMETENTE E DESTINATÁRIO, RECEBEU A**

***CORRESPONDÊNCIA, OU SEJA, UM ESTRANHO À
RELAÇÃO JURÍDICA TOMOU CIÊNCIA DA PRÁTICA DE
UM ATO PROCESSUAL.***

(...)

Não estamos falando que somente os sócios ou administradores deveriam receber a intimação, mas ao menos um de seus prepostos ou qualquer um de seus empregados. Qualquer um desses que recebesse a missiva teria interesse em encaminhá-la ao setor competente (setor jurídico), pois todos esses têm o objetivo de zelar pelos interesses da Requerente. Não sabemos o que imaginou o sujeito que recebeu a correspondência, só temos a certeza de dois fatos, primeiro, não foi um daqueles que milita em favor da Requerente que recebeu a intimação informando a prática de ato de extrema importância e, segundo, quem a recebeu, nos transmitiu escrevendo ter recebido numa data, quando de fato a recebeu noutra. Ademais, cabe elevar que os Correios erraram ao não se aterem que a empresa Chácara Flora Fitness não era a recepcionante daquela missiva. Erros estes que não podem e não devem ser desaguados sobre esta Requerente, num assunto de tal importância, mesmo de sobrevivência comercial.

*Aqui merece ser feita uma observação, não convém arguir a teoria da aparência por uma simples e clara razão, **NÃO FOI QUALQUER UM DOS PREPOSTOS, ADMINISTRADORES, EMPREGADOS OU FUNCIONÁRIOS DA REQUERENTE QUE RECEBEU A CARTA INFORMADORA.***

(...)

MESMO ENTRE AQUELES QUE ADMITEM A TEORIA DA APARÊNCIA, A MISSIVA DEVE SER ENTREGUE NO ENDEREÇO CORRETO DO DESTINATÁRIO, O QUE NÃO ACONTECEU NA SITUAÇÃO EM TELA, a correspondência foi entregue noutra empresa, apenas com denominação social similar da Requerente. Na situação em tela, seja aplicando ou não a teoria da aparência, não há aporte para se considerar válido o ato noticiador.

CONSIDERANDO A TEORIA DA APARÊNCIA: (lembrando que esta necessita que a carta seja entregue no endereço correto, não importando quem a recebeu): a Requerente esta sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, FUNDOS, sala 01 (doc. 01), e a sujeito que recebeu o ato noticiador possui vínculo empregatício com empresa sediada à Avenida Washington Luis, número 3.050, FRENTE (docs.11, 12, 13 e 14); cremos que o Carteiro confundiu-se, pois as denominações sociais de ambas as empresas são parecidas, FITNESS DO BRASIL COMERCIAL LIMITADA (Requerente) e CHÁCARA FLORA FITNESS COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE GINÁSTICA LIMITADA;

DESCONSIDERANDO A TEORIA DA APARÊNCIA: (lembrando que esta necessita que a carta seja entregue para o próprio comerciante ou representante legal): a missiva foi entregue para um

empregado de outra empresa que, obviamente, não é um dos administradores da Requerente, muito menos seu representante legal. Como já dito exaustivamente, EM NENHUMA DAS DUAS HIPÓTESES A INTIMAÇÃO CONSUBSTANCIOU-SE VÁLIDA.

O caso em tela mereceu diligência dos Causídicos da Requerente, obtivemos declaração do empregador do sujeito que recebeu a missiva, comprovando documentalmente que ele era preposto da Chácara Flora Fitness, portanto não era à época do fato e nunca foi um dos funcionários da ora Requerente (doc. 11). Frisa-se, NUNCA FOI UM DOS PREPOSTOS E/OU FUNCIONÁRIO DA FITNESS DO BRASIL COMERCIAL LIMITADA, a qual desconhece-o.

NA CORRESPONDÊNCIA, EMBORA CONSTASSE O CORRETO ENDEREÇO DA REQUERENTE, A MESMA NÃO FOI ENTREGUE NO DOMICÍLIO CORRETO. A Requerente possui domicílio à Avenida Washington Luis, número 3.050, FUNDOS, sala 1 (doc. 01); a missiva foi entregue na Avenida Washington Luis, número 3.050, FRENTE. Ao entregar a correspondência, o Carteiro verificando o destinatário da missiva, FITNESS do Brasil Comercial Limitada, confundiu-se e, erroneamente, entregou na Chácara Flora FITNESS COMÉRCIO de Equipamentos de Ginástica Limitada.

*Para que nenhuma dúvida pairasse acerca do principal argumento empunhado na presente petição (o sujeito que recebeu a correspondência não pertence e nunca pertenceu aos quadros de funcionários da Requerente, sendo a citada pessoa desconhecida), cordialmente o senhor **André Salvador Crisafulli** nos cedeu cópia autenticada de sua CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) (doc. 14) que comprova cabalmente seu vínculo empregatício com a Chácara Flora Fitness Comércio de Equipamentos de Ginástica Limitada e não com a Requerente. Seria pouco inteligente por parte da Requerente olvidar as consequências de uma preclusão temporal e as severas consequências que um AIIM (auto de infração e imposição de multa) pode acarretar; explicamos melhor, qualquer pessoa que tivesse contra si, a lavratura de um auto de infração, como aquele havido no presente caso, não seria desidiosa e deixaria escoar entre os dedos o direito de defender-se, haja vista que o procedimento seguinte ao "trânsito em julgado do processo administrativo" é, cronologicamente, o gravíssimo ônus de inscrição em dívida ativa e futuro executivo fiscal, embora, repisemos, tal autuação **NÃO PODERIA TER SIDO LAVRADA, FACE A VIGÊNCIA DO MANDAMUS, SENDO, PORTANTO, NULA DE PLENO DIREITO.***

A Requerente sempre revelou desassossego no que tange seu regular cadastro de endereço perante órgãos públicos, para que os atos processuais fossem regularmente praticados. Tal preocupação deu-se igualmente na esfera administrativa estadual, mormente ante à Secretaria da Fazenda Estadual de São Paulo, ou seja, o tema já foi objeto de petição na referida esfera administrativa, noutras lavras, ciente da gravíssima

consequência que o envio de uma correspondência a endereço errado pode ocasionar, a Requerente encaminhou petição ao Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, informando o seu atual endereço (doc. 15), diga-se, o mesmo desde 1.993 (doc. 16), cito a Avenida Washington Luis, 3.050, fundos, sala 01, e não Avenida Washington Luis, 3.050, frente, aonde fora entregue o mandado intimatório acerca da decisão exarada. Nessa pequena diferença há um abismo entre o regular e o irregular ato praticado, que, por sua vez, atenta contra as garantias processuais da Requerente.

(...)

*Com todo respeito, não pode essa Corte apenas por uma questão formal, deixar de examinar uma matéria trazida a vossa apreciação, ainda mais, em se tratando, como no caso em tela, de uma situação que restou cabalmente demonstrada a nulidade do ato processual praticado, **POR ERRO MATERIAL PRATICADOS PELOS CORREIOS.***

(...)

Analisando o envelope que trouxe as decisões exaradas pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (docs. 17 A e 17 B), constata-se a ausência de qualquer data que indique quando houve o efetivo recebimento da correspondência por parte do senhor André Salvador Crisafulli. Consta apenas o emblema do "Serviço Público Federal", a "etiqueta com os dados do destinatário da missiva" e "carimbo dos Correios" (doc. 17 A) e no verso do envelope "um carimbo com dados do remetente da correspondência" (doc. 17 B), portanto, por não constar qualquer data acerca do termo inicial para computo do prazo para interpor recurso voluntário, deve ser considerado 15 (quinze) dias após a data da expedição da intimação, ou seja, a incidência da segunda parte do inciso II, do artigo 11, do Decreto número 7.574.

(...)

Por outro lado, persistir no equívoco de não conhecer do petição da Requerente por suposta intempestividade é, no caso ora em análise, eximir-se da função de controle de legalidade da autuação e, além disso, inevitavelmente, acabará levando a Fazenda Nacional a ter que assumir o ônus de envolver-se em uma demanda judicial, cuja vitória é incerta e improvável por parte da mesma.

(...)

Por fim, nobres Julgadores, se todos os argumentos atrelados acima não forem suficientes para convencê-los da violação ocorrida no caso em tela, requeremos não a aplicação do conhecimento jurídico de Vossas Senhorias, mas o fator humano. Se a explanação de ofensa à Constituição, nas garantias fundamentais, devido processo legal, ampla defesa e inviolabilidade de correspondência, bem como inaplicabilidade

*da teoria da aparência, não forem aptas para convencê-los, esperamos que se aplique **JUSTIÇA**, pois, como exaustivamente dito, não foi qualquer dos comandados da Requerente que recebeu a carta informadora sobre a prática de ato processual administrativo, portanto considerá-la legítima é **ferir de morte o direito desta RECORRENTE**.*

(...)

Pois bem.

Quanto à intimação por via postal, com Aviso de Recebimento - AR, entendo:

- que é válida a citação de pessoa jurídica por via postal, quando efetivada no endereço onde se encontra o estabelecimento sede do réu, sendo desnecessário que a carta citatória seja recebida e o aviso de recebimento assinado por seu representante legal;

- que, em conformidade com o princípio da instrumentalidade das formas, que determina a não vinculação às formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais ao processo, imprime celeridade ao processo;

- que é de rigor a aplicação da teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica.

- que, ainda mais, ressalte-se que, não é comum se dispor o diretor ou gerente de empresa a receber os carteiros, sendo, portal motivo, presumir-se que o empregado colocado nessa função tenha a responsabilidade de promover o devido encaminhamento da correspondência recebida;

- que a jurisprudência considera válida a citação feita na pessoa de porteiro do prédio comercial onde se localiza empresa ré, bem como de funcionários de empresa do mesmo grupo econômico que funcionam no mesmo prédio, ainda que sem poderes específicos para representar a pessoa jurídica. Homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, da teoria da aparência e da razoável duração do processo.

Neste CARF a matéria é pacífica, inclusive está sumulada, conforme Verbete da Súmula CARF nº 09, *in verbis*:

Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário.

Porém, cabe ressaltar, a intimação da pessoa jurídica, efetuada em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, da teoria da aparência e da razoável duração do processo, não pode dar causa a prejuízo jurídico, ao direito material da parte.

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA MATERIAL

No caso, deixo de apreciar, a preliminar suscitada de nulidade da intimação da decisão recorrida, se a intimação dada por via postal - ciência do acórdão recorrido - foi ou não válida, pois constato presença nos autos de matéria relevante, ou seja, a existência de coisa julgada material em processo judicial, matéria de ordem pública (não sujeita à preclusão) que deve ser conhecida de ofício, pois fulminou, de nulidade, os atos administrativos praticados pela Fiscalização e os atos processuais praticados após ciência da intimação da contribuinte - Termo 12 - de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais, inclusive os autos de infração e as decisões administrativas anteriores nestes autos.

Quanto à matéria de ordem pública, existência de coisa julgada material, cabível seu conhecimento de ofício, colaciono precedentes dos Tribunais pátrios:

(...)

*TST - RECURSO DE REVISTA RR 7555859120075120001
(TST)*

Jurisprudência • Data de publicação: 03/02/2017

EMENTA

MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível violação do artigo 267, § 3º, do CPC de 1973.

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. COISA JULGADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA.

A coisa julgada é matéria de ordem pública, disciplinada no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, portanto, não está sujeita à preclusão na instância ordinária. A alegação feita no recurso ordinário, ainda que não tenha constado da contestação, é válida e deve ser analisada pelo Tribunal Regional. Cabível, porém, a condenação da ré ao pagamento das custas decorrentes da arguição tardia, nos moldes disciplinados no artigo 267, § 3º, do CPC. Nem se alegue que os documentos juntados pela recorrente não podem ser apreciados, nos termos da Súmula nº 8 do TST. Tal verbete não cuida especificamente das matérias de ordem pública; trata apenas das matérias comuns, cuja prova documental deve ser apresentada já na inicial ou na contestação, sob pena de preclusão. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

(...)

TRT-6 - Recurso Ordinário RO 00012425020145060021 (TRT-6)

Jurisprudência • Data de publicação: 04/07/2016

*EMENTA***MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO.**

*O ordenamento jurídico processual pátrio confere ao juiz, independentemente da vontade dos litigantes, controle da originalidade da demanda para evitar a multiplicação do exercício da mesma ação, tratando-se de **matéria de ordem pública** o conhecimento da coisa julgada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto **não** ocorrer o trânsito em julgado, nos termos do § 5º do art. 337 e § 3º do art. 485 do Novo CPC. (Processo: RO - 0001242-50.2014.5.06.0021, Redator:*

Maria das Graças de Arruda Franca, Data de julgamento: 04/07/2016, Terceira Turma, Data da assinatura: 05/07/2016)

(...)

Veja.

A Recorrente é titular de decisão judicial transitada em julgado que invalidou todos os atos praticados deste processo administrativo, após a ciência da Intimação Fiscal (Termo 12) de apreensão de livros contábeis, fiscais e documentos.

Em 29/01/2007, (ciência 17/02/2007), a Fiscalização efetuou a apreensão de livros contábeis e fiscais, conforme Intimação Fiscal (**Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais** (e-fls. 276 e 1261), *in verbis*:

(...) e em atendimento ao Mandado de Procedimento Fiscal 0819000 2006 02417 2, procedemos à apreensão dos livros contábeis e fiscais abaixo relacionados, tendo sido fornecido cópia dos mesmos, juntamente com o Termo (09) de Constatação e de Intimação Fiscal de 19/01/07, nos termos do Art. 915 § 1º:

1. Livro Diário Nº 10 relativo ao ano -calendário de 2002 Autenticado na JUCESP sob nº. 173554 em 05/10/06;

2. Livro razão relativo ao ano-calendário de 2002 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador e faltando as folhas 34 , 39, 42, 44, 47, 48, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 75, 79, 81, 82, 85, 87, 89, 92, 95, 97, 98, 99, 101, 102, 104, 105, 107, 109, 112, 113, 118, 121, 122, 125, 127, 131, 133, 135, 137, 139, 141, 145, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 160, 161;

3. Livro Registro de Entradas / Saídas de Mercadorias N. 08 e ICMS n. 02 relativo ao ano calendário de 2002 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

4. Livro Diário Nº 13 relativo ao ano calendário de 2005 Autenticado na JUCESP nº 179902 em 23/10/06 ;

5. Livro razão relativo ao ano calendário de 2005 (SEM termos de abertura e encerramento, SEM assinaturas do sócio e do contador;

6. Livro Registro de Entradas/ Saídas de Mercadorias N. 11 ICMS n. 05 relativo ao ano calendário de 2005 (SEM assinaturas e SEM Autenticação na JUCESP);

Referidos Livros contábeis e fiscais serão anexados ao processo de Representação Fiscal Para Fins Penais Nº 19515,002787/2006-76 à disposição do Ministério Público Federal.

Para surtir os efeitos legais, lavro o presente Termo em 3 (três) vias, sendo uma remetida pelo correio ao contribuinte, no endereço constante dos sistemas da SRF.

(...)

Ciente do Termo de Apreensão em 17/02/2007 -sábado (carnaval), a contribuinte Impugnou o Termo (12) de Apreensão dos Livros Contábeis e Fiscais, em 22/03/2007 - via postal - ECT - AR - quinta-feira (e-fls. 733/761, 1262/1289 e 2060/2086), por meio da qual, pediu o cancelamento desse ato administrativo, argumentando, em resumo:

- que a partir da ciência e impugnação desse Termo de Apreensão deu início o Processo Administrativo (Art. 7º, II, do Decreto nº 70.235/72), instauração do litígio, sujeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa;

- que o Auditor Fiscal não tipificou nem comprovou, nem consubstanciou em que ponto e em quais condições os referidos livros contábeis e fiscais apreendidos balizariam e constituir-se-iam em matéria de prova de pretensão "ilícito penal", mesmo, em tese, limitando-se apenas e tão somente a elencar a apreensão dos mesmos;

- que, assim, o Auditor Fiscal, ao proceder a "Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" (Termo 12-Doc.3) unicamente para fins penais, adiantou-se em devaneios e julgamentos próprios, sem qualquer respaldo factual, e muito menos legal;

- que na etapa fiscalizatória, não há processo, exceto quando já se chegou a etapa litigiosa,
(...);

- que o Auditor Fiscal não pode ignorar que a Impugnação, pelo Contribuinte da **apreensão de livros**, deflagraria de imediato o Processo Administrativo;

- que, quando da apreensão dos livros contábeis e fiscais, sequer havia auto de infração ainda, então, o Auditor Fiscal não poderia antecipar juízo de valor para invocar o art. 83 da Lei 9.430/96;

- que a presente Impugnação ao "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" deflagra-se irrefutavelmente o Processo Administrativo, sendo que todos os Atos subseqüentes, mesmo eventual "Auto de Infração", deverão estar adstritos a observância prévia dos ditames processuais, em especial aos "Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório", além da legislação infraconstitucional;

- que, assim, o contribuinte detém o direito líquido e certo em relação ao "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" e os seus atos posteriores, desde a deflagração do "Processo Administrativo Fiscal" pelo ato de resistência, impugnação, o direito de ampla defesa e do contraditório; sob pena dos atos subseqüentes serem considerados nulos de pleno direito;

- que, no momento em que lavrou o "**Auto de Apreensão de Livros**", abriu-se o trintídio legal para a Impugnação, pelo que os atos posteriores, passaram a deter a possibilidade legal de estarem adstritos a égide do "**Processo Administrativo**";

- que, lavrado o "Termo 12 de Apreensão de Livros e Documentos", o Auditor ficou adstrito a respeitar, doravante, ainda mais intensamente, os preceitos constitucionais, os Princípios e Critérios do Direito Administrativo e Tributário;

- que os "pseudo LIVROS" identificados nos itens "2", "3", "5" e "6" do referido "TERMO 12", eram em realidade rascunhos e fragmentos sem qualquer valor contábil e fiscal, e estavam sendo exibidos apenas e tão somente para demonstrar que o Contribuinte, face a graves percalços econômicos e financeiros, não havia encontrado ainda os LIVROS originais devidamente escriturados, requerendo prazo para posterior apresentação e que os rascunhos eram para induzir a existência dos livros requeridos;

- que, entretanto, o Auditor Fiscal, em inusitado comportamento, apreendeu os "pseudo-LIVROS", contábeis e fiscais constantes dos itens "2", "3", "5" e "6", elevando meras anotações, rascunhos e fragmentos, sem qualquer valor contábil ou fiscal, a categoria de bons e representativos da contabilidade de empresa, numa afronta ao necessário princípio da busca da Verdade Material;

- que referidos "pseudo LIVROS" não tem seqüência lógica, não tem assinaturas, nem da empresa, nem do Contador, sem autenticações na JUCESP, representando sua apreensão e inclusão nos procedimentos fiscalizatórios uma decisão de entendimento pessoal do Auditor Fiscal; que em sua ânsia fiscalizatória, além de considerar como "bons" para fins contábeis e fiscais "papéis e Livros" sem qualquer valor, ainda os elencou como subsidiantes de sua ("antecipada por vidência, imagina-se") "representação para fins penais", contrariando a lei, o bom senso e os princípios do Processo Tributário Fiscal;

- que, portanto, os itens citados itens — "2", "3", "5" e "6" — constantes do "Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais" são apenas e tão somente, papéis sem nenhum valor, em especial para os fins para os quais foram coletados, pretensamente para instruir uma representação fiscal para fins penais;

- que, ante o exposto, por fim, pediu a fiscalizada:

a) declarar insubsistente o "**Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis Fiscais**", procedendo-se a imediata devolução dos mesmos à Impugnante;

b) que os "papeis e livros", sem valor quer contábil quer fiscal, e ademais sem assinaturas e sem regulares registros, constantes dos "itens "2", "3", "5" e "6" do "Termo 12" , não constem do Processo Administrativo Fiscal;

c) que a partir do "Termo 12" supra, todos os atos subseqüentes, praticados ou a serem praticados pela Receita Federal, sejam adstritos a observarem os ditames do Processo Administrativo Fiscal, sob pena de nulidade.

Após a petição (reiteração de pedido) para que a Impugnação do Termo 12 de Apreensão de Livros e Documentos fosse apreciada antes da lavratura do auto de infração e não encontrando vontade da Fiscalização em observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (e-fls. 1029/1038), a contribuinte ajuizou Ação de Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar (e-fls. 7376/7398), pedindo que fosse determinado o estrito cumprimento da legislação e dos princípios aplicáveis ao Processo Administrativo Fiscal/Tributário, em especial o Decreto nº 70.235/72 e a Lei nº 9874, de 1999; que em 30/04/2008, obteve liminar do Juízo da 16ª Vara Federal Cível de São Paulo (e-fls. 2051/2053 e 2250/2265), nos seguintes termos:

(...)

III- Isto posto **DEFIRO** a liminar para determinar à autoridade coatora que AGUARDE a apreciação da IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, **somente após**, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins Criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS a garantia do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Em **23/06/2008** a liminar foi confirmada pela **Sentença** do Juízo da 16ª Vara Federal Cível de São Paulo que **concedeu a segurança** (e-fls. 2055/2059), cuja fundamentação e parte dispositiva transcrevo, *in verbis*:

(...)

II — Os artigos 35 da Lei 9430/96 e o artigo 79, II, do Decreto, 70.235/72 não-são conflitantes. O primeiro possibilita à autoridade fazendária a retenção dos livros e documentos fiscais do contribuinte para exame fora do estabelecimento. O segundo, de outro lado, trata do início do procedimento fiscal, fixando-o no momento da apreensão de mercadorias, documentos ou livros.

Desse modo, procede a irresignação do impetrante quanto à decisão da autoridade, de ignorar sua impugnação ao termo de apreensão e deliberar, segundo se verifica das informações, ao instaurar a Representação Fiscal para Fins Penais (que recebeu o nº 19515.0043071/2007- 92) sem ao menos ouvir o contribuinte acerca das conclusões que os auditores fiscais chegaram após o exame dos livros e documentos apreendidos.

A garantia ao contraditório e à ampla defesa no procedimento administrativo fiscal não pode ser tida como mera formalidade. O poder fiscalizatório é exercido - sem necessidade de garantia da ampla defesa - quando a fiscalização EXAMINA livros e documentos na sede do estabelecimento. À evidência, quando esses livros e documentos são APREENDIDOS, servindo de base para à INSTAURAÇÃO da representação para fins criminais está-se diante de ATOS que extrapolam o exercício do poder fiscalizatório na medida em que avançam na esfera jurídica do contribuinte, dando início ao procedimento administrativo fiscal nos exatos termos do artigo 7º do Decreto 70.235/72."

III - Isto posto confirmo a liminar deferida às fls. 201/203 e **CONCEDO** a segurança para determinar à autoridade impetrada que AGUARDE a apreciação da IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA da impetrante FITNESS DO BRASIL IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, formulada perante a

Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo para, somente após, deliberar sobre a instauração da Representação Fiscal para fins criminais e a lavratura do auto de infração, se for o caso, garantida à impetrante a partir do TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS o contraditório é a ampla defesa.

(...)

Em **05/06/2009**, a contribuinte noticia, nos presentes autos, que o MM. Desembargador Nery Júnior do TRF/3ª Região, relator da Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.61.00.000011-5, impetrado contra o ilustre Delegado da Receita Federal, proferiu r. despacho, em 03/06/2009, determinando o cumprimento da sentença de 1º Grau (e-fls. 2157/2187).

Em **05/02/2010**, a contribuinte protocolizou petição, juntada de cópia do Acórdão da 3ª Turma do Egrégio TRF/3ª Região, que na Apelação (reexame necessário) à sentença exarada nos autos de Mandado de Segurança nº 2008.61.00.000011-5/SP, **negou provimento à apelação da União e da remessa oficial**, sessão de **27/08/2009** (e-fls. 2210/2216), cuja ementa e parte dispositiva do referido Acórdão transcrevo:

(...)

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PROCESSO ADMINISTRATIVO PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - NÃO APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA - IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PREJUDICADOS - IMPROVIMENTO.

1- Contrariando o conjunto de regras que disciplina o processo administrativo, a autoridade coatora lavrou o auto de infração sem proceder à apreciação da impugnação interposta. Dessa forma, a impetrada extrapolou o due process of law que, mesmo em esfera administrativa, deve ater-se a prazos e ritos dos quais tanto a União como aos contribuintes não é facultado eximir-se, em atendimento ao princípio da legalidade.

2- Já a Constituição Federal em seu artigo 50 , inciso LV, assegura a todos, ainda que em procedimento administrativo, o devido processo legal, a fim de garantir a ampla defesa, o contraditório, a publicidade e o impulso oficial.

3- A impugnação argüida pela apelada no procedimento fiscalizatório visava rebater as informações acusativas baseadas na apreensão dos livros e documentos fiscais da empresa.

4- Escorreita a sentença monocrática, de rigor sua manutenção, aguardando a apreciação da impugnação administrativa formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo, para depois se, cogitar acerca da

Representação Fiscal para Fins Criminais e da lavratura do Auto de Infração, com o devido resguardo do direito da apelada ao contraditório e à ampla defesa.

5- Estabelecida que fora a litigiosidade com o ato de apreensão fez a administração incidir, para si, o dever inculcado no regramento da Lei 9.784/99 em seu art. 2º, o de obedecer aos princípios de legalidade e sobretudo de ampla defesa, entre outros.

Ao não processar o também direito da parte de impugnar o ato, descortinou-se, em face da administração a perspectiva de nulidade dos atos subseqüentes, a teor do art. 59, II, do decreto no 70.235/72.

6- Apelação e à remessa oficial improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

(...)

A Impugnação de 22/03/2007 apresentada contra o **Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais (e-fls. 731/750, 1262/1287 e 2060/2086)**, foi julgada tardiamente, apenas em 05/11/2010, rejeitando a Impugnação, ou seja, a decisão da DRJ foi proferida quase 03 (três) anos após a lavratura dos autos de infração e ainda após o acórdão do TRF/3ª região que confirmou a decisão de 1º grau, do Juízo da Vara Federal de primeira instância, mantendo a nulidade de todos os atos praticados (atos administrativos e atos processuais) praticados após ciência e impugnação da Intimação Fiscal - Termo 12- de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais, bem como os autos de infração lavrados e as decisões administrativas proferidas nos presentes autos.

A indigitada Impugnação do Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscal, como já dito, foi julgada improcedente pela DRJ, conforme Acórdão da 8ª Turma da DRJ/São Paulo I (e-fls. 2188/2195), cuja ementa e parte dispositiva transcrevo:

(...)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2002

TERMO DE APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E FISCAIS.

IMPUGNAÇÃO. JULGAMENTO EM CUMPRIMENTO A DECISÃO JUDICIAL.

Nos termos da legislação de regência, é cabível a retenção de livros e documentos do contribuinte, mediante termo escrito lavrado pela autoridade fiscal, quando ficar configurada, em tese, a ocorrência de ilícito penal. A apreensão não implica considerar provado o ilícito penal, mas tão-somente visa instruir o processo de representação fiscal para fins penais, o qual será encaminhado ao Ministério Público somente após a constituição definitiva do crédito tributário.

Impugnação Improcedente

Sem Crédito em Litígio

(...)

Ou seja, nessa data de julgamento da Impugnação do Termo 12 de Apreensão, conforme demonstrado, já havia decisão da 3ª Turma do TRF/3ª Região que julgara pela nulidade de todos os autos praticados no presente processo administrativo, após a ciência e Impugnação do referido Termo 12 de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais pela Fiscalização, pela aplicação do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72, conforme parte dispositiva já transcrita acima do acórdão citado do TRF.

Em relação ao acórdão do TRF/3ª Região que negou provimento à Apelação e à remessa oficial, a União ajuizou Recurso Especial, porém foi negado seguimento.

A União aviou, manejou, Agravo de Recurso Especial, o qual foi negado provimento (e-fls. 7543/7544), *in verbis*:

(...)

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 379.480 - SP (2013/0251657-2)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
AGRAVADO : **FITNESS DO BRASIL COMERCIAL LTDA**
ADVOGADOS : **WANDERLEY BONVENTI**
THIAGO NEVES LINS E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pela FAZENDA NACIONAL de decisão que não admitiu o recurso especial manifestado, por sua vez, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fls. 585/586e):

TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO – NÃO APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO PREJUDICADOS – IMPROVIMENTO.

1 – Contrariando o conjunto de regras que disciplina o processo administrativo, a autoridade coatora lavrou o auto de infração sem proceder à apreciação da impugnação interposta. Dessa forma, a impetrada extrapolou o *due process of law* que, mesmo em esfera administrativa, deve ater-se a prazo e ritos dos quais tanto à União como aos contribuintes não é facultado eximir-se, em atendimento ao princípio da legalidade.

2 – Já a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, assegura a todos, ainda que em procedimento administrativo, o devido processo legal, a fim de garantir a ampla defesa, o contraditório, a publicidade e o impulso oficial.

3 – A impugnação argüida pela apelada no procedimento fiscalizatório visava rebater as informações acusativas baseadas na apreensão dos livros e documentos fiscais da empresa.

4 – Escorreita a sentença monocrática, de rigor sua manutenção, aguardando a apreciação da impugnação administrativa formulada perante a Delegacia de Julgamento da Receita Federal em São Paulo, para depois se cogitar acerca da Representação Fiscal para Fins Criminais e da lavratura do Auto de Infração, com o devido resguardo do direito da apelada ao contraditório e à ampla defesa.

5 – Estabelecida que fora a litigiosidade com o ato de apreensão fez a administração incidir, para si, o dever inculcado no regramento da lei 9.784/99 em seu art. 2º, o de obedecer aos princípios de legalidade e sobretudo de ampla defesa, entre outros. Ao não processar o também direito da parte de impugnar o ato, descortinou-se, em face da administração a perspectiva de nulidade dos atos subsequentes, a teor do art. 59 II do decreto nº 70.235/72.

6 – Apelação e à remessa oficial improvidas.

Sustenta a Fazenda Nacional que o acórdão recorrido contrariou os arts. 7º e 195 do CTN; 35 da Lei 9.430/96, à asserção de que, no ato de apreensão de livros contábeis e fiscais, praticado mediante mandado de procedimento fiscal, "foram fornecidas ao contribuinte as cópias dos referidos documentos, tendo sido cumpridas, pois, todas as

formalidades previstas em lei" (fl. 622e).

Assevera ter havido ofensa aos arts. 14 e 15 do Decreto-Lei 70.235/72, por ter sido determinada a admissão de impugnação intempestiva. Aduz que a decretação de qualquer nulidade rege-se pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 645/681e.

Decisão que não admitiu o recurso especial às fls 685/686e.

O Ministério Público Federal, pelo Subprocurador-Geral da República WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS, opina pelo não provimento do agravo (fls. 757/762e).

Decido.

Ao compulsar os autos, verifico que o Tribunal de origem, apesar dos embargos de declaração opostos, não se pronunciou acerca da matéria tratada nos arts. 7º e 195 do CTN; 35 da Lei 9.430/96; e 15 do Decreto-lei 70.235/72, razão por que incide, no caso, o enunciado da Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*".

Ademais, rever o entendimento do Tribunal de origem quanto à tempestividade da impugnação apresentada na esfera administrativa e ao preenchimento dos requisitos legais demandaria o reexame de provas, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **conheço** do agravo para **negar-lhe provimento**.

Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de junho de 2014.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

(...)

Por fim, consta do autos que a Segurança concedida transitou em julgado em 13/08/2014, conforme Certidão de Trânsito e Termo de Baixa (e-fl. 7545), *in verbis*:

(...)

Superior Tribunal de Justiça

AREsp 379480/SP



CERTIDÃO DE TRÂNSITO E TERMO DE BAIXA

Certifico que a r. decisão retro transitou em julgado no dia 13 de agosto de 2014.

Registro a baixa destes autos à(o) TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO.

Brasília - DF, 13 de agosto de 2014

(...)

Assim, por força da decisão judicial transitada em julgado, estão sem efeito, ou seja, nulos (Decreto nº 70.235/72, art. 59, II), todos os atos praticados, nos presentes autos, posteriores à **Intimação Fiscal (Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais (e-fl. 276)**.

Recurso de ofício prejudicado.

Por tudo que foi exposto, voto para conhecer, de ofício, do recurso voluntário por existência de matéria de ordem pública (existência de coisa julgada judicial) e, no mérito, em dar provimento ao recurso, por força da decisão judicial transitada em julgado que tornou nulos todos os atos praticados, nos presentes autos, posteriores à Intimação Fiscal (Termo 12) de Apreensão de Livros Contábeis e Fiscais e considerar prejudicado o recurso de ofício.

Processo nº 19515.004257/2007-43
Acórdão n.º **1301-003.962**

S1-C3T1
Fl. 9.391

É como voto.

(assinado digitalmente)

Nelso Kichel