



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

Processo nº 10730.720046/2010-38
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-00.762 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de julho de 2012
Matéria SIMPLES
Recorrente MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 2006, 2007.

RECURSO VOLUNTÁRIO. TEMPESTIVIDADE - Não é tempestivo recurso voluntário apresentado após o prazo legal.

INTIMAÇÃO POR EDITAL - VALIDADE - Ficando caracterizado a tentativa frustrada de intimação pelo correio, é válida a intimação por edital.

INTIMAÇÃO POR EDITA - VALIDADE - Ficando demonstrado que a sede do contribuinte não se encontra no endereço cadastrado como domicílio fiscal, é válida a intimação por edital.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO - Se o domicílio tributário eleito pelo contribuinte não pode ser achado por falta de especificações, só resta ao Fisco a intimação por edita. O contribuinte que registra seu domicílio tributário em zona rural em estrada, sem numeração, sujeita-se a ser intimado por edital

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: 1) Por maioria de votos, foi AFASTADA a hipótese de sobrestamento com base no art. 62-A do Anexo II do RICARF, divergindo as Conselheiras Edeli Pereira Bessa e Nara Cristina Takeda Taga; 2) por unanimidade de votos, NÃO FOI CONHECIDO o recurso voluntário de MARMO DE CACHOEIRAS GESTÃO EMPRESARIAL LTDA, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente


CARLOS EDUARDO DE ALMEIDA GUERREIRO

EDITADO EM: 10/08/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Edeli Pereira Bessa, José Ricardo da Silva (vice-presidente), Nara Cristina Takeda Taga, e Valmar Fonseca de Menezes (presidente da turma).



Relatório

Trata-se de recurso de voluntário contra decisão que considerou parcialmente improcedente impugnação.

O presente processo veicula o recurso voluntário referente ao auto de infração constante do processo nº 15540.000397/2009-46.

Consta do processo termo de recepção de créditos transferidos do processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 1 a 3), termo de perempção, datado de 10/03/2010 (proc. fl. 11), cópia do cadastro no sistema CNPJ (proc. fl. 13), cópia do auto de infração do processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 14 a 26 e 36 a 98), termo de verificação fiscal e imputação de responsabilidade do processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 27 a 35), impugnação do processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 102 a 136), impugnação de Victor (proc. fls. 137 a 139), acórdão 12-27.178 da 2ª Turma de Julgamento da DRJ I no Rio de Janeiro do processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 140 a 166).

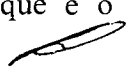
Também, consta a ciência do acórdão do processo nº 15540.000397/2009-46. Inicialmente foi enviada correspondência para o endereço *Estrada das Areias Brancas, sem número, Japuiaba, Cachoeiras de Macacu*, que foi devolvida (proc. fl. 177). Na sequência, foi feita a intimação por edital afixado em 21/01/2010 (proc. fl. 178). O edital convoca para ciência de intimação nos processos 15540.000009/2009-27 e 15540.000397/2009-46.

O presente processo foi remetido para a PGFN para inscrição em dívida ativa (proc. fls. 179 a 190).

É juntado aos autos o contrato social (proc. fl. 193 a 196), cartão CNPJ (proc. fl. 197) e documentação de Girlédio (proc. fl. 198). Em 25/07/2010, cópias do processo são entregues a Girlédio (proc. fl. 199).

Em 10/08/2010, o contribuinte se manifesta alegando que não foi cientificado da decisão da turma julgadora referente ao processo nº 15540.000009/2009-27 e ao processo nº 15540.000397/2009-46 (proc. fls. 202, 203, 224 e 225). Também, solicita que os autos sejam encaminhados para a Receita, a fim de que seja dado ciência do acórdão para seu exercício do direito de defesa. Caio e Victor, responsabilizados pelo crédito da autuada nos processos nº 15540.000009/2009-27 e nº 15540.000397/2009-46, se manifestam no mesmo sentido e ainda alegam que suas impugnações referentes ao auto constante do processo nº 15540.000397/2009-46 não foram juntadas (proc. fls. 212 a 220).

Despacho da Agência da Receita em Friburgo explica que o presente processo (nº 10730.730046/2010-38) foi formalizado para receber os créditos originários do processo 15540.000397/2009-46, mantidos pelo acórdão 12-27.178, da 2ª Turma da DRJ I no Rio de Janeiro, de 17/11/2009, que deu provimento parcial ao recurso (proc. fls. 253). Também, informa que a alegação do contribuinte, de que não foi cientificado da decisão, não procede porque a ciência foi tentada por correio, no endereço da impugnação do contribuinte (proc. fl. 102), que é o mesmo endereço do cadastro da empresa na RFB. Diz que a



correspondência foi devolvida (proc. fl. 172 a 177) e a ciência foi dada por edital (proc. fl. 178).

É juntada manifestação do contribuinte dirigida a PFN, datada de 17/10/2010 (proc. fls. 398 e 399). O contribuinte diz que, como o correio não consegue entregar as correspondências na sede da empresa, informou endereço no qual receberia todas comunicações da Receita Federal. Alega que o acórdão da Turma Julgadora, no entanto, não foi enviado para o endereço indicado. Sugere que o endereço teria sido indicado pelos documentos juntados nas folhas 226 a 228. Argumenta que o sócio que subscreve tem endereço certo, mas não foi comunicado do acórdão no seu endereço, apesar de ter recebido intimações da fiscalização no seu endereço. Diz que o edital é inócuo porque chama para tomar ciência de intimação e não de decisão de julgamento. Diz que a cientificação foi nula. Solicita que a PFN encaminhe os autos para a Receita, a fim de que seja dada a ciência pessoal no endereço constante da impugnação.

Petição semelhante, dirigida a PFN, é apresentada por Caio e Victor (proc. fls. 401 a 405). Dizem que, apesar de serem responsabilizados pelo crédito tributário da empresa, não foram cientificados do acórdão.

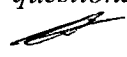
A PFN atende ao solicitado e devolve os autos para a Receita para considerações e para apresentação do comprovante de intimação (proc. fl. 406).

Em 27/10/2010, o contribuinte envia petição para a Receita Federal (proc. fl. 411). O contribuinte explica que o correio não consegue encontrar o seu endereço e indica endereço de sócio para receber correspondência, localizado na Rua Sete de Setembro, 885, Gradim, São Gonçalo, RJ.

Em 11/03/2011, despacho da agência da Receita (proc. fl. 412), informa que: a empresa foi autuada; impugnou a autuação; a turma julgadora deu provimento parcial à impugnação, fazendo recurso de ofício da parte exonerada; a ciência do acórdão foi por edital (proc. fl. 178), após correio devolver a intimação enviada por via postal (proc. fl. 177); frente a não apresentação de recurso voluntário o processo foi apartado para cobrança da parte mantida e julgamento do recurso de ofício da parte exonerada; não houve pagamento ou parcelamento e a dívida foi encaminhada para a PFN; apenas em 27/10/2010 a empresa apresentou requerimento indicando outro endereço para receber intimações (proc. fl. 411)

Em 21/03/2011, despacho da PFN (proc. fl. 415 e 416) insiste que, apesar da manifestação da agência, *“ad cautelam, se faz necessária manifestação específica sobre a existência de intimações nos endereços indicados no Auto de Infração, folha 34 do presente processo, uma vez que segundo o auditor que lavrou o auto de infração, a empresa, através de depoimento de seu sócio-gerente, apresentou novo endereço para correspondência”*. Também, lembra que é necessária manifestação sobre a intimação dos responsáveis. Ainda, questiona o porque da ausência dos nomes dos coobrigados na CDA. Determina que a Receita esclareça sobre a intimação de todos os interessados e sobre a ausência dos nomes dos responsáveis na inscrição de dívida, no prazo de 30 dias.

Em 01/04/2011, o Serviço de Fiscalização de Niterói informa que (proc. fl. 420): o auto foi lavrado em 08/01/2009 e foi cientificado pessoalmente em 09/01/2009; que Gírlédio informou em depoimento que estaria a disposição da Receita Federal para novos esclarecimentos, apenas para recebimento de correspondência, na Rua Visconde de Sepetiba, nº 935, sala 1314, Centro, Niterói; e que não compete a este serviço, em razão do regimento, *“a execução das demais atribuições objeto do questionamento do Sr. Procurador da Fazenda Nacional”*.



Em 3/11/2011, despacho da PFN (proc. fls. 421 a 423) argumenta que, em vista da queixa do contribuinte de não ter sido intimado no endereço correto, e considerando que não há perigo eminente de prescrição, *“é de boa administração, por cautela, encaminhar os autos mais uma vez à RF, solicitando àquele órgão que analise as alegações do contribuinte em definitivo e avalie a possibilidade se renovar as intimações aqui efetuadas”*. Também, chama a atenção para o risco de restar comprovado o cerceamento de defesa e isso implicar em decadência ou prescrição. Pede que a Receita analise *“em especial o fato do contribuinte ter informado na peça de fls. Que forneceu endereço para intimação da decisão final”*.

Em 19/12/2011, o serviço de fiscalização relata o histórico do processo, informa que a competência para dar ciência de decisão de DRJ é da Agência de Nova Friburgo, sendo ela o órgão competente para responder para a PFN, e determina que o processo seja encaminhado para a agência (proc. fls. 429 a 432). A agência encaminha o processo para a PFN (proc. fl. 433).

Em 14/02/2012, despacho da PFN (proc. fls. 434 e 435) informa que, *“considerando a manifestação inconclusiva apresentada pela SEFIS no que diz respeito à intimação da empresa no endereço apresentado pelo seu representante legal informado no Auto de Infração (fl. 34), bem como no Termo de Depoimento do Sr. Gírlédio dos Santos Ramos, esta Seccional da Fazenda Nacional entende prudente para fins de resguardar o crédito tributário que haja nova tentativa de intimação da empresa sobre a decisão da DRJ no endereço fornecido pelo representante legal da mesma”*. Explica que *“tal fato buscará evitar qualquer futura alegação de nulidade do processo administrativo fiscal com base na ausência de ampla defesa e contraditório... e em nada prejudicará a Fazenda Nacional”*. Determina, dentre outros, a remessa para a agência *“para providenciar nova intimação da empresa nos endereços constantes em fl. 420 e em fl. 411 e prosseguimento na cobrança administrativa”*.

Em 17/02/2012, a agência de Nova Friburgo encaminha à empresa para ciência (proc. fls. 476 e 477): *cópia do despacho administrativo do procurador da Fazenda Nacional constante das folhas 434 e 435, de 14/02/2012; acórdão 12-27.178 da 2ª Turma da DRJ I RJ, de 17/11/2009, de fls 140 à 166; e intimação 798/2009 da ARF/NOVA FRIBURGO/RJ, de 30/11/2009, fls. 172 a 176*. As remessas são feitas para a Rua Visconde de Sepetiba, 9351, sala 1314, Niterói e para a Rua Sete de Setembro, 885, Gradim, São Gonçalo. A agência denomina o documento que indica o material remetido como Intimação 120/2012 e Intimação 121/2012. A correspondência é entregue pelo correio (proc. fls. 478 e 479).

Em 26/03/2012, o contribuinte apresenta recurso voluntário, onde repete os argumentos apresentados na impugnação, salvo os relativos à multa e juros Selic (proc. fls. 480 a 520). Diz que a fiscalização após algumas diligências alegou que o contribuinte estava em local incerto e ignorado e passou a intimar por edital. Informa que antes da desafixação do edital representante da empresa compareceu na Receita Federal, de sorte que a quebra de sigilo bancário, em 15/10/2008, foi precipitada e sem sequer uma segunda intimação. Diz que o Fisco lançou o ano de 2004, com base nos extratos, conforme processo nº 15540.000009/2009-27, e que impugnou tal lançamento. Diz que foi excluído do Simples por ato declaratório, conforme processo nº 15540.000053/2009-37, mas que a exclusão deveria ter aguardado a decisão definitiva referente ao processo nº 15540.000009/2009-27. Insiste na falta de motivação para quebra de sigilo bancário que implicou no lançamento dos anos de 2005 e 2006 e que só o poder judiciário pode quebrar o sigilo de alguém. Diz que o auto é nulo por violar princípios constitucionais. Diz que os anos de 2005 e 2006 não poderiam ser autuados por que o processo referente a 2004 e a exclusão do Simples estavam em discussão administrativa. Afirma que foi



por isso que deixou de apresentar seus livros e documentos, de sorte que o arbitramento do lucro é nulo. Diz que a fiscalização errou ao adotar os depósitos bancários como base de cálculo para o lucro arbitrado. Argumenta que se a fiscalização não obteve os livros, não conhecia a receita da empresa e por isso o arbitramento está errado. Sustenta que os históricos dos extratos mostram que os créditos bancários não correspondiam à receitas. Adiciona que a fiscalização foi superficial e acabou tributando meras transferências entre contas da empresa. Cita alguns exemplos de créditos que seriam transferências entre contra da empresa e explica que DOC ou TED podem ser transferências entre contas da empresa. Enfatiza que alguns créditos são remessas da Carta Goiás, Carta Rio, e Higicenter, para pagamento de contas. Pede perícia e diz que a imputação de responsabilidade está errada.

É importante esclarecer que o presente processo está umbilicalmente ligado ao processo nº 15540.000397/2009-46, que veicula recurso de ofício da decisão da DRJ. Por estas razões, foi solicitado e determinado a distribuição do processo nº 15540.000397/2009-46, por conexão, para julgamento conjunto com o presente processo.

Assim, a análise dos 2 processos deve ser feita concomitantemente.

Para tanto, cabe relatar aqui também o conteúdo do processo nº 15540.000397/2009-46, onde consta recurso de ofício referente ao parte do lançamento exonerada pela DRJ, destacando que a menção às folhas se referem ao próprio processo nº 15540.000397/2009-46. Segue transcrição do relatório do processo nº 15540.000397/2009-46:

Trata-se de recurso de ofício contra decisão que considerou parcialmente improcedente impugnação.

Em 04/08/2009, é lavrado auto de infração de IRPJ, CSLL, PIS e Cofins (proc. fls. 03 a 15 e 56 a 87). Em 30/07/2009, é lavrado termo de constatação e de imputação de responsabilidade tributária (proc. fls. 16 a 24).

A fiscalização explica que a empresa iniciou atividade em 16/01/2001, desde então está no Simples, e tem atualmente como objetivo principal a exploração do ramo de atividades de assessoria em gestão empresarial. Diz que a empresa não foi localizada no endereço cadastrado na Receita federal como sendo o seu domicílio tributário, por isso as intimações foram enviadas para Gírlédio dos Santos Ramos e Sylvio Gomes da Silva, indicados como sócios na última alteração do contrato social. Informa que as correspondências foram devolvidas por inexistência do endereço e que, a partir de então a empresa foi intimada por edital.

Relata que, em 15/09/2008, Gírlédio compareceu na Receita Federal e foi intimado pessoalmente do início da ação fiscal e dos documentos que a empresa deveria apresentar no prazo de 20 dias. A intimação não foi atendida e a fiscalização, embasada no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996, solicitou a movimentação bancária às instituições financeiras que o contribuinte operou.

Explica que foi constatado no contrato social e alterações que no ano fiscalizado (2004) a gerência da empresa foi feita por Victor Leonardo Ferreira de Araújo e caio Marcus Ferreiro de Araújo. Adiciona que estas pessoas foram intimadas a esclarecer a origem dos valores creditados nas contas correntes, conforme planilhas (proc. fls. 246 a 273).



Diz que, como a empresa e ex-sócios (Victor Leonardo Ferreira de Araújo e Caio Marcus Ferreiro de Araújo) não se manifestaram para esclarecer os créditos, foi efetuado o lançamento de ofício do ano de 2004, controlado no processo nº 15540.000009/2009-27. Explica que a empresa foi excluída do Simples por ato da DRF (Ato Declaratório Executivo nº 12 de 2009), em razão de ter excedido os limites de receita bruta no ano de 2004.

Informa que em razão da exclusão, a empresa foi intimada a apresentar sua escrituração contábil e fiscal para o período de 01/01/2005 a 21/12/2006. Informa que a empresa não atendeu e que alegou não precisar apresentar tais livros porque o ato de exclusão estava suspenso por estar sendo discutido em processo administrativo. Esclarece que desde o início da fiscalização (pela intimação por edital em 07/07/2008) a empresa não apresentou qualquer livro.

Registra que em 29/04/2009, a empresa (na pessoa de Gírlédio), Victor e Caio, foram intimados a explicar origem de créditos bancários indicados em planilhas (proc. fls. 308 a 310), no prazo de 20 dias. Diz que a autuada respondeu dizendo que só atenderia a tal intimação se valores constantes da planilha fossem excluídos, pois “pela simples nomenclatura da rubrica bancária, nitidamente não se referem às receitas auferidas pela contribuinte”. Informa que Victor e Caio responderam dizendo que a empresa estava funcionando e que o sócio majoritário já havia respondido e acompanhado a fiscalização, razão pela qual não poderiam ser responsabilizados por fatos que desconheceriam.

O auditor destaca que o contrato social e alterações demonstram que Victor e Caio eram os gerentes nos anos de 2004 a 2006, objeto das intimações. Acrescenta que “outros fatos relevantes a se destacar são: que, apesar de todos os esforços despendidos, jamais conseguimos localizar a sede desta empresa, e que Sr. Gírlédio dos Santos Ramos, representante legal da empresa, constante da última alteração contratual (10ª alteração), como sócio minoritário, não fazia parte do quadro societário da empresa, à época dos fatos”.

A fiscalização explica que “o sujeito passivo, que é optante pelo SIMPLES, teve no decorrer dos anos-calendários de 2004, 2005 e 2006, as seguintes movimentações financeiras : R\$ 30.663.986,69 (2004); R\$ 30.725.252,88 (2005) e R\$ 9.385.382,10 (2006), respectivamente, para um total de rendimentos declarados de R\$ 1.128.865,00 (2004), R\$ 850.002,26 (2005) e R\$ 154.184,87 (2006)” e que a sede da sociedade não foi localizada no domicílio fiscal cadastrado na Receita Federal. Informa que “o Sr. Gírlédio dos Santos Ramos passou a fazer parte do quadro societário da fiscalizada somente a partir de 30 de março de 2007, juntamente com o Sr. José Carlos Pires Coutinho, CPF 040.574.737-34, conforme consta da 6ª Alteração Contratual, devidamente registrada em 03/05/2007, na Junta comercial do Estado do Rio de Janeiro (JUCERJA)”.



Informa que até a “6ª Alteração Contratual, a sociedade possuía a seguinte composição societária: a) Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho; b) Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho e c) Carta Goiás Indústria e Comércio de Papéis Ltda, CNPJ 03.752.385/0001-31, cuja representação cabia a Sra. Marília Ferreira de Araújo Coutinho, CPF nº 494.160.497-00”. Adiciona que “os Srs. Victor Leonardo Ferreira de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho são filhos do casal formado pelo Sr. José Carlos Pires Coutinho e Marília Ferreira de Araújo Coutinho”. Informa que “o Sr. Gírlédio dos Santos Ramos, trabalhou na empresa Carta Goiás Indústria e Comércio de Papéis Ltda, CNPJ 03.752.385/0001-31, no período compreendido entre julho de 2003 a agosto de 2007” e que “que a empresa Carta Goiás Indústria e Comércio de Papéis Ltda, CNPJ 03.752.385/0001-31, possuía, à época dos fatos, em seu quadro societário o Sr. José Carlos Pires Coutinho e a Sra. Marília Ferreira de Araújo Coutinho”. Diz que “no depoimento prestado pelo Sr. Gírlédio dos Santos Ramos, fls. 241/242 este afirma que ‘não possui nenhum relacionamento com os sócios anteriores e que nunca trabalhou para nenhum desses sócios’ e que ‘nunca esteve na cidade de São Fidélis/RJ, local onde, segundo a 6ª Alteração Contratual, funcionava a sede da sociedade’, da qual passou a fazer parte”. Relata que “segundo consta da 8ª Alteração Contratual, firmada em 16/08/2007 e registrada na JUCERJA em 23/10/2007, o Sr. José Carlos Pires Coutinho declara receber nesta data, através deste ato e em moeda corrente no país, a quantia de R\$ 601.00,00 (seiscentos e um mil reais) do Sr. Gírlédio dos Santos Ramos e a quantia de R\$ 258.000,00 (duzentos e cinquenta e oito mil reais) do Sr. Sylvio Gomes da Silva, CPF nº 253.371.917-15, como parte da venda das quotas de capital social que até então possuía”. Afirma que “os adquirentes não possuem, tampouco possuíam qualquer condição econômica, segundo os cadastros da Secretaria da Receita Federal do Brasil, para ter adquirido controle societário da contribuinte sob fiscalização” e que “apenas 10 (dez) dias após ocorrida a 8ª Alteração Contratual, acima comentada, foi elaborada a 9ª Alteração Contratual, onde o Sr. Gírlédio dos Santos Ramos, qualificado como legítimo possuidor de 602 (seiscentos e duas) quotas de Capital Social no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) cada uma, num total de R\$ 602.000,00 (seiscentos e dois mil reais) declara a venda de 593 (quinhentos e noventa e três) quotas de Capital Social, num total de R\$ 593.000,00 (quinhentos e noventa e três mil reais) ao Sr. Sylvio Gomes da Silva, afirmando receber tal quantia neste ato e em moeda corrente no país”.

A autoridade fiscal conclui que os fatos comprovam que a cessão de quotas visou apenas livrar os verdadeiros sócios da responsabilidade tributária e que o conjunto probatório demonstra a intenção de burlar o Fisco. Afirma que incidem os arts. 135 a 137 do CTN, que determinam a responsabilização dos “verdadeiros administradores” da autuada.

Informa que, em razão da falta de comprovação da origem dos créditos em contas corrente, o art. 42 da lei nº 9.430, de 1996, permite a presunção de que esses valores correspondem a receitas omitidas. Diz que a empresa estava excluída do Simples e que não apresentou os livros e documentos solicitados, de sorte



que o lançamento de ofício deve obedecer a sistemática do lucro arbitrado. Explica que, tendo ficado caracterizada a intenção da empresa de esconder os fatos tributáveis, é aplicada a multa de 150%. Argumenta que a administração da sociedade, na época dos fatos lançados, foi feita por Victor Leonardo Ferreiro de Araújo Coutinho e Caio Marcus Ferreira de Araújo Coutinho, razão pela qual eles são apontados como responsáveis, conforme previsto no inciso I do parágrafo único do art. 121, no inciso I do art. 124, e no inciso III do art. 135, todos do CTN. Diz que será feita representação fiscal para fins penais e que a ciência da autuação será dada ao sócio Gírlédio, e aos responsabilizados.

Os responsáveis e contribuinte são cientificados do lançamento e responsabilização (proc. fls. 366 a 370). Em 08/09/2009, a empresa apresenta impugnação (proc. fls. 376 a 410).

O contribuinte alega que as diligências fiscais começaram em 01/07/2008 e que foi cientificado por edital afixado em 18/08/2008, mas que compareceu na Delegacia espontaneamente em 15/09/2008. Alega que a quebra de sigilo bancário, em 15/10/2008, sem sequer uma reintimação, mostra que o procedimento foi prematuro. Informa que foi autuado, quanto ao ano de 2004, sendo exigido os tributos dentro da sistemática do Simples (processo nº 15540.000009/2009-27) e que foi excluído do Simples por ato subsequente (processo nº 15540.000053/2009-37). Conclui que a exclusão decorre da fiscalização entender que houve omissão de receita em 2004. O contribuinte alega que, como impugnou o lançamento relativo ao ano de 2004, sua exclusão está pendente da decisão definitiva sobre a autuação.

Quanto ao presente lançamento, diz que a fiscalização repetiu os mesmos equívocos e que a matéria depende do julgamento dos processos 15540.000009/2009-27 e 15540.000053/2009-37. Sustenta que a autuação decorre apenas da alegação do fiscal de que a empresa não apresentou seus livros. Explica que não apresentou os livros porque a sua exclusão ainda estava sendo discutida administrativamente e, por isso, não estava obrigada a tal escrituração, como explicou para a fiscalização no decorrer da auditoria. Afirma, que em razão da dependência dos outros processos, o auto de infração ora impugnado é nulo.

Quanto ao mérito do lançamento, o contribuinte diz que a fiscalização ao adotar o arbitramento sobre os créditos bancários, violou a legislação, pois não é previsto essa hipótese de quantificação no sistema do arbitrado. Diz que houve violação do art. 6º, da Lei nº 8.846, de 1994, e do art. 47 da Lei nº 8.981, de 1995. Argumenta que, se os livros não foram apresentados, o lucro não poderia ser arbitrado com base na receita conhecida. Diz que a fiscalização errou ao adotar toda a movimentação financeira como receita omitida porque nessa movimentação também estão incluídas despesas. Informa que depósitos bancários não são parâmetros de arbitramento. Explica como entende que o lançamento deveria ser feito:



1ª) refazer toda a apuração dos tributos federais com base no Lucro Arbitrado, desconsiderando, conseqüentemente, também as receitas declaradas nas DIPJ's relativas aos anos-calendário de 2005 e 2006; ou

2ª) apurar a omissão de receitas mantendo o regime adotado pela Impugnante, no caso, o SIMPLES, inclusive no tocante aos valores dos depósitos bancários cuja origem fora considerada não comprovada

O contribuinte também informa que a fiscalização aplicou o percentual de arbitramento de outra atividade, diferente daquela informada no contrato social para os anos de 2005 e 2006. Diz que os históricos dos extratos bancários não permite que se afirme que correspondem a receitas. Adiciona que a fiscalização não fez qualquer depuração dos créditos e que incluiu movimentação entre contas da empresa. Informa que alguns valores foram transferidos de algumas empresas para pagamento de despesas destas empresas, e que estes pagamentos devem ser excluídos do cômputo.

Afirma que não cabe a multa de 150%, que o fiscal partiu de meras conjecturas, que não há nexos entre a omissão de receitas e as alterações contratuais, e que a mera presunção de omissão não autoriza a aplicação da multa. Também, argumenta que não cabe a cobrança de juros com base na Selic e pede perícia.

Em 08/09/2009, Caio e Victor apresentam impugnação (proc. fls. 461 a 463 e 508 a 511). Dizem que não há prova de que à época dos fatos tributáveis tenham agido com infração de lei ou excesso de poderes. Dizem que a empresa está em atividade, o que afasta sua responsabilidade, e reportam-se integralmente às razões apresentadas na defesa da contribuinte.

Em 19/11/2009, a 2ª Turma da DRJ I do Rio de Janeiro dá provimento parcial à impugnação, para reduzir a multa a 75%, reduzir o percentual de arbitramento do lucro e para determinar a dedução das parcelas pagas no Simples, ratifica a responsabilização, e recorre de ofício da desoneração decorrente da sua decisão (proc. fls. 582 a 607).

A decisão afirma que o lançamento foi correto, mesmo que a exclusão do Simples esteja sendo discutida em outro processo administrativo, e não existe vício que possa anulá-lo. Informa que indefere o pedido de perícia porque os autos contém os elementos necessários ao julgamento e que a perícia não pode substituir o contribuinte na comprovação dos seus argumentos. Diz que a Lei nº 9.430, de 1996, estabeleceu que os créditos cuja origem não é comprovada correspondem a receitas omitidas, que contribuinte e responsáveis foram intimados a explicar a origem mas não deram qualquer informação, e que não basta alegar que parte dos créditos decorre de transferência entre contas da empresa.

Também, explica que, em razão da exclusão do Simples a empresa poderia tributar pelo real, presumido ou arbitrado, mas que ao não apresentar livros e documentos, ficou limitada à sistemática do lucro arbitrado. Esclarece que o critério preferencial de arbitramento é com base na receita conhecida,



que é aquela apurada pelo Fisco, quer no contribuinte, quer em terceiros. Diz que “ao contrário do que alega o interessado, o procedimento da fiscalização não constitui arbitramento parcial de receitas auferidas” isso porque, “na impossibilidade de examinar livros e documentos fiscais, e uma vez que em cada período de apuração (trimestral) a receita declarada era inferior aos depósitos bancários, sob pena de tributar em duplicidade a mesma receita, a fiscalização considerou que a receita declarada no SIMPLES estava contida no total dos depósitos bancários não comprovados”.

Quanto ao percentual usado na quantificação do lucro arbitrado (38,4% para IRPJ e 32% para CSLL), a turma diz que “verifica-se que a fiscalização não observou a atividade social exercida pelo interessado à época dos fatos”, pois “conforme alterações contratuais às fls. 159/163, 166/170, 174/177, nos anos calendário de 2005 e 2006, o objeto do interessado era a indústria, comércio de artefatos diversos de papel, papelão, papel sanitário, guardanapo de papel, toalha de papel, lenço de papel etc”. Conclui que, “nos termos do art. 15 c/c art. 16 da Lei no 9.249, de 26/12/1995, o percentual correto de arbitramento é de 9,6% para o IRPJ e de 8% para CSLL”.

A turma julgadora também decide que os pagamentos feitos no Simples devem ser deduzidos do lançamento, quantificando o quanto deve ser deduzido de cada tributo lançado de ofício. Cancela a multa qualificada, dizendo que o dolo não se presume, que a fiscalização entendeu haver sonegação em razão das alterações contratuais, que a falta da comprovação da origem dos créditos não autoriza a qualificação da multa, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude (conforme súmula nº 14 do CARF), que não há prova nos autos da incapacidade financeira dos adquirentes das quotas, que as alterações societárias não têm nexo causal com a movimentação financeira. Argumenta que eventual fraude no contrato social implicaria em fraude na execução, mas não em sonegação de tributo.

Quanto ao juro Selic, a turma diz que decorre de previsão legal e que o tema está sumulado no CARF. Quanto a responsabilização, diz que é caso de responsabilidade solidária passiva, nos termos do art. 121 e inciso I do art. 124, do CTN, pois “os ilícitos tributários mantidos foram cometidos à época em que as pessoas físicas supracitadas faziam parte do quadro societário, na qualidade de sócios administradores (fls.159/184), o que configura o interesse comum na situação que constitui o fato gerador dos tributos”.

O órgão preparador tenta cientificar o contribuinte por correio, mas não logra sucesso (proc. fls. 613 a 618) Assim, é feita a notificação por edital, afixado em 21/01/2010 (proc. fl. 619). Em 17/05/2010, o órgão preparador propõe o encaminhamento do processo para o CARF, para apreciação do recurso de ofício (proc. fl. 631).



Voto

Conselheiro Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro,

Conforme relatório acima, o lançamento dos anos de 2005 e 2006 depende do julgamento da exclusão do Simples. Assim, o presente processo depende do processo nº 15540.000053/2009-37, referente a exclusão do Simples, e este processo depende dos processos nº 15540.000009/2009-27 e nº 10730.720045/2010-93, referentes ao lançamento de 2004, que demonstra que a empresa excedeu ao limite legal.

Por isso, para saber se é possível julgar o presente processo (processo nº 15540.000397/2009-46) ou como ele deve ser julgado, é preciso considerar o que foi decidido nos 3 processos mencionados.

Conforme julgamento no CARF, a omissão de receita de 2004 discutida nos processos nº 15540.000009/2009-27 e nº 10730.720045/2010-93, da ordem de R\$ 30.000.000,00 foi mantida quase na sua integralidade. Deste modo, o contribuinte ultrapassou em muito o limite legal do Simples.

Conforme julgamento na DRJ, a exclusão discutida no processo nº 15540.000053/2009-37 foi mantida. Além disso, a análise dos processos nº 15540.000009/2009-27 e nº 10730.720045/2010-93 mostra que o contribuinte foi cientificado da decisão da DRJ e não apresentou recurso voluntário, de modo que a exclusão do Simples é matéria definitivamente decidida, tal como informa o despacho do CARF no processo nº 15540.000053/2009-37.

Portanto, não há nada nos processos nº 15540.000009/2009-27, nº 10730.720045/2010-93, e nº 15540.000053/2009-37 que impeça o julgamento no CARF dos lançamentos de 2005 e 2006.

No entanto, a matéria a ser julgada se encontra distribuída em 2 processos diferentes. Parte está no presente processo (processo nº 10730.720046/2010-38), que controla os valores mantidos pela decisão da turma julgadora da DRJ e veicula recurso voluntário. Outra parte está no processo nº 15540.000397/2009-46, que controla os valores exonerados pela decisão da turma julgadora da DRJ e veicula o recurso de ofício.

Ambos os processos versam sobre o mesmo lançamento, referente ao ano de 2005 e 2006. Não obstante, neste processo se analisa apenas o recurso voluntário constante deste processo (nº 10730.720046/2010-38).

Quanto ao recurso voluntário, cabe inicialmente analisar a discussão, posta no processo nº 10730.720046/2010-38. Tal discussão tem por objeto saber se a empresa e os responsabilizados foram ou não cientificados, nos termos da lei, do acórdão 12-27.178, da 2ª Turma de Julgamento da DRJ I no Rio de Janeiro, datado de 19/11/2009, referente ao processo nº 15540.000397/2009-46 (processo nº 15540.000397/2009-46 fls. 140 a 166).

A legislação que rege a matéria é o art. 23 do Decreto nº 70.235, de 1972, abaixo transcrito (grifos para destacar):

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante:

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado:

I - no endereço da administração tributária na internet;

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local.

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada:

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo;

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência.

§ 4º Para fins de intimação, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo:

I - o endereço postal por ele fornecido, para fins cadastrais, à administração tributária; e



II - o endereço eletrônico a ele atribuído pela administração tributária, desde que autorizado pelo sujeito passivo.

§ 5º O endereço eletrônico de que trata este artigo somente será implementado com expresso consentimento do sujeito passivo, e a administração tributária informar-lhe-á as normas e condições de sua utilização e manutenção.

§ 6º As alterações efetuadas por este artigo serão disciplinadas em ato da administração tributária.

Como visto, a intimação pode ser feita por edital, desde que antes tenha sido tentada sem sucesso a intimação pelo correio, endereçada para o domicílio tributário do contribuinte.

No caso concreto, a Agência da Receita afirma que enviou o acórdão da turma de julgamento para o domicílio tributário do contribuinte, cadastrado na Receita, localizado na *Estrada das Areias Brancas, sem número, Japuiba, Cachoeiras de Macacu*, e que inclusive foi o mesmo endereço que constou da impugnação (proc. nº 10730.720045/2010-93 fls. 185, 186, 271, 412 e processo 10730.720046/2010-38 fls. 13 e 102). Tal fato também consta do processo nº 15540.000397/2009-46 (processo nº 15540.000397/2009-46 fls 613 a 619).

Assim, resta saber se o endereço da correspondência era ou não o domicílio tributário eleito pelo contribuinte.

Neste aspecto, nota-se que o sistema CNPJ da Receita, impugnação do contribuinte, contrato social, cartão CNPJ emitido em 12/08/2010, indicam que o domicílio tributário da empresa é de fato localizado na *Estrada das Areias Brancas, sem número, Japuiba, Cachoeiras de Macacu* (proc. nº 10730.720045/2010-93 fls. 8, 114, 216, 220 e processo 10730.720046/2010-38 fls. 13, 102, 193 e 197). Assim, sobre este ponto não resta a menor dúvida: o domicílio tributário é aquele para o qual o acórdão foi enviado.

Já da parte do contribuinte, não é apresentado qualquer documento que demonstre que seu domicílio tributário fosse em outro endereço ou que tenha alterado seu domicílio fiscal na Receita Federal. Nesse aspecto cabe notar que a alegação de que teria informado outro endereço para receber correspondência, mesmo que fosse verdadeira, não teria o condão de alterar o domicílio tributário cadastrado.

Ora, trata-se de uma empresa que movimentou quase setenta milhões de Reais de 2004 a 2006, de sorte que não é crível que pretendesse alterar seu domicílio tributário, por meio de singela comunicação a fiscalização e sem obedecer aos aspectos formais. Porém, sequer este foi o objetivo da comunicação que indicou o endereço.

Como se constata no *termo de depoimento* (processo nº 15540.000009/2009-27 fl. 246), a indicação que Gírlédio faz de endereço é para fins de atender a solicitação de explicações pessoais e não para fins de indicar novo domicílio tributário da empresa. Inclusive, vale perceber que, na frase anterior a informação de que estaria disponível para esclarecimentos no endereço indicado, Gírlédio afirma que *“esteve na sede da sociedade, que atualmente encontra-se funcionando, localizada na cidade de Cachoeiras de Macacu/RJ, na Estrada da Areia Branca, S/N, no bairro de Japuiba”*.

Portanto, nunca houve indicação de endereço para correspondência feita pela empresa e, muito menos, nunca houve alteração do domicílio fiscal cadastrado na Receita.



O outro documento indicado pelo contribuinte para sustentar que havia indicado outro endereço para comunicação é o Termo de Comparecimento, lavrado para documentar que Gírlédio compareceu à repartição e recebeu o ato declaratório de exclusão do Simples (processo nº 10730.720045/2010-93 fls. 213, 214, 228, 229, 230 e processo nº 10730.720046/2010-38 fls. 226 a 228). Porém, como é óbvio, tal termo apenas informa sobre o endereço pessoal de Gírlédio e não tem nenhuma conexão com o endereço do domicílio tributário eleito pelo contribuinte atuado.

Assim, fica evidente que o endereço eleito pelo contribuinte como domicílio fiscal é aquele para o qual foram remetidas a correspondência contendo o acórdão e a intimação para pagamento ou recurso.

Cabe destacar que não pode se pretender dar efeito retroativo à indicação de endereço feita pelo contribuinte em 27/10/2010 (processo nº 15540.000009/2009-27. fl. 551 e processo nº 10730.720046/2010-38 fl. 411). Ora se a tentativa de remessa pelo correio foi feita em fins de 2009 ou início de 2010 ela não pode ser afetada por ato posterior.

Por oportuno, diga-se que a fiscalização, no início da auditoria, frente as devoluções do correio, já havia informado sobre a impossibilidade de localização do contribuinte no seu domicílio, tanto que chegou a intimar para apresentação de documentos por edital. Além disso, existe termo de constatação informando sobre a inexistência da sede da empresa no endereço cadastrado na Receita (processo nº 10730.720045/2010-93 fls. 552 e 553). Nestas circunstância, não seria sequer necessário que a agência fizesse tentativa de remessa do acórdão pelo correio, podendo partir desde logo para a intimação por edital. Porém, a agência ainda foi zelosa o bastante para tentar mais uma vez a comunicação pelo correio antes de utilizar o edital.

Assim, todos os elementos do processo demonstram que o contribuinte foi intimado do acórdão nos exatos termos da lei e não há qualquer elemento que suscite dúvida quanto a isto.

Por isso, é totalmente improcedente a pretensão do contribuinte de ser novamente intimado do acórdão e sem razão as preocupações externadas pela PFN, quanto à citação do contribuinte, que acabaram por levá-la a sugerir que a agência fizesse nova intimação do acórdão, nos endereços que indicou.

Nesse aspecto, vale notar que a agência não fez a nova intimação solicitada, mas apenas enviou pelo correio o despacho da PFN, o acórdão e a intimação original. Assim, o envio, em 17/02/2012, feito pela agência da Receita após insistentes sugestões da PFN, não tem o condão de instaurar novo prazo para recurso voluntário.

Para que a correspondência de 17/02/2012 propiciasse a reabertura de prazo para o recurso era preciso que: 1º) decorresse de vício na primeira intimação; 2º) fosse solicitada por autoridade competente; 3º) houvesse expressa revogação da primeira intimação pela autoridade competente; 4º) fosse feita nova cientificação do acórdão da DRJ, nos termos da lei. Mas, no caso presente, constata-se que nenhuma destas circunstâncias existiram.

Também, diga-se que não é procedente a alegação do contribuinte de que o edital pecou na forma de convocar para a ciência do acórdão. Isso porque a lei não exige forma específica de convocar o contribuinte e nem exige que se indique o ato para o qual o contribuinte está sendo convocado à tomar ciência. Ademais, as normas referente a ciência por



edital devem ser entendidas em conjunto com as regras sobre sigilo fiscal, de sorte que o conteúdo do edital em tela foi bastante claro e suficiente para se dar o contribuinte por intimado do acórdão.

Por fim, não é possível olhar a parte e esquecer do todo.

Em que pese ser a notificação por edital um último recurso, só usado em casos extremos quando o Fisco não localiza o contribuinte, o contribuinte não pode pretender eleger um domicílio tributário em endereço inexistente ou de localização impossível - como atestam as devoluções do Correio e o termo de constatação que descreve o local, inclusive com fotografias (processo nº 10730.720045/2010-93 fls. 552 e 553) - e reclamar da utilização de edital.

Vale lembra que o contribuinte, com o faturamento apontado pela fiscalização e com todos os recursos a ele inerente, elegeu como domicílio tributário a *Estrada Areia Branca, sem número*. Por isso, mesmo admitindo-se por hipótese que existisse uma sede da empresa no endereço que ela cadastrou na Receita, quem elege seu domicílio tributário em uma estrada rural sem um número deve estar preparado para não ser localizado pelos Correios ou pelo Fisco e deve esperar ser cientificado por edital.

Inclusive, não passa em *albis* que uma empresa com o porte identificado pela fiscalização seria conhecida pelo Correio ou por vizinhos da região. Dessarte, se nem a Receita e nem o Correio conseguem encontrar a sede da empresa indo a tal *Estrada da Areia Branca*, é muito provável que não exista sede da empresa em tal local.

Assim, por todas as razões acima elencadas, intimação feita pelo edital afixado em 21/01/2010 está de acordo com a lei e foi válida. Por isso, o recurso voluntário apresentado pela empresa em 30/03/2012, veiculado no processo nº 10730.720046/2010-38, é intempestivo.

Por tal razão, voto por não conhecer do recurso voluntário.

Por fim, cabe destacar a necessidade de que os processos nº 15540.000397/2009-27 e nº 10730.720046/2010-38, que versam sobre o mesmo lançamento, sejam apensados aos processos nº 15540.000009/2009-27, nº 10730.720045/2010-93, e nº 15540.000053/2009-37, dos quais dependem diretamente.



Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro