



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13864.000442/2009-84
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.209 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de fevereiro de 2021
Recorrente CEMED CENTRO DE EMERGENCIAS MEDICAS LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2005

NULIDADE. INTIMAÇÕES ENVIADAS PARA ENDEREÇO ERRADO. ALTERAÇÃO CONSTANTE NOS REGISTROS DA RFB. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE DEFESA.

Viola o direito de defesa do contribuinte e se revela nula a intimação expedida para endereço errado, alterado e devidamente registrado nos sistemas da RFB. A falta de resposta a essa intimação motivou a lavratura de autos de infração, que não podem subsistir, face à violação ao direito de defesa, que configura, a um só tempo, direito fundamental e garantia processual das partes em processo administrativo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher a preliminar de nulidade do lançamento e, em consequência, dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto da relatora, vencidos os conselheiros Ricardo Marozzi Gregório e Andréia Lucia Machado Mourão que rejeitaram a alegação de nulidade. O conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado solicitou a apresentação de declaração de voto.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fabiana Okchstein Kelbert – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros Paulo Henrique Silva Figueiredo, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Fabiana Okchstein Kelbert e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão nº 11-52.537 proferido pela 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Recife/PE – DRJ/REC, que julgou improcedente a impugnação apresentada.

Na origem, tem-se procedimento de fiscalização que resultou em autos de infração de Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e de Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), com crédito tributário total de R\$ 1.562.864,27 (e-fls. 225-267).

Conforme consta no relatório da decisão recorrida, “os lançamentos decorreram de verificação de omissão de receitas de prestação de serviços profissionais médicos, cujos pagamentos foram realizados pelos tomadores de serviço no ano-calendário 2005. Houve o arbitramento do lucro para fins de determinação do IRPJ e da CSLL com base no disposto no art. 530, III do RIR/99.”

Reproduzo o trecho do relatório que narra a sequência de fatos apurados, bem como as conclusões da autoridade fiscal:

2.1 o sujeito passivo se declara prestador de serviços de atenção ambulatorial e fez opção pelo lucro presumido no ano 2005, com apuração de receitas pelo regime de caixa. Informou na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) faturamentos mensais que totalizam no ano R\$ 1.285.272,17. Além disso, detalhou na ficha 50 os valores parciais recebidos por cada cliente (oito fontes pagadoras). Os débitos informados em Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais são compatíveis com o faturamento declarado;

2.2. seis das fontes pagadoras constantes da DIPJ declararam pagamentos em montante anual superior a quatro vezes o informado pelo contribuinte, a saber R\$ 5.114.628,30. Tal fato foi verificado no sistema Dirf da Receita Federal:

(...)

2.3. intimado (fls. 34 e 35), o contribuinte pleiteou prazo adicional para apresentar os documentos contábeis e fiscais solicitados, restringindo-se a entregar cópias do contrato social e alterações (fl. 36 a 52). Expirado o prazo adicional, foi lavrada Reintimação (fls. 68 e 69), tendo o contribuinte informado que não localizou os documentos em virtude de mudança de contador, solicitando autorização para reconstituir seu livro Caixa no prazo de 60 dias (fl. 88), no que foi comunicado via termo de constatação que a escrituração/reconstituição de tal livro era de sua responsabilidade, não necessitando de autorização do Fisco (fls. 94 e 95);

2.4. face à dificuldade de obter diretamente do fiscalizado os elementos comprobatórios de seu faturamento (livros Caixa e Registro de Notas Fiscais, e Talonário Fiscal), foram expedidos ofícios e lavrados termos de intimação às oito fontes pagadoras constantes da DIPJ. Em resposta, todas as seis fontes pagadoras que incluíram em Dirf o sujeito passivo como beneficiário de rendimentos em 2005 confirmaram os valores declarados e encaminharam os documentos fiscais solicitados. Especificamente: (i) a Prefeitura Municipal de Pedra Bela, que deixou de encaminhar a cópia de uma nota fiscal constante do demonstrativo entregue, que teria sido emitida em 03/01/2005, no valor de R\$ 8.226,00; (ii) já a Prefeitura Municipal de Pinhalzinho apresentou cópia de quatro notas emitidas pelo fiscalizado em 2005 e os respectivos Darf de recolhimento do IRRF, totalizando respectivamente R\$ 132.183,33 e R\$ 1.982,75; e (iii) a Santa Casa de Misericórdia de Joanópolis informou não ter encontrado serviços do fiscalizado no ano;

2.5. com base nos documentos obtidos, constatou-se que, no conjunto, as notas fiscais obtidas não foram emitidas em sequência e, portanto, não representam todas as notas emitidas e/ou recebidas pelo sujeito passivo no ano 2005. Além disso verificou-se que:

2.5.1. relativamente aos clientes Santa Casa de Misericórdia de Joanópolis e Prefeitura Municipal de Pedra Bela, os valores de faturamento por cliente informados na ficha 50 da DIPJ são coincidentes com os respectivos montantes informados nas Dirfs e confirmados pelas notas fiscais (fls. 16, 17, 71 e 113);

2.5.2. relativamente aos clientes Associação Hospital Beneficente Sagrado Coração de Jesus, Prefeitura Municipal de Rio Grande da Serra e Prefeitura Municipal de Pinhalzinho, os valores de faturamento por cliente são exatamente dez vezes menores que os montantes das notas fiscais obtidas (fls. 16, 17, 74, 75, 96, 97 e 192);

2.5.3. relativamente aos clientes Prefeitura Municipal de Tuiuti, Prefeitura Municipal da Estância de Ribeirão Pires e Prefeitura Municipal da Estância Turística de Morungaba, os valores de faturamento por cliente declarados são menores que os respectivos montantes das notas fiscais, porém não foi possível conciliá-los (por meio de somas parciais) com os valores das notas fiscais obtidas (fls. 16, 17, 76 a 92, 156 a 162, e 163 a 164);

2.6. foi lavrado Termo de Constatação e de Intimação Fiscal para que o sujeito passivo justificasse a divergência entre o faturamento declarado e o apurado com base nas notas fiscais (fls. 206 a 209). Tal solicitação foi reiterada duas vezes (fls. 210 a 213, e 214 a 217), porém não foi atendida;

2.7. assim, considerando as informações disponíveis, foram elaborados os demonstrativos às fls. 220 a 223 que indicam, por diferença entre a receita confirmada junto a terceiros e a receita declarada pelo sujeito passivo, a apuração, por arbitramento, das bases de cálculo do IRPJ e reflexos de CSLL, PIS e Cofins;

2.8. a multa de ofício foi agravada em 50% em virtude do não atendimento das intimações para prestar esclarecimentos sobre o faturamento.

Em sede de impugnação (e-fls. 277-283), à qual acostou documentos (e-fls. 284-426) alegou nulidade, em preliminar, uma vez que não recebeu parte das intimações, enviadas para endereço antigo. Informa que procedeu à alteração de endereço, comunicada à Receita Federal em 09/10/2008 (e-fl. 305), conforme esclareceu:

3.1.1. em complemento à sua primeira resposta à intimação, em 23/10/2008 reconheceu sua responsabilidade por não ter localizado os documentos solicitados, pediu prazo de sessenta dias para reconstituir seu livro Caixa de 2005 e solicitou, caso não fosse possível aguardar o prazo, que o Auditor Fiscal utilizasse as informações já prestadas na declaração de 2005, encerrando a fiscalização. Como não mais recebeu correspondência do Auditor-Fiscal, nem visita pessoal, concluiu que este havia encerrado a fiscalização como solicitado. Recebeu a autuação com grande surpresa, razão pela qual solicitou cópia completa dos autos para poder entender o ocorrido, tendo apurado o que segue:

3.1.1.1 à fl. 68 consta o Termo de Reintimação Fiscal enviado por via postal para a rua Franz de Castro Holzwarth, 57, 3º andar, sala 14, Jardim Pereira, Jacaré/SP. Neste endereço tal reintimação foi recebida em 16/10/2008 por alguém chamado Paulo Vaz Pinto (fl. 69);

3.1.1.2. à fl. 94 consta Termo de Constatação Fiscal enviado por via postal para o mesmo endereço acima. Em 03/11/2008 tal documento foi recebido pelo mesmo senhor acima mencionado (fl. 95);

3.1.1.3. à fl. 186 consta Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal, também enviado para o endereço indicado no tópico anterior, recebido em 29/12/2008, agora por Hélio Moreira (fl. 187);

3.1.1.4. à fl. 189 consta o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal enviado por via postal para o endereço acima, recebido em 12/03/2009 por José Moura (fl. 190);

3.1.1.5. à fl. 206 consta o Termo de Constatação e de Intimação Fiscal, onde o Auditor Fiscal declara ter constatado diferenças entre os faturamentos trimestrais informados na DIPJ e os por ele considerados com base em notas fiscais apresentadas pelos tomadores dos serviços, bem assim intima o contribuinte a justificar as divergências. Esse termo foi enviado para o mesmo endereço, com recebimento em 28/05/2009 por Paulo Vaz Pinto (fl. 209);

3.1.1.6. à fl. 210 consta Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal, para o qual não há AR;

3.1.1.7. à fl. 214 consta o Termo de Constatação e de Reintimação Fiscal, enviado por via postal para o mesmo endereço, recebido em 20/07/2009 por Paulo Vaz Pinto (fl. 217);

3.1.1.8. à fl. 218 consta o Termo de Ciência e de Continuação de Procedimento Fiscal enviado por via postal para o mesmo endereço, recebido em 24/09/2009 por Paulo Vaz Pinto (fl. 219)

3.1.2. com exceção do Termo de Início do Procedimento Fiscal, nenhum dos demais termos foi recebido pelo contribuinte. Conforme 16ª Alteração do Contrato Social em anexo, em 01/07/2008 alterou seu endereço para a Rua Floriano Peixoto, 208, pavimento superior, Centro, Jacareí/SP. Tal alteração foi comunicada à Receita Federal em 09/10/2008, conforme consulta aos sistemas desse órgão em anexo. Todos os termos acima listados foram enviados para um endereço onde a empresa não mais operava;

3.1.3. não havendo recebido resposta à sua solicitação de autorização para reconstituição de seu livro Caixa de 2005 (fl. 93) e nenhuma outras correspondência ou visita, entendeu que o Auditor Fiscal havia acatado sua solicitação para o encerramento da fiscalização;

3.1.4. somente em 06/10/2009, ao final do procedimento fiscal, o Auditor Fiscal se deu conta da mudança de endereço da empresa, fato que havia ignorado até então. Mesmo assim, nesse momento poderia ter dado continuidade ao procedimento fiscal, reenviando as intimações para o endereço correto. Privando o contribuinte da oportunidade de apresentar seus esclarecimentos durante o procedimento fiscal, optou por lavrar os autos de infração em 27/10/2009, onde fez constar o endereço correto;

Assim, concluiu: “Ora, não havendo a empresa, à exceção do Termo de Início de Procedimento Fiscal, recebido NENHUM termo decorrente de atividade fiscalizadora, os autos de infração resultantes dessa atividade são nulos”.

Quanto ao mérito, defende que os documentos exigidos pela fiscalização não estariam de acordo com a opção pelo regime de tributação pelo lucro presumido, devidamente informada em sua DIPJ de 2006, e que possuía escrituração contábil, ou seja, não estaria obrigada a apresentar o livro Caixa. Em suas palavras:

No entanto, o nobre Auditor Fiscal jamais solicitou que essa escrituração contábil fosse apresentada. Pelo contrário, no Termo de Início de Procedimento Fiscal, exigiu que fosse apresentado o livro Caixa, o qual a empresa solicitou autorização para reconstruir.

Conforme artigo 527, inciso I, do RIR/99, a pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial. O parágrafo único desse artigo esclarece que o disposto no inciso I não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa.

Ora, considerando que a empresa informou, em sua DIPJ/06 (folha 17), que possuía escrituração contábil, o nobre Auditor Fiscal não poderia ter rejeitado a opção da empresa pelo lucro presumido sob o argumento de que a empresa não apresentou o livro Caixa, ao qual não estava obrigada, por possuir escrituração contábil.

No entanto, o nobre Auditor Fiscal jamais solicitou que essa escrituração contábil fosse apresentada. Pelo contrário, no Termo de Início de Procedimento Fiscal, exigiu que fosse apresentado o livro Caixa, o qual a empresa solicitou autorização para reconstruir.

Mesmo assim, se fosse julgado necessário, a empresa poderia, no curso do procedimento fiscal, ter apresentado seu livro Diário, que já se encontrava encadernado e registrado desde 09/05/2006, e que terminou por conseguir localizar. No entanto, não

o fez, por não lhe ter sido solicitado e por ter julgado, pelos motivos expostos acima, que o procedimento fiscal houvesse sido encerrado.

Assim, somente agora tendo oportunidade de fazê-lo, está anexando a esta impugnação seu livro Diário de 2005, registrado no Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Jacareí/SP em 09/05/2006, sob o número 2.622 (anexo 6). Encadernados junto a ele se encontram também os livros Razão e Registro de Saídas.

Caso o Sr. Julgador julgue necessários outros documentos, cuja necessidade de apresentação agora a empresa não consegue vislumbrar, face aos livros entregues, a empresa prosseguirá em seus esforços para localizá-los, não o tendo feito no curso do procedimento fiscal pelo motivo já informado: julgou que houvesse sido encerrado.

Assim, a desclassificação da opção da empresa pelo lucro presumido e a tributação pelo regime do lucro arbitrado das receitas já declaradas pela empresa não procede, por ofensa aos artigos 527, inciso I, e 530, III, do RIR/99.

Em decorrência, a tributação pela modalidade de lucro arbitrado das pretensas receitas omitidas também não procede, face ao disposto no artigo 288 do RIR/99.

Prossegue afirmando que os documentos apresentados pelas empresas a quem prestou serviços seriam insuficientes, especialmente as notas fiscais desacompanhadas dos comprovantes de pagamentos, e que se trataria más pagadoras.

Insurge-se, por fim, contra a multa agravada de 112,50%, aplicada em razão do “não atendimento das intimações para prestar esclarecimentos sobre o faturamento”, a qual “deveria ser reduzida para 75%, pois a empresa atendeu à única intimação que recebeu (o Termo de Início de Procedimento Fiscal).”

Com a impugnação, acostou os seguintes documentos: Livro diário - e-fls. 306-356; Balanço geral – e-fls. 357-358; Demonstrativo de resultados do exercício - e-fl. 359; Balanço geral encerrado em 31.12.2005 - e-fl. 360; Balancete de verificação - e-fls. 361-422 e Balancete acumulado - e-fl. 426.

O acórdão de e-fls. 443-453, inicialmente afastou a alegação de nulidade, sob os seguintes argumentos, ora reproduzidos:

(...)

Não vislumbro no presente caso qualquer vício no procedimento fiscal. Ao contrário, resta, a meu ver, caracterizada a má fé do contribuinte em uma tentativa frustrada de fugir às suas responsabilidades fiscais e não cooperar com a fiscalização. É o que passo a esclarecer.

10. Conforme consulta realizada pela autoridade fiscal ao sistema CNPJ antes de dar início ao procedimento fiscal, o domicílio fiscal do contribuinte era a rua Franz de Castro Holzwarth, 57, 3º andar, sala 314, Jardim Pereira do Amparo, em Jacareí – SP (fl. 04). Assim, a autoridade fiscal encaminhou o termo de início para este endereço, fato este reconhecido pelo próprio contribuinte, inclusive com apresentação de resposta solicitando prorrogação do prazo estabelecido para apresentação dos livros e documentos solicitados. Consoante AR à fl. 35, abaixo copiado, o referido termo foi recebido por Paulo Vaz Pinto no dia 13/08/2008. Todas as demais intimações e termos de constatação foram encaminhados para o mesmo endereço.

11. Para justificar sua alegação, o contribuinte traz aos autos cópia da 16ª Alteração do Contrato Social (fls. 302 e 303) e de consulta ao sistema CNPJ (fl. 305), que indicam, respectivamente, que a alteração de endereço teria ocorrido em 01/07/2008 e que a alteração no cadastro ocorreu em 09/10/2008, destacando o fato de que todos os demais termos foram recebidos por pessoas estranhas à empresa, o que reforçaria a conclusão de que não teve ciência dos mesmos por mudança de endereço.

12. Não resta dúvida de que, quando da ciência do segundo termo lavrado pela autoridade fiscal (17/10/2008, fl. 69) e dos demais termos, o contribuinte já havia alterado seu endereço na junta comercial e no cadastro da Receita Federal. Todavia, cabe aqui destacar algumas questões que demonstram claramente a tentativa do contribuinte de fugir intencionalmente ao procedimento fiscal, quais sejam:

12.1. a alegada pessoa "estranha" à empresa, que teria recebido grande parte dos termos de intimação e constatação após a suposta alteração de endereço, Sr. Paulo Vaz Pinto, é a mesma signatária do AR relativo ao Termo de Início do Procedimento Fiscal. Trata-se pois de pessoa "parcialmente" estranha, quer dizer, com status de estranheza variável com o tempo a critério do contribuinte...;

12.2. a alteração do endereço no contrato social ocorreu em 01/07/2008, ANTERIORMENTE, inclusive, da ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal, que ocorreu um mês e meio após. Mas a mudança de estabelecimento já não havia ocorrido? Como o contribuinte tomou ciência do termo de início se já não estava mais lá? Como a pessoa "estranha" lhe repassou o documento? Por que os demais documentos, se houve efetivamente a mudança de endereço, não lhe foram repassados também, vez que recebidos pela mesma pessoa estranha? Ou o foram...?

12.3. conforme ficha 02 da DIPJ/2008, referente ao ano-calendário 2007, entregue em 29/09/2008, o endereço do contribuinte permanecia nesta data como sendo rua Franz de Castro Holzwarth (sem alteração). Mas a alteração no contrato já não havia ocorrido? Será que foi ato falho?

(...)

12.4 por que o contribuinte, sob procedimento fiscal devidamente instaurado, ciente de que iria mudar seu endereço, não comunicou tal fato à fiscalização, sendo que a resposta ao termo de início ocorreu em 05/09/2008, após a suposta alteração do endereço?

12.5. o endereço atual cadastrado no CNPJ é exatamente rua Frans de Castro Holzwarth, 57, 3º andar, sala 314, o mesmo registrado quando do início da fiscalização. A alteração efetuada no CNPJ perdurou apenas até outubro de 2011, quando retornou para a situação anterior. Mas um indício que demonstra não houve alteração de fato, ou, que se houve, o contribuinte manteve alguma relação com o endereço anterior;

13. Assim, em vista de tantas questões incongruentes e sem resposta lógica e plausível, resta evidente que o contribuinte agiu de má fé visando dificultar/inviabilizar o procedimento fiscal para, ao fim, alegar vícios inexistentes.

14. Não houve no caso qualquer prejuízo ao contribuinte, especialmente cerceamento do seu direito de defesa, vez que: (i) no prazo de mais de um ano, correspondente à duração do procedimento fiscal, o contribuinte não apresentou qualquer livro ou documento solicitado pela autoridade fiscal; (ii) a infração está perfeitamente capitulada e descrita com detalhamento pela autoridade fiscal, além do que amparada em provas documentais obtidas mediante circularização junto às fontes pagadoras do contribuinte; e (iii) a contestação das provas carreadas está plenamente assegurada ao contribuinte em fase de contencioso administrativo.

15. Indevido, pois, o cancelamento dos lançamentos em virtude de nulidade do procedimento fiscal.

No que diz com o mérito, o julgador *a quo* afirmou:

16. No que se refere ao arbitramento, o art. 530, III, do RIR/99, base legal suscitada pela autoridade fiscal, dispõe que tal forma de apuração da base de cálculo do IRPJ é devida quando o contribuinte deixa de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de opção pelo lucro presumido e pela escrituração do referido livro (art. 527, parágrafo único).

17. Na espécie, o contribuinte, devidamente intimado, deixou de apresentar o livro Caixa, bem assim, o livro Registro de Notas Fiscais e as próprias notas fiscais, situação que se subsume perfeitamente na hipótese legal, vez que optante pelo lucro presumido.

18. Não procede a alegação de que não atendeu a intimação pois não possuía livro Caixa, já que mantinha escrituração contábil do Diário. A intimação para a apresentação do livro Caixa deveu-se ao fato de que a autoridade fiscal verificou que o contribuinte optou pelo lucro presumido. **Caberia ao contribuinte, quando da resposta à intimação, ter informado a sua opção de escrituração e, em virtude dela, apresentar o livro Diário em substituição ao Caixa, mas não ficar silente.** [Grifo nosso]

19. Em relação à apresentação do Diário e outros livros quando da instauração do contencioso, esclareço que a jurisprudência administrativa é consolidada no sentido de não haver arbitramento condicional, ou seja, de que a apresentação posterior de livros não afasta o arbitramento do lucro.

20. Quanto às provas carreadas pela autoridade fiscal para comprovar a omissão de receitas, quais sejam, notas fiscais de emissão do contribuinte, demonstrativos de pagamento e empenho, cheques, Darfs das retenções, obtidos em circularização junto às fontes pagadoras, bem assim Dirfs entregues por estas tendo o contribuinte como beneficiário de rendimentos, entendo que estas são hábeis e suficientes para tanto.

21. Beira o absurdo a alegação do contribuinte de que as notas fiscais não estão autenticadas, vez que são de sua emissão. Caso algumas dessas notas fossem falsas, bastaria ao contribuinte anexar aos autos vias das verdadeiras notas; o que não ocorreu.

22. O fato de que algumas notas não estão acompanhadas de comprovantes de pagamentos não enseja insuficiência probatória por parte da autoridade fiscal, vez que em consonância com as informações das Dirfs. Houvesse interesse em demonstrar que as notas não foram pagas, ou, que foram quitadas em anos posteriores, bastaria ao contribuinte ter juntado extratos de suas contas, prova do cancelamento das notas, ou prova do recebimento futuro (extrato bancário, recibo etc.), etc.

23. Também não procede a alegação de que algumas notas foram pagas em anos posteriores e que, pelo regime de caixa, foram tributadas nos respectivos anos de recebimento. O contribuinte não trouxe aos autos quaisquer provas do pagamento em atraso ou de que tais valores foram tributados em períodos posteriores.

24. Por fim, no que concerne ao pleito de redução da multa do percentual agravado de 112,5% para 75%, também o considero improcedente, vez que restou plenamente demonstrado que o contribuinte se furtou a cooperar com a fiscalização. O simples fato de ter apresentado resposta ao termo de início solicitando prorrogação de prazo para atendimento, não pode ser considerado como atendimento da intimação por parte do contribuinte, porque não atendida sua essência, qual seja, a entrega de livros e documentos. Ademais quando restou caracterizada, a meu ver, a opção do contribuinte por fugir ao procedimento fiscal, dificultando a fiscalização. Mantenho, pois, a multa agravada nos termos do disposto no art. 44, §2º da Lei nº 9.430, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

35. Voto, pois, por considerar improcedente a manifestação de inconformidade, para manter integralmente o crédito tributário constituído.

No recurso voluntário (e-fls. 479-490), a recorrente inicialmente rememora os fatos, conforme fizera na impugnação, e em seguida passa a rebater pontualmente os argumentos do julgador *a quo* no que diz respeito à nulidade, como se infere:

Analisemos tais ilações, apresentadas a seguir entre aspas:

"destacando o fato de que todos os demais termos foram recebidos por pessoas estranhas à empresa".

Embora as pessoas que receberam as correspondências não fossem funcionários da empresa, esta jamais, em sua impugnação, utilizou-se da expressão "pessoas estranhas à empresa". Apenas citou nominalmente quem havia assinado os AR. O uso desta expressão pelos nobres julgadores de primeira instância logo no começo de sua argumentação já demonstra o caminho que pretendiam seguir em suas ilações.

"a alegada pessoa "estranha" à empresa, que teria recebido grande parte dos termos de intimação e constatação após a suposta alteração de endereço, Sr. Paulo Vaz Pinto, é a mesma signatária do AR relativo ao Termo de Início do Procedimento Fiscal. Trata-se pois de pessoa "parcialmente" estranha, quer dizer, com status de estranheza variável com o tempo a critério do contribuinte...;"

Esta ilação também não se sustenta. Todas as correspondências, à exceção dos autos de infração, foram enviadas para rua Franz de Castro Holzwarth, 57, 3o andar, sala 314, Jardim Pereira, Jacareí/SP. Terceiro andar, sala 314: trata-se, evidentemente, de um prédio comercial. Como tal, possui porteiros, que recebem todas as correspondências enviadas ao prédio e as distribuem aos que lá possuem suas instalações. Portanto, nada mais natural que, no mais das vezes, tenham sido recebidas pela mesma pessoa (Sr. Paulo Vaz Pinto), provavelmente porteiro do dia.

Algumas vezes foram recebidas por outras pessoas (Srs. Hélio Moreira e José Moura), provavelmente porteiros de outros turnos que, na ocasião, estariam trabalhando de dia. Nada portanto que permita a irônica ilação feita pelos nobres julgadores de primeira instância de se tratar de "pessoa "parcialmente" estranha, quer dizer, com status de estranheza variável com o tempo a critério do contribuinte..."

"a alteração do endereço no contrato social ocorreu em 01/07/2008, ANTERIORMENTE, inclusive, da ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal, que ocorreu um mês e meio após. Mas a mudança de estabelecimento já não havia ocorrido? Como o contribuinte tomou ciência do termo de início se já não estava mais lá? Como a pessoa "estranha" lhe repassou o documento? Por que os demais documentos, se houve efetivamente a mudança de endereço, não lhe foram repassados também, vez que recebidos pela mesma pessoa estranha? Ou o foram...?"

Os nobres julgadores de primeira instância levantam uma série de questões para as quais não apresentam resposta, visto que estão interessados apenas em sustentar suas ilações, e não a se ater aos fatos apresentados pela empresa. Em seu afã de sustentar sua tese alheia aos fatos que lhe foram apresentados, ignoraram a informação constante da impugnação que, embora a alteração contratual de endereço tenha sido assinada pelos sócios em 01/07/2008, os reconhecimentos das firmas dos sócios só ocorreram em 18/09/2008 e a alteração contratual só veio a ser validamente registrada no Registro de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da Comarca de Jacareí - SP em 09/10/2008,

situação essa que foi prontamente comunicada, na mesma data, à Receita Federal do Brasil. Tal fato deveu-se a que, embora os sócios tenham formalizado sua intenção de mudar seu endereço de operação em 01/07/2008, esta, por dificuldades operacionais e financeiras imprevistas, alheias à sua vontade, só veio a se concretizar mais tarde. Logo, de acordo com esses fatos (cujas datas já eram de conhecimento dos nobres julgadores de primeira instância), suas perguntas podem ser facilmente respondidas, em sentido contrário à sua tese:

"a alteração do endereço no contrato social ocorreu em 01/07/2008, ANTERIORMENTE, inclusive, da ciência do Termo de Início do Procedimento Fiscal, que ocorreu um mês e meio após. Mas a mudança de estabelecimento já não havia ocorrido?"

Resposta: não, não havia ocorrido.

"Como o contribuinte tomou ciência do termo de início se já não estava mais lá?"

Resposta: ainda estava lá.

"Como a pessoa "estranha" lhe repassou o documento?"

Resposta: entregando-lhe a correspondência recebida, assim como entregava para todas as demais salas do prédio.

"Por que os demais documentos, se houve efetivamente a mudança de endereço, não lhe foram repassados também, vez que recebidos pela mesma pessoa estranha?"

Resposta: porque o porteiro de um prédio não poderia entregar correspondência em outro prédio, o que vem a confirmar a efetiva mudança de endereço.

"Ou o foram...?"

Resposta: pergunta falaciosa, tendente apenas a sustentar uma tese não suportada pelos fatos. Obviamente, por tudo o exposto acima, a resposta é não.

"conforme ficha 02 da DIPJ/2008, referente ao ano-calendário 2007, entregue em 29/09/2008, o endereço do contribuinte permanecia nesta data como sendo rua Franz de Castro Holzwarth (sem alteração). Mas a alteração no contrato já não havia ocorrido? Será que foi ato falho?"

Não houve ato falho. Conforme exposto acima, a alteração de endereço só ocorreu em 09/10/2008, posteriormente, portanto, à data de entrega da DIPJ/2008. Mais uma vez os fatos foram ignorados pelos julgadores de primeira instância.

"por que o contribuinte, sob procedimento fiscal devidamente instaurado, ciente de que iria mudar seu endereço, não comunicou tal fato à fiscalização, sendo que a resposta ao termo de início ocorreu em 05/09/2008, após a suposta alteração do endereço?"

Conforme exposto acima, a efetiva alteração de endereço ocorreu em 09/10/2008 posteriormente, portanto, à resposta ao termo de início. E essa alteração foi prontamente

comunicada à Receita Federal do Brasil na forma prevista na legislação (alteração de seu cadastro no CNPJ). Sem conhecer os procedimentos operacionais da Receita Federal do Brasil, como poderia a empresa saber que, uma vez feita no CNPJ, essa alteração não estaria (se é que não estaria, como sugerem os julgadores de primeira instância) imediatamente ao dispor do nobre auditor fiscal responsável pelo procedimento fiscal?

"o endereço atual cadastrado no CNPJ é exatamente rua Frans de Castro Holzwarth, 57, 3º andar, sala 314, o mesmo registrado quando do início da fiscalização. A alteração efetuada no CNPJ perdurou apenas (não grifado no original) até outubro de 2011, quando retornou para a situação anterior. Mas um indício que demonstra (não grifado no original) não houve alteração de fato, ou, que se houve, o contribuinte manteve alguma relação com o endereço anterior;"

Novamente em seu afã de se contrapor aos fatos, os nobres julgadores de primeira instância denominam uma alteração de mais de três anos de "apenas". E consideram isso absurdamente um "indício que demonstra não houve alteração de fato". Será que desconhecem as dificuldades operacionais de uma empresa? Será que desconhecem as dificuldades em se pagar aumentos de aluguéis de salas? Será que desconhecem que uma empresa pode errar ao tentar ocupar um lugar melhor e ter que "por o rabo entre as pernas" e retornar ao seu antigo endereço? E ainda por cima concluir que isso é uma demonstração de que não houve alteração de fato?

"Assim, em vista de tantas questões incongruentes e sem resposta lógica e plausível, resta evidente que o contribuinte agiu de má fé visando dificultar/inviabilizar o procedimento fiscal para, ao fim, alegar vícios inexistentes."

(...)

Com base nisso, reforça que o não recebimento das intimações expedidas após o primeiro termo de intimação sem dúvida lhe causou prejuízo, pois lhe foi retirada a oportunidade de prestar esclarecimentos e de apresentar a documentação cabível e de que dispunha.

Quanto ao mérito, igualmente afirma que há nulidade, uma vez que, em relação ao IRPJ e à CSLL, o auditor fiscal tributou as receitas por arbitramento, quando em sua DIPJ havia opção pelo lucro arbitrado e indicação de escrituração contábil, sendo que esta jamais teria sido solicitada, como se observa:

(...)

Ora, Srs. Julgadores, conforme DIPJ/06 (folha 7), a empresa, no ano-calendário de 2005, optou pelo lucro presumido.

Conforme artigo 527, inciso I, do RIR/99, a pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter escrituração contábil nos termos da legislação comercial. O parágrafo único desse artigo esclarece que o disposto no inciso I não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver Livro Caixa.

Ora, considerando que a empresa informou, em sua DIPJ/06 (folha 17), que possuía escrituração contábil, o nobre Auditor Fiscal não poderia, como o fez, ter rejeitado a opção da empresa pelo lucro presumido sob o argumento de que a empresa não apresentou o livro Caixa, ao qual não estava obrigada, por possuir escrituração contábil.

Note-se que o nobre Auditor Fiscal jamais solicitou que essa escrituração contábil fosse apresentada. Pelo contrário, no Termo de Início de Procedimento Fiscal, exigiu que fosse apresentado o livro Caixa, o qual a empresa solicitou autorização para reconstruir. Mesmo assim, se fosse julgado necessário, a empresa poderia, no curso do procedimento fiscal, ter apresentado seu livro Diário, que já se encontrava encadernado e registrado desde 09/05/2006, e que terminou por conseguir localizar. No entanto, não o fez, por não lhe ter sido solicitado e por ter julgado, pelos motivos expostos acima, que o procedimento fiscal houvesse sido encerrado.

Refere, em acréscimo, que por ocasião da impugnação juntou seu livro Diário, de modo que a omissão de receitas deveria ser tributada pelo lucro presumido, e não pelo arbitrado. Nas suas palavras:

Assim, somente quando da apresentação de sua impugnação teve oportunidade de fazê-lo, quando a ela anexou seu livro Diário de 2005, registrado no Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Jacareí/SP em 09/05/2006, sob o número 2.622 (anexo 6).

(...)

Assim, a desclassificação, por falta de apresentação do livro Caixa, da opção da empresa pelo lucro presumido e a tributação pelo regime do lucro arbitrado das receitas já declaradas pela empresa não procede, por ofensa aos artigos 527, inciso I, e 530, III, do RIR/99.

Em decorrência, a tributação pela modalidade de lucro arbitrado das pretensas receitas omitidas também não procede, face ao disposto no artigo 288 do RIR/99:

(...)

Assim, como a empresa estava submetida, por opção válida, ao lucro presumido, e a desqualificação dessa opção pelo nobre Auditor Fiscal foi ilegal, por exigir a apresentação de um livro que a empresa não estava obrigada a manter, o lançamento com base no lucro arbitrado não pode prosperar, por ofensa ao artigo 288 do RIR/99.

Por tudo acima exposto, Srs. Julgadores, o lançamento deve, de direito, ser cancelado.

A recorrente ainda se insurge contra a forma de apuração da omissão de receitas, pois entende que a juntada de notas fiscais seria insuficiente a comprovar os pagamentos, especialmente porque indicara na sua DIPJ que apurava as receitas pelo regime de caixa, a teor do que se lê:

Para chegar a esses valores o nobre Auditor Fiscal intimou pessoas jurídicas (folhas 52 a 56) a confirmarem os pagamentos por elas informados em DIRF como tendo sido

efetuados em 2005 à empresa, bem como a apresentarem cópias das respectivas notas fiscais.

Ora, Srs. Julgadores, com base simplesmente em cópias de notas fiscais apresentadas, o nobre Auditor Fiscal concluiu, às folhas 223 e 224, que a empresa declarou a menor receitas recebidas da Associação Hospital Beneficente Sagrado Coração de Jesus, Prefeitura Municipal de Rio Grande da Serra, Prefeitura Municipal de Pinhalzinho, Prefeitura Municipal de Tuiuti, Prefeitura Municipal da Estância de Ribeirão Pires e Prefeitura Municipal da Estância Turística de Morungaba.

Como se pode observar, são todas pessoas jurídicas de direito público, infelizmente reconhecidas como má pagadoras ou, na melhor das hipóteses, como pagadoras impontuais. Tanto que o próprio RIR/99, em seu artigo 409, prevê que no caso de empreitada ou fornecimento contratado com pessoa jurídica de direito público, o contribuinte possa diferir a tributação do lucro até a sua realização.

No caso em tela, a empresa já havia informado em sua DIPJ/06 (folha 17) que o regime de apuração das receitas era o de Caixa.

Assim, considerando essa opção e a natureza dos clientes circularizados pelo nobre Auditor Fiscal (pessoas jurídicas de direito público), a simples apresentação de cópias de notas fiscais, desacompanhadas dos comprovantes de pagamentos, não pode ser considerada como prova de receitas recebidas em 2005 pela empresa no regime de caixa.

E o próprio Auditor Fiscal disso sabia, pois não solicitou às fontes pagadoras apenas cópias de notas fiscais, mas também que confirmassem os pagamentos. Essa comprovação somente poderia ser feita por recibo assinado pela empresa, por cópia autêntica de cheque ou por comprovante de depósito em conta bancária da empresa.

Porém, do exame das cópias de notas fiscais coletadas pelo nobre Auditor Fiscal verifica-se que a de folha 68 está desacompanhada de comprovante de pagamento em 2005; as de folha 93 a 107, idem; as de folha 111 a 123, idem, sendo que várias estampam um carimbo “RECEBI”, sem identificação de quem teria recebido; as de folhas 125 a 150 estão acompanhadas por um demonstrativo de pagamento (folhas 151 a 157), elaborado pelo próprio pagador, sem nenhum recibo do recebedor (da empresa); as de folha 164 a 180 também só estão acompanhadas por demonstrativo de empenhos pagos (folhas 161 e 162), elaborado pelo próprio pagador, sem nenhum recibo do recebedor (da empresa).

Ao final, discorda da multa de ofício aplicada em 112,5%, “pois a empresa não ignorou a única intimação que recebeu (o Termo de Início de Procedimento Fiscal) e ficou no aguardo de resposta a ela, para prosseguimento, a qual jamais veio a receber. As demais não foram atendidas, e obviamente não poderiam sê-lo, porque não foram recebidas pela empresa.”

Pede em conclusão, o cancelamento do débito fiscal reclamado; subsidiariamente, a sua redução para que se considerem apenas os pagamentos comprovados e a redução da multa para 75%.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fabiana Okchstein Kelbert, Relatora.

I. Da admissibilidade do recurso

O recorrente teve ciência do acórdão recorrido por meio de edital, afixado em 28/04/2016 e desafixado em 13/05/2016. Nos termos do art. 23, § 2º, IV, considera-se feita a 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

O recurso voluntário foi protocolado em 18/05/2016 (e-fl. 478), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/1972.

A matéria vertida no recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Dessa forma, porquanto tempestivo e por preencher os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e passo a analisar o seu mérito.

II – DA NULIDADE RELATIVA ÀS INTIMAÇÕES ENVIADAS PARA ENDEREÇO INCORRETO

Conforme sobejamente relatado, a recorrente somente recebeu no seu endereço o termo de início da ação fiscal e o termo de intimação para apresentar o Livro Caixa, ao qual respondeu juntando a documentação de que dispunha e pedindo prazo para acostar outros documentos (e-fls. 34-36).

A seguir, procedeu a recorrente à alteração de seu endereço, registrada na Receita Federal na data de 09/10/2008, como se vê da reprodução:

CNPJ : 65.053.449/0001-63
N.º FMP : CEMED CENTRO DE EMERGENCIAS MEDICAS LTDA.
SP - CAMPINAS - DG

Amigo 5

HISTÓRICO DAS ALTERAÇÕES CADASTRAIS PROCESSADAS A PARTIR DE 01/01/1994

DATA	DATA	ITEM	ALTERAÇÃO
EVENTO	DIG/PROC.	ALT.	
09/10/2008	13/10/2008	END	R FLORIANO PEIXOTO 208 PAVMOTOSUPERIOR CENTRO
	15/10/2008		6589 JACAREI SP, CEP. 12308030
TERMINAL : 010.058.208.031			DIG INTERNET CON 675360506-15 TRAN 675360506-15
//****	**/**/****	NAT	211-9 - SOCIEDADE CIVIL COM FINS LUCRATIVOS
	//****		
TERMINAL : DEMANDA 169/02			
23/09/2005	27/09/2005	NAT	224-0 - SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA
	11/10/2005		
TERMINAL : 010.058.208.003			DIG INTERNET CON 162821158-09 TRAN 162821158-09
//****	**/**/****	ATV	8512 CNAE ATIV. ATENDIMENTO A URGENCIAS E EMERGENC
	//****		
TERMINAL : 010.058.208.011			

PF1 - VOLTA CADASTRO PF3 - ENC. CONSULTA PF7 - VOLTA PAG PF8 - AVANCA PAG

Isso não obstante, as demais intimações expedidas para a contribuinte em sede de fiscalização foram enviadas para o endereço anterior à alteração, de modo que não os recebeu.

Com efeito, ficaram sem respostas os termos de reintimação e de constatação enviados para endereço antigo (e-fls. 68-69 e 93-94), por meio dos quais o fiscal requereu a apresentação do Livro-Caixa de 2005 e do talonário e registro de notas fiscais de serviços prestados naquele ano. É o que se observa:

SP CAMPINAS DRJ

RECEITA FEDERAL DO BRASIL
Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos/SP
Serviço de Fiscalização - SEFIS

TERMO DE REINTIMAÇÃO FISCAL

Identificação	
Unidade	08.1.20.00 DRF/São José dos Campos/SP
Nome / Nome Empresarial	CEMED CENTRO DE EMERGÊNCIAS MÉDICAS LTDA
Logradouro	RUA FRANZ DE CASTRO HOLZWARTH
Bairro	JARDIM PEREIRA
Cidade / UF	JACAREÍ / SP
CEP	12.327-696
Local de Lavatária	SEFIS/DRF/SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - RUA ÁLVARES DE AZEVEDO Nº 100, VILA BETÂNIA, SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP
CPF / CNPJ	65.053.449/0001-63
Numero	57
Complemento	3º ANDAR, SALA 314
Data	10/10/2008
Hora	15h10min

Contexto

No exercício das funções do cargo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e com base nos artigos 904, 905, 911, 927 e 928 do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda), e tendo em vista a expiração do prazo adicional de 30 dias conforme solicitação requerida pelo contribuinte acima identificado, recebida na data de 05.09.2008, relativa ao Termo de Início de Procedimento Fiscal lavrado em 01/08/2008, reintimamos o contribuinte a apresentar os seguintes elementos até a data limite de 23.10.2008:

- 1) Livro Caixa do ano-calendário de 2005;
- 2) Talonário (s) e Livro (s) Registro de Notas Fiscais Serviços Prestados do ano-calendário de 2005.

OBSERVAÇÕES:

- Os elementos solicitados poderão ser enviados por via postal ou entregues diretamente no seguinte endereço: Serviço de Fiscalização da Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José dos Campos/SP, situada à Rua Álvares de Azevedo nº 100, Vila Betânia, São José dos Campos/SP, CEP 12.245-494.
- Fica o contribuinte ciente, que o não atendimento, no novo prazo marcado, ao presente termo fiscal, sujeita-o, no caso de lançamento de ofício, ao agravamento em 50% das multas a que se refere o art. 44 da lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

E, para surtir os efeitos legais, lavramos o presente Termo, em três vias de igual teor e forma, assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, cuja ciência e cópia ao sujeito passivo dar-se-á por via postal mediante Aviso de Recebimento (AR), nos termos do inciso II do art. 23 do Decreto nº 70.235/72.

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Nome	Matrícula	Assinatura
Jean Christian P B A De Montrigaud	58.519	



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria da Receita Federal do Brasil
Delegacia da Receita Federal do Brasil de São José dos Campos
Serviço de Fiscalização - SEFIS



TERMO DE CONSTATAÇÃO FISCAL

1 JURISDIÇÃO FISCAL		2 NÚMERO DO MPF	
UNIDADE	SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - DRF		08.120.00-2008-00454-9
3 CONTRIBUINTE/RESPONSÁVEL			
NOME/NOME EMPRESARIAL		CPF/CNPJ	
CEMED CENTRO DE EMERGÊNCIAS MÉDICAS LTDA		65.053.449/0001-63	
LOGRADOURO	NÚMERO	COMPLEMENTO	
RUA FRANZ DE CASTRO HOLZWARTH	57	3º ANDAR, SALA 314	
BARRIO/DISTRITO	CIDADE	UF	CEP
JARDIM PEREIRA	JACAREÍ	SP	12327-696
4 LAVRATURA			
LOCAL	DATA	HORA	
SEFIS/DRF SÃO JOSÉ DOS CAMPOS - RUA ÁLVARES DE AZEVEDO, 100, VILA BETÂNIA, SÃO JOSÉ DOS CAMPOS/SP	29.10.2008	10:00	
5 CONTEXTO			
No exercício das funções do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, no curso da ação fiscal iniciada em 13.08.2008 e de acordo com o disposto nos artigos 904, 911 e 927 do Decreto nº 3.000 de 26 de março de 1999 (RIR/99): CONSTATAMOS, após análise das respostas apresentadas, protocolos em 05.09.2008 e 23.10.2008, que: a. O sujeito passivo atribuiu a problemas surgidos com a mudança de contador a não apresentação a esta Fiscalização de seu Livro Caixa, Talonários e Livros Registro de Notas Fiscais Serviços Prestados; não obstante o longo prazo já concedido, sendo 76 dias desde o início da ação fiscal, solicita autorização para tentar reconstituir o Livro Caixa no prazo de mais 60 dias; b. Não compete a esta Fiscalização autorizar ou não a reconstituição do Livro Caixa, sendo medida de inteira responsabilidade do sujeito passivo e que já deveria ter sido tomada anteriormente por tratar-se de obrigação tributária acessória ao regime de tributação adotado (Lucro Presumido). E, para constar e surtir os efeitos legais, o presente Termo foi lavrado em 03 (três) vias de igual forma e teor, assinado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, cuja ciência e cópia do contribuinte se dará por via postal, mediante Aviso de Recebimento (AR).			
6 AUDITOR - FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL			
NOME	MATRÍCULA	ASSINATURA	
JEAN CHRISTIAN P. B. A. MONTRIGAUD	58 519		

No caso concreto, viu-se também que foi justamente a falta de resposta a essas intimações que motivou: (i) o arbitramento do lucro e (ii) a aplicação de multa agravada.

A expedição de intimações para endereço distinto daquele cadastrado nos sistemas da Receita Federal configura evidente prejuízo à contribuinte, pois lhe retira a possibilidade de se defender amplamente, seja por meio da juntada da documentação cabível, seja pela possibilidade de contrapor os argumentos da fiscalização.

No caso concreto, a ora recorrente havia pleiteado dilação do prazo para apresentação de documentos, o que jamais foi respondido. Ao contrário, antes mesmo de acolher ou negar esse pleito, a fiscalização de imediato expediu termo de reintimação, o qual foi enviado para o endereço errado, muito embora já houvesse registro da alteração informada pela contribuinte.

Assim, entendo que houve nulidade no procedimento de fiscalização, porquanto o equívoco cometido pela fiscalização resultou em violação frontal do devido processo legal, do qual fazem parte o contraditório e a ampla defesa.

Não é demais lembrar que a ampla defesa, além de direito fundamental, é uma garantia processual, conforme se lê do art. 5º, LV, da CF/1988 "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." [Grifo nosso]

Havendo preterição do direito de defesa na decisão recorrida, a nulidade deve ser reconhecida, inclusive de ofício, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72:

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Isso porque os atos que se seguiram a estes partem de premissa equivocada, e que teve consequências extremamente severas. Como se disse, e vale repetir, foi justamente com base na falta de resposta às intimações para apresentação de documentos que a fiscalização amparou a aplicação do arbitramento do lucro e da multa agravada.

Desse modo, tenho que deve ser declarada a nulidade de todos os atos expedidos para o endereço errado, bem como os que se seguiram.

Nesse sentido, há diversas decisões do CARF, a exemplo das seguintes:

Numero do processo: 35013.001322/2005-24

Turma: Primeira Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção

Câmara: Terceira Câmara

Seção: Segunda Seção de Julgamento

Data da sessão: Wed Jan 23 00:00:00 BRST 2013

Data da publicação: Tue Mar 26 00:00:00 BRT 2013

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/04/2002 a 30/01/2005 **DA NULIDADE DA INTIMAÇÃO E DOS ATOS SUBSEQUENTES Intimação para apresentação de documentos inerentes aos autos em local onde a empresa não mais está estabelecida e há conhecimento da RFB desta condição, é passível de nulidade.** No presente caso a RFB em outra autuação fiscal exarou certidão de que a Recorrente não mais estava estabelecida naquela localidade, onde, neste processo administrativo, foi destinada intimação para apresentação de documentos que importa aos autos, mormente para o julgamento. Comprovado o conhecimento anterior de novo endereço e cometido o erro pela RFB há de serem anulados todos os atos a partir da intimação, inclusive esta, oportunizando novo prazo para apresentação dos documentos. Recurso Voluntário Provido em Parte [Grifo nosso]

Numero da decisão: 2301-003.276

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. ACORDAM os membros Colegiado: I) Por unanimidade de votos: a) em anular a decisão de primeira instância, a fim de reintimar o sujeito passivo no endereço apontado no recurso, para as medidas determinadas no acórdão, nos termos do voto do Relator. (assinado digitalmente) Marcelo Oliveira– Presidente (assinado digitalmente) Wilson Antônio de Souza Côrrea - Relator Participaram da sessão de Julgamento os Conselheiros Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério e Wilson Antonio de Souza Corrêa.

Nome do relator: WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA

Numero do processo: 15586.001838/2010-34

Turma: Terceira Turma Especial da Segunda Seção

Seção: Segunda Seção de Julgamento

Data da sessão: Tue May 14 00:00:00 BRT 2013

Ementa: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/10/2007 a 01/11/2010 CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ORDEM DE PREFERÊNCIA PARA INTIMAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA ALÉM

DA COMPETÊNCIA DESTE ÓRGÃO. DECADÊNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO. NOTIFICAÇÃO VIA EDITAL. **NULIDADE. CONTRIBUINTE COM DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO DE ELEIÇÃO DECLARADO E CONHECIDO PELO FISCO, POIS CONSTANTE DE SEUS CADASTROS. PREJUÍZO AO CONTRIBUINTE COMPROVADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO A QUO E DO LANÇAMENTO. RETOMADO AO AUTO ORIGINAL.** Recurso Voluntário Provido. [Grifo nosso]

Numero da decisão: 2803-002.313

Decisão: ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, para determinar a anulação do acórdão a quo, bem como do lançamento aqui representado. Devido a isso deve o processo 13766.0009308/2009-50 ser retomado para possibilitar a contribuinte ter ciência da emissão do ARO e da GPS para pagamento da contribuição, nas condições e com os valores da época da emissão da GPS não comunicada. Vencidos os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima e Oseas Coimbra Junior.

Nome do relator: EDUARDO DE OLIVEIRA

Desse modo, por serem nulos todos os atos a partir do Termo de Reintimação, este inclusive (e-fls. 68-69), declaro nulo o auto de infração.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, declaro a nulidade do auto de infração e, em consequência DOU PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Fabiana Okchstein Kelbert

Declaração de Voto

Conselheiro Luiz Tadeu Matosinho Machado

No presente caso alinhei-me ao voto condutor proferido pela d. conselheira relatora, Fabiana Kelbert, que reconheceu a nulidade do procedimento fiscal e, em consequência, da autuação, tendo em vista a comprovação constante dos autos de que a fiscalização encaminhou suas intimações para o endereço antigo da empresa fiscalizada mesmo depois de esta ter realizado a alteração cadastral perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, comunicando formalmente a alteração de seu domicílio.

Com efeito, em face de não ter recebido respostas às suas intimações a autoridade fiscal houve por bem realizar o lançamento mediante o arbitramento do lucro e aplicar o agravamento da multa de ofício pelo não atendimento às suas solicitações.

Neste aspecto repousa o acolhimento da nulidade pela relatora, pois o não atendimento às intimações é uma consequência lógica que adviria do não recebimento das citadas intimações, posto que enviada a endereço diverso do domicílio fiscal da empresa.

Aqui, me parece ser o caso de aplicação, *contrário sensu*, da Súmula CARF nº 9, que dispõe:

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.

Ora, assim como é válida a intimação por via postal encaminhada ao domicílio fiscal do contribuinte, independentemente de quem tenha recebido a correspondência, há que se reconhecer sua invalidade quando encaminhada a endereço diverso do domicílio fiscal constante dos cadastros da RFB.

O acórdão recorrido afastou a alegação, vislumbrando, inclusive, má-fé na conduta do contribuinte. Aponta como evidências o fato de não ter comunicado à fiscalização, após o recebimento do termo de início de fiscalização, que iria mudar seu endereço; o fato de constar da DIPJ 2008, entregue em 29/09/2008, o endereço antigo, embora a alteração contratual, com alteração do endereço, tenha sido firmada em 01/07/2008; e, ainda, que em 16/09/2011 houve nova alteração cadastral na qual a empresa retorna ao endereço anterior.

Ora, em primeiro lugar a má-fé não se presume, deve ser provada.

No caso, entendo que os elementos apontados não servem para configurá-la.

Em primeiro lugar, a empresa tinha obrigação formal de comunicar sua alteração cadastral perante a RFB, uma vez formalizada a alteração no órgão de registro, e o fez em prazo razoável. Cabia à autoridade fiscal manter-se atenta às eventuais modificações na situação cadastral da empresa fiscalizada quando da prática de quaisquer atos formais perante a mesma, durante todo o procedimento fiscal, assim como o fez quando da lavratura do auto de infração.

Com relação à informação de endereço constante da DIPJ/2008, entregue em 29/09/2008, esta é compatível com a situação cadastral ainda vigente perante a RFB naquele momento, que só viria a ser modificada no dia 09/10/2008, segundo os extratos juntados aos autos.

Por fim, o retorno da empresa ao seu antigo endereço não serve, por si só, sequer como indício de que a alteração de endereço jamais se concretizou, como sugere o acórdão recorrido. À míngua de elementos concretos apontando nesse sentido, tal possibilidade não passa de ilação.

Observo que a alteração contratual com mudança de endereço foi formalizada antes mesmo do início do procedimento fiscal, de sorte que a ordem dos fatos indica, salvo prova contrária não constante dos autos, que a alteração constitui fato normal e corriqueiro na existência das empresas.

Por fim, não posso deixar de mencionar que considerando que o móvel da autuação foi justamente a falta de apresentação dos elementos contábeis pela recorrente, uma vez constatada a alteração contratual por ocasião da lavratura do auto de infração, faltou no mínimo diligência à autoridade fiscal no sentido de verificar se tal circunstância não influenciou na inação da contribuinte em responder aos seus termos, antes de dar ciência da autuação.

Desta feita, considerando os fatos acima analisados e a premissa que embasou o lançamento, há que se reconhecer a nulidade das intimações encaminhadas ao endereço incorreto e, em consequência, da autuação fiscal, conforme orientou a d. relatora em seu voto.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado