



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10660.720039/2010-15
Recurso Voluntário
Acórdão nº **1302-006.817 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 22 de junho de 2023
Recorrente WELLUS DO BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2006, 2007

INTIMAÇÃO EDITALÍCIA. REGULARIDADE. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL IMPROFÍCUA. EDITAL PUBLICADO EM DEPENDÊNCIA DO ÓRGÃO ENCARREGADO DA INTIMAÇÃO.

No âmbito do processo administrativo fiscal, as tentativas de intimações são realizadas, primeiramente, por uma das modalidades ordinárias - pessoal, postal ou eletrônica -, não havendo se falar aí ordem de preferência, sendo que, quando um dos meios ordinários restar improfícuo, a Autoridade fiscal poderá proceder, portanto, com a realização de intimação por meio da publicação de edital, de acordo com o que determina o artigo 23, § 1º do Decreto nº 70.235/72.

RECURSO VOLUNTÁRIO. TEMPESTIVIDADE. REQUISITO RECURSAL EXTRÍNSECO. ARTIGO 33 DO DECRETO Nº 70.235/72. RECURSO PEREMPTO. NÃO CONHECIMENTO.

Nos termos do artigo 33 do Decreto 70.235/72, o recurso voluntário deve ser apresentado no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão, de modo que eventual Recurso formalizado em inobservância ao prazo legal deve ser considerado perempto e, por isso mesmo, não preenchendo o requisito extrínseco da tempestividade, não deve ser objeto de conhecimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sérgio Magalhães Lima, Maria Angélica Echer Ferreira Feijó, Wilson Kazumi Nakayama, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Oliveira, Fellipe Honório Rodrigues da Costa (suplente convocado), Miriam Costa Faccin (suplente convocado(a)) e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente). Ausente o conselheiro(a) Heldo Jorge dos Santos Pereira Junior, substituído(a) pelo(a) conselheiro(a) Miriam Costa Faccin.

Relatório

Tratam-se, na origem, de Autos de Infração por meio dos quais foram constituídos créditos tributários de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF (fls. 02/16), Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ (fls. 17/22), Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS (fls. 23/28), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS (fls. 29/34) e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL (fls. 35/40), relativos aos anos-calendário de 2006 e 2007 e cujos débitos correlatos restaram formalizados no montante total de R\$1.602.036,58, incluindo-se aí a cobrança dos respectivos impostos e contribuições, a incidência de juros de mora e a aplicação de multa qualificada no percentual de 75%.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 43/73, a Autoridade fiscal apurou as seguintes irregularidades com base nos elementos fático-jurídicos a seguir delineados:

“4 – Das Irregularidades

4.1 - Pagamentos Efetuados Sem Comprovação da Operação ou Causa

Identificamos nos documentos, na escrituração contábil e nos extratos bancários entregues pelo contribuinte que o mesmo efetuou pagamentos a ex-sócios, cujas operações não possuem lastro nas atividades operacionais da empresa. Para o melhor entendimento dessas operações, se faz necessária a reconstituição histórica de como ocorreram as 73 e 86 alterações contratuais do fiscalizado.

De acordo com a 73 alteração contratual, registrada na JUCEMG sob o número 3.544.401, de 31 de maio de 2006, a sócia Jennifer Hwang, CPF 232.184.548-16, ingressou na sociedade através da compra da totalidade da participação do capital social de Mun Yong Bang, CPF 136.106.488-99, no valor R\$ 200.000,00 representativos de 200.000 cotas de capital social. Nessa alteração contratual ficou definido que o valor das cotas seria pago ao cedente, pela adquirente, de uma só vez em 05/06/2006 através de depósito bancário, e serviria de quitação de todos os haveres do sócio em relação à sociedade.

No mês seguinte, a já então sócia Jennifer Hwang decidiu por aumentar sua participação no capital social da empresa e ainda propor um aumento do capital social, elevando de R\$ 1.200.000,00 para R\$ 2.260.000,00. A operação foi registrada na 85 alteração contratual e encontra-se arquivada na JUCEMG sob o número 3.586.869, conforme fls. 196/203, sendo que a operação se deu da seguinte forma:

O sócio Eun Yong Um - CPF 093.050.138-13, que era possuidor de um milhão de cotas, equivalentes a R\$ 1.000.000,00, naquele ato vendia 800.000 cotas de sua participação à sócia Jennifer Hwang pelo valor de R\$ 800.000,00 e mais 200.000,00 cotas à sócia Han Hae Cho - CPF 231.505.668-35 - no valor de R\$. 200.000. A dívida contraída pela sócia Jennifer Hwang através da 7ª alteração contratual, que tinha previsão de liquidação em 05 de junho de 2006, agora se fundia e se confundia às novas dívidas assumidas não só pela sócia Jennifer como também pela nova sócia Han Hae Cho. A seguir cópia da alínea “a” do item 2 da 85 alteração contratual que trata da postergação do pagamento da dívida:

“a. O valor das cotas que seria pago em 05/06/2006 será pago ao cedente pe/as adquirentes 50% em 30/01/2007 e 50% em 30/03/2007 através de depósito bancário e servirá de quitação de todos os haveres do sócio cedente em relação a sociedade.”

Assim se formalizou a saída do sócio Eun Yong, sócio da sociedade empresarial Wellus do Brasil, sendo que naquele ato o capital social foi elevado em mais 1.060.000 cotas ou R\$ 1.060.000,00, tendo como subscritora da nova parcela do capital social a sócia Jennifer Hwang. Nesta alteração contratual a sócia Jennifer declarou integralizar R\$ 500.000,00 em moeda corrente e os restantes R\$ 560.000,00 seriam integralizados até a data de 31/07/2006.

Após as alterações contratuais, o capital social da empresa passou a ter a seguinte composição:

Sócias	Participação Percentual	Cotas	Capital
Jennifer Hwang	91,15%	2.060.000	R\$ 2.060.000,00
Han Hae Cho	8,85%	200.000	R\$ 200.000,00
Total	100%	2.260.000	R\$ 2.260.000,00

Nos termos das intimações 02 e 03/2009, solicitamos ao contribuinte a comprovação da integralização do capital social da sócia Jennifer Hwang, inclusive a apresentação da documentação comprobatória da liquidação da operação. Em sua segunda resposta à mesma solicitação, respondeu que:

“Item 2 - A integralização das quotas da Sra. Jennifer ocorreu da seguinte forma:

- Cessão de quotas do Sr. Eun Yon Um, no valor de R\$800.000,00 o montante já se encontrava integralizado em consonância com o anexo 1, a Sra. Jennifer efetuou o pagamento ao Sr. Eun pelo valor original com distribuição de lucro que recebeu no período de 2006 e 2007 e dinheiro próprio.
- Cessão de quotas do Sr. Mun Yong Bang, no valor de R\$ 200.000,00 o montante já se encontrava integralizado conforme anexo 2 a Sra. Jennifer efetuou o pagamento ao Sr. Bang pelo valor original com distribuição de lucro que recebeu no período de 2007.
- Subscrição de 1.060.000 quotas a valor nominal de R\$ 1,00.

Composição dos pagamentos:

d) R\$ 660.300,00 conforme câmbio fechado anexo 3,4 e 5 efetuados pela Sra Jennifer.

R\$ 659.700,00 Lucros Acumulados (Valor usado para pagamentos aos sócios retirantes)

R\$ 200. 000,00 Lucros Acumulados (Valor usado para pagamentos aos sócios retirantes)

R\$ 370.000,00 Incentivo fiscal, doação da Prefeitura anexo 6

R\$ 170.000,00 Incentivo fiscal, doação da Prefeitura anexo 7

R\$ 2.060. 000,00 Total”.

De acordo com a composição dos pagamentos apresentada pelo contribuinte, verificamos que foram informadas como origem dos recursos para integralização do capital social da sócia Jennifer Hwang as importâncias de R\$ 370.000,00 e R\$ 170.000,00, oriundas de incentivos fiscais da Prefeitura Municipal de Varginha/MG. Numa análise temporal, verificamos que a entrada da sócia Jennifer na sociedade

ocorreu em maio de 2006, e que parte de tais incentivos fiscais foram creditados em conta corrente da empresa em 2005, portanto antes mesmo da entrada desta sócia na sociedade. Foram creditados em conta corrente da empresa em 30 de agosto de 2005 o valor de R\$ 200.000,00 e em 14 de dezembro de 2005 mais R\$ 170.000,00. Em dezembro de 2006 foram depositados outros R\$ 170.000,00, que somados aos depósitos efetuados no ano de 2005, equivalem aos R\$ 540.000,00, informados como incentivo fiscal de doação da Prefeitura de Varginha/MG.

Esses recursos oferecidos pela Prefeitura Municipal de Varginha, foram decorrentes de Lei Municipal e concedidos a Wellus do Brasil e não à pessoa física da sócia Jennifer Hwang. Sua destinação específica era a compra e instalação de uma área industrial com a contraprestação de que se houvesse descumprimento das obrigações assumidas pela empresa no protocolo de intenções, resultaria no ressarcimento aos cofres públicos municipais do montante disponibilizado, acrescido de juros e correção monetária. Portanto, não há que se considerar como origem dos recursos da sócia Jennifer Hwang para aquisição das cotas do sócio Eun Yong Um os valores dos incentivos fiscais depositados pela Prefeitura Municipal de Varginha, pois estes na verdade deveriam ser contabilizados como “Reservas de Capital” e aumentar o valor patrimonial da empresa.

O contribuinte também informou que a sócia Jennifer Hwang utilizou-se dos lucros acumulados da empresa no ano de 2006 e 2007 nos valores de R\$ 659.700,00 e R\$ 200.000,00, respectivamente, para pagamento aos sócios retirantes. Numa análise preliminar, o que se apresenta é a operação em que a própria pessoa jurídica paga aos sócios por suas retiradas do quadro societário e assume parte do próprio capital social. Correto seria a contabilização dessa operação em conta retificadora do Capital Social - “Cotas em Tesouraria”.

Não há que se considerar que os valores acima foram distribuídos às sócias e posteriormente utilizados para pagamento aos sócios retirantes, pois as contabilizações de tais operações não são encontradas nos livros contábeis e não foram apresentados documentos que fundamentam as alegações. Vejamos o caso concreto. Alega o contribuinte que o pagamento aos ex-sócios se deu em parte com uso dos lucros acumulados. O que se verifica é que a conta "2.4.03.01.0001 Lucros Acumulos" teve um lançamento a débito em 31/12/2006 no valor de R\$ 659,700,00 e totalmente vertido a crédito da conta de Capital Social em nome de "Jennifer Hwang ~ conta 2.4.01.02.0001" enquanto a outra sócia Han Hae Cho, embora com percentual menor de participação societária, não obteve qualquer lançamento em sua conta de representação do capital social. Da possível distribuição dos lucros acumulados à outra sócia Han Hae Cho nada lhe foi creditado como percepção dos rendimentos de sua parcela de capital. Contabilmente não recebeu qualquer importância que lhe desse suporte ao pagamento da dívida com o ex-sócio da autuada, assim como alega o contribuinte.

Da análise da documentação apresentada pelo contribuinte, foram confirmados os contratos de câmbio no valor de R\$ 660.300,00.

Embora não tenha sido comprovada a efetiva integralização das cotas de capital pelas sócias (Jennifer Hwang e Han Hae Cho), por outro lado verificamos que de fato os sócios cedentes receberam os reembolsos pela venda de suas participações, só que da própria pessoa jurídica Wellus do Brasil e não das adquirentes. Os registros às fls 138 do Anexo II e às fls 1080 deste processo, dos Livros Razão de 2006 e 2007, respectivamente, trazem à tona as operações que efetivamente foram realizadas. As integralizações de capital não foram totalmente satisfeitas com recursos das novas sócias, e sim com as devoluções de cotas efetuadas aos sócios Eun Yong Um e Mun Yong Bang nos anos de 2006 e 2007, pelo contribuinte Wellus do Brasil, conforme pode ser confirmado nas contas “2.1.04.03. 0020 Devolução de Contas” .

O contribuinte Wellus do Brasil, e não as sócias Jennifer Hwang e Han Hae Cho, pagou pela saída dos sócios Eun Yong Um e Mun Yong Bang as quantias correspondentes às suas participações no capital social.

O demonstrativo a seguir relata os pagamentos efetuados no ano de 2006 no montante de R\$ 700.000,00 e mais R\$ 499.000,00 no ano de 2007 aos ex-sócios da autuada. Como prova material que de fato houve a referida transação financeira, apresentamos o fato de que no ano de 2007 o ex-sócio Eun Yong Um impetrou Ação de Execução de Título Extrajudicial no Cartório da 37ª Vara Cível Central de São Paulo, fls. 995/998, diretamente contra o contribuinte Wellus do Brasil, requerendo a satisfação de uma dívida de R\$ 732.157,15, representada por meio de uma nota promissória sem número, datada de 31 de outubro de 2006. O processo encontra-se arquivado, tendo em vista o acordo homologado entre as partes em que a citada comprometeu-se a pagar pela importância devida o valor de R\$ 299.000,00 na forma em que ficou definido no documento e contabilizado às folhas 480 do Livro Razão do ano de 2007.

Ainda no acordo judicial assinado entre as partes, ressaltamos o trecho:

“Com o pagamento integral das parcelas especificadas, o exequente dá quitação total à dívida objeto da presente execução e relativa à extinta relação societária havida entre as partes, sendo que ambas as partes declaram que nada mais têm a rec/amar a título de indenização por perdas e danos, lucros cessantes, danos morais ou quaisquer outros títulos.”

A seguir, o quadro com o demonstrativo dos pagamentos efetuados pela empresa Wellus do Brasil aos ex-sócios Eun Yong Um e Mun Yong Bang, pelas vendas de suas cotas de capital às sócias Jennifer Hwang e Han Hae Choe:

Data	Histórico	Valor	Banco Sacado - Wellus
27/07/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	30.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
07/08/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	50.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
09/08/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	50.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
23/08/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	15.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
07/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	50.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
08/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	50.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
11/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	20.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
11/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	45.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
19/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	80.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
20/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	99.300,00	Banco Real - c/c: 3.722.119-2
21/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	70.700,00	Banco Real - c/c: 3.722.119-2
26/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	20.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
26/12/2006	Devolução de cotas Eun Yong Um	120.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
16/01/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	27.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
17/01/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	60.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
31/01/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	5.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
01/02/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	15.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
02/02/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	3.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
27/02/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	50.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
05/04/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	10.000,00	Bradesco - c/c: 179.152-4
05/04/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	10.000,00	Bradesco - c/c: 179.152-4
05/04/2007	Devolução de cotas Mun Yong Bang	20.000,00	Banco Real - c/c: 3.051.048-4
16/04/2007	Devolução de conta acordo com Sr. Marcelo Um	65.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
16/04/2007	Honorários advocatícios - Acordo sentença devolução capital Marcelo	19.500,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
15/05/2007	Pgto devolução conta acordo com Sr. Marcelo Um	65.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
16/05/2007	Pgto honorários advocatícios - acordo sentença devolução capital Marcelo	19.500,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
18/06/2007	Pgto devolução conta acordo com Sr. Marcelo Um	65.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
16/07/2007	Pgto devolução conta acordo com Sr. Marcelo Um	65.000,00	Banco Safra - c/c: 24.430-2
Valor total dos depósitos bancários			1.199.000,00

Ressaltamos que o contribuinte Marcelo Um, mencionado nos históricos dos lançamentos a partir de 16 de abril de 2007, na verdade trata-se do Sr. Eun Yong Um, cujos documentos anexados às fls. 1080, comprovam que o nome do sócio escriturado nos Livros Razão e Diário está indevidamente grafado como "Marcelo". Ainda, verificamos que a soma das parcelas pagas nas datas e formas estabelecidas no acordo

para extinção da dívida, assinadas pelo Sr. Eun Yong Um, foram assim efetivadas e lançadas a favor de "Marcelo Um". Acrescenta-se o fato do contribuinte ter sido intimado a comprovar os lançamentos cujos históricos remetiam a eventos relacionados a Marcelo Um, conforme item 2 do TIF 06/2009, o mesmo ter apresentado a documentação acostada às fls. 995/998, onde se verifica na verdade que Marcelo Um e Eun Yong Um são a mesma pessoa.

Esse foi o histórico dos eventos relativos à conta de Capital Social da contribuinte Wellus do Brasil, onde as simples operações de mudanças de quadros societários foram utilizadas para dar garantia a entrada de novos sócios na sociedade sem que os mesmos desembolsassem recursos suficientes às suas participações individuais.

Assim sendo, concluímos que o contribuinte Wellus do Brasil efetuou pagamentos a beneficiários sem causa. Embora os desembolsos de tais recursos tenham seus beneficiários identificados, por outro lado não existiu o fator motivador ou a causa para a sua existência.

O fato concreto é que as sócias Jennifer Hwang e Han Hae Cho não honraram com recursos próprios as dívidas assumidas com os ex-sócios da autuada Mun Yong Bang e Eun Yong Um. Quem o fez foi a sociedade empresária Wellus do Brasil. Da análise das declarações de imposto de renda da pessoa física apresentadas pelas sócias, verificamos não haver lastro financeiro suficiente para quaisquer das operações assumidas nos contratos estudados. Veja o quadro a seguir:

Han Heo Cho – CPF: 231.505.668/35
Ano-calendário de 2006 Rendimento tributável: 0,00
Ano-calendário de 2007 Rendimento tributável: 0,00
Jennifer Hwang – CPF: 232.184.548-16
Ano-calendário de 2006 Rendimento tributável: 0,00
Ano-calendário de 2007 Rendimento tributável: 15.000,00

Não há lucros e ou dividendos distribuídos às sócias informados pelo contribuinte Wellus do Brasil e lançados como Rendimentos Isentos ou Não Tributáveis em suas declarações de imposto de renda.

No demonstrativo dos desembolsos efetuados pela Wellus do Brasil, é possível visualizar as datas de contabilizações e às fls. 73/94 a comprovação material da efetividade da entrega dos recursos por parte da empresa aos sócios retirantes.

De acordo com o artigo 61 da Lei 8.981, de 20 de janeiro de 1995, estão sujeitos à incidência do imposto de renda exclusivamente na fonte alíquota de 35% (trinta e cinco por cento) os recursos entregues aos sócios quando não for comprovada a operação ou à sua causa. É o fato concreto.

Artigo 61 da Lei 8.981 de 20 de janeiro de 1995.

Art. 61. Fica sujeito à incidência do Imposto de Renda exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado, ressalvado o disposto em normas especiais.

§ 1º A incidência prevista no caput aplica-se, também, aos pagamentos efetuados ou aos recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa, bem como à hipótese de que trata o § 2º, do art. 74 da Lei nº 8.383, de 1991.

§ 2º Considera-se vencido o Imposto de Renda na fonte no dia do pagamento da referida importância.

§ 3º O rendimento de que trata este artigo será considerado líquido, cabendo o reajustamento do respectivo rendimento bruto sobre o qual recairá o imposto.

Sendo assim, os valores pagos aos ex-sócios da empresa e também os honorários advocatícios pagos ao advogado do Sr. Eun Yong Um, são operações estranhas às atividades do fiscalizado. A autuação de tais pagamentos foi executada pelo simples fato de que as dívidas assumidas com os ex-sócios da autuada eram das sócias Jennifer Hwang e Han Hae Choe e não da empresa Wellus do Brasil. Esses pagamentos a beneficiários, cuja causa não foi comprovada, terão suas bases líquidas reajustadas e sofrerão tributação do IRRF - Imposto de Renda Retido na Fonte sob a alíquota de 35% (trinta e cinco pontos percentuais), e os vencimentos serão considerados aqueles dos seus efetivos pagamentos.

Data	Valor Pago	Base Reconstituída	IRRF Alíquota	IRRF - Ofício
27/07/2006	30.000,00	46.153,85	35%	16.153,85
07/08/2006	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08
09/08/2006	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08
23/08/2006	15.000,00	23.076,92	35%	8.076,92
07/12/2006	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08
08/12/2006	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08
11/12/2006	20.000,00	30.769,23	35%	10.769,23
11/12/2006	45.000,00	69.230,77	35%	24.230,77
19/12/2006	80.000,00	123.076,92	35%	43.076,92
20/12/2006	99.300,00	152.769,23	35%	53.469,23
21/12/2006	70.700,00	108.769,23	35%	38.069,23
26/12/2006	20.000,00	30.769,23	35%	10.769,23
26/12/2006	120.000,00	184.615,38	35%	64.615,38
16/01/2007	27.000,00	41.538,46	35%	14.538,46
17/01/2007	60.000,00	92.307,69	35%	32.307,69
31/01/2007	5.000,00	7.692,31	35%	2.692,31
01/02/2007	15.000,00	23.076,92	35%	8.076,92
02/02/2007	3.000,00	4.615,38	35%	1.615,38
27/02/2007	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08
05/04/2007	10.000,00	15.384,62	35%	5.384,62
05/04/2007	10.000,00	15.384,62	35%	5.384,62
05/04/2007	20.000,00	30.769,23	35%	10.769,23
16/04/2007	65.000,00	100.000,00	35%	35.000,00
16/04/2007	19.500,00	30.000,00	35%	10.500,00
15/05/2007	65.000,00	100.000,00	35%	35.000,00
16/05/2007	19.500,00	30.000,00	35%	10.500,00
18/06/2007	65.000,00	100.000,00	35%	35.000,00
16/07/2007	65.000,00	100.000,00	35%	35.000,00

O contribuinte manteve em sua contabilidade do ano de 2006 Uma conta de passivo intitulada "Contas a Pagar 2.1.01.01.0901". Essa conta serviu para todo e qualquer tipo de lançamento, independente de sua natureza, ou seja, uma conta contábil-corrente sem critérios de lançamentos. Há registros nessa conta estranhos aos princípios contábeis, e intimado a explicá-los no TIF 02 e 03/2009 o contribuinte não logrou fazê-lo. No TIF 03/2009, além de solicitarmos a apresentação da documentação para fundamentação, reentimamos o contribuinte a comprovar de forma clara e objetiva cada um dos lançamentos nesta conta, apresentando ainda demonstrativo onde deveria relacionar os documentos de comprovação com os respectivos lançamentos.

De certo apenas que o contribuinte apresentou um anexo à sua resposta o qual não passou de um espelho do Razão da própria conta contábil "Contas a Pagar". Não trouxe nenhuma informação adicional e não explicou a razão de lançamentos estranhos nesta conta de Passivo, como os que enumeramos a seguir dentre os vários encontrados:

[...]

Dezenas de outros lançamentos foram efetuados nesta conta sem a obediência a qualquer princípio contábil. No fim do ano calendário de 2006 o saldo final foi de R\$ 736.063,58, e foi justamente o saldo desta conta com suas movimentações no ano de 2007 uma das motivações à expedição do TIF 06/2009.

[...]

Portanto, do valor de R\$ 176.915,81, contabilizado como estorno de provisões na conta “Valores a Regularizar”, essa fiscalização logrou comprovar que o valor de R\$ 38.356,84 (soma dos valores sacados em bancos) foi pago a beneficiários sem causa, ou seja, não foi comprovado o fato motivador do pagamento e uma vez intimado, o contribuinte não apresentou documentação hábil que fundamentasse a razão dos desembolsos financeiros. Tendo sido essa a situação encontrada, o valor de R\$ 38.356,84 será desmembrado por data de pagamento, reconstituída a sua base bruta e sofrerá a retenção de imposto de renda na fonte à alíquota de 35% (trinta e cinco pontos percentuais).

Reconstituição da base tributária do IRRF.

Data	Valor Pago	Base Reconstituída	IRRF Alíquota	IRRF Ofício
29/05/2006	8.136,00	12.516,92	35%	4.380,92
23/11/2006	20.000,00	30.769,23	35%	10.769,23
05/12/2006	10.000,00	15.384,62	35%	5.384,62
21/12/2006	220,84	339,75	35%	118,91

Tendo em vista que o contribuinte contabilizou a nota fiscal no 005.074 em 100 vezes seu valor real e deu baixa a este excesso através de pagamentos cuja motivação não pode ser identificada, em flagrante fraude à legislação tributária, será lavrada Representação Fiscal para Fins Penais, uma vez que a conduta do contribuinte está inserida nos conceitos de sonegação e fraude descritos nos artigos 71 e 72 da Lei no 4.502/64 e autoriza a aplicação da multa qualificada prevista no § 1º, inciso I do artigo 44, da Lei no 9.430/96, abaixo reproduzido:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.”

4.2 - Pagamento Efetuado a Beneficiário Não Identificado

Continuando a análise do quadro “Demonstrativo de Valores a Regularizar”, para os lançamentos efetuados no mês de dezembro de 2007, cujos históricos se reportam a pagamentos de despesas, o contribuinte não apresentou qualquer documentação que fundamentasse sua causa e ao mesmo tempo não identificou os beneficiários dos recursos sacados de suas contas-correntes. Os pagamentos efetivamente ocorreram como pode ser comprovado nas cópias dos extratos bancários às fls. 102/108. Não é demais repetir o artigo 61 da Lei 8.981 de 20 de janeiro de 1995 que trata situações como a descrita acima.

[...]

Portanto, os valores pagos e não comprovados terão suas bases brutas reajustadas e sofrerão tributação do IRRF Imposto de Renda Retido na Fonte sob alíquota de 35% (trinta e cinco pontos percentuais), e os vencimentos serão considerados aqueles dos efetivos pagamentos.

Reconstituição da base de tributação do IRRF.

Data	Valor Pago	Base Reconstituída	IRRF Alíquota	IRRF Ofício
07/12/2007	40.000,00	61.548,36	35%	21.548,36
12/12/2007	50.000,00	79.923,08	35%	26.923,08
20/12/2007	23.797,37	36.611,34	35%	12.813,97
20/12/2007	50.000,00	76.923,08	35%	26.923,08

4.3 - Depósitos Bancários - Receitas Omitidas

Ainda na conta contábil "Contas a Pagar" do ano de 2006 foram identificados depósitos bancários, cujas origens não foram em sua totalidade comprovadas pelo contribuinte. Intimado a comprovar com documentos hábeis e idôneos a origem dos recursos creditados em sua conta corrente nº 3.051.048-4 no Banco Real em 2006, o contribuinte apresentou como resposta cópias de contratos de mútuos e informações sobre notas fiscais de vendas, fls. 111/118.

Depósitos Bancários de Origem Não Comprovada

Conta Creditada: 2101010901 - Contas a Pagar			
Data	Histórico	Valor	Comprovação
08/06/2006	Depósito em conta bancária	33.284,00	Não apresentou documentos
16/06/2006	Depósito em conta corrente	29.600,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
19/06/2006	Depósito em conta corrente	20.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
26/06/2006	Depósito em conta corrente	60.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
03/07/2006	Depósito em conta corrente	30.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
07/07/2006	Depósito em conta corrente	15.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
11/07/2006	Depósito em conta corrente	14.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
14/07/2006	Depósito em conta corrente	15.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
20/07/2006	Depósito em conta corrente	10.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
03/08/2006	Depósito em conta corrente	71.918,10	Venda conf. NF 000.019
10/08/2006	Depósito em conta corrente	20.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
14/08/2006	Depósito em conta corrente	8.000,00	Contrato de mútuo Kwong Mon Lee
24/08/2006	Depósito em conta corrente	3.100,00	Venda conf. NF 000.033

Não houve apresentação de qualquer documentação reativa à origem dos recursos utilizados para a concretização do depósito em conta corrente do Banco Real no valor de R\$ 33.284,00 no dia 08/06/2006.

O contribuinte informou que os créditos registrados em 03/08/2006 e 24/08/2006, nos valores de R\$ 71.918,10 e R\$ 3.100,00, referem-se a vendas realizadas por meio das suas notas fiscais 000.019 e 000.033. Apesar de fundamentar os créditos em sua conta corrente, as respostas do contribuinte são claras em evidenciar os erros cometidos ao se registrar receitas de vendas como obrigações assumidas, e mais uma vez corroboram as conclusões desta fiscalização de que a conta contábil "Contas a Pagar" não teve outra motivação senão registrar lançamentos irregulares e encobrir a verdade dos fatos. Segundo o contribuinte os demais depósitos bancários referem-se a Contratos de Mútuo. Esses contratos não foram registrados em cartório. Ainda que tais documentos possam ter aspectos formais, inclusive com testemunhas que são as mesmas em todos os eventos, existe a questão da INCAPACIDADE financeira do mutuante, Sr. Kwong Mon Lee – CPF 806.250.968-00.

De acordo com as declarações de imposto de renda da pessoa física apresentadas pelo contribuinte Kwong Mon Lee, relativas aos anos-calendário de 2005 e 2006, não havia à época dos eventos quaisquer disponibilidades financeiras por parte deste contribuinte para oferecer empréstimos das quantias listadas.

[...]

Desta maneira, como os depósitos bancários não tiveram a sua origem comprovada por documentação hábil e idônea, acrescentando-se a isso o fato da total incapacidade do suposto depositante em fazê-lo, consideramos o valor de R\$ 221.600,00 como omissão de receitas, com base no artigo 42 da Lei 9.430 de 1996 (...).”

Ao final, a Autoridade fiscal apurou as infrações à legislação tributária que restaram indicadas Descrições dos Fatos e Enquadramentos Legais que compõem os respectivos Autos de Infração de IRRF (fls. 02/16), IRPJ (fls. 17/22), PIS (fls. 23/28), COFINS (fls. 29/34) e CSLL (fls. 35/40):

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO

Valor referente a pagamentos a beneficiários não identificados, conforme item 4.2 do Termo de Verificação Fiscal, onde ficou constatado que o contribuinte registrou em sua contabilidade pagamentos de despesas, cujos valores foram sacados de contas-correntes bancárias, e uma vez intimado não logrou apresentar comprovação de tais pagamentos.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU DE OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA

Valor apurado conforme item 4.1 do Termo de Verificação Fiscal - Pagamentos Efetuados Sem Comprovação da Operação ou Causa, onde ficou constatado por esta fiscalização que o Autuado efetuou desembolsos financeiros em favor de ex-sócios e seus advogados sem contudo proceder às retenções de imposto de renda na fonte previstos na legislação.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE PAGAMENTOS SEM CAUSA OU DE OPERAÇÃO NÃO COMPROVADA

Valor referente a pagamentos efetuados sem comprovação da operação ou causa, conforme item 4.1 do Termo de Verificação Fiscal, onde ficou constatado que o autuado registrou em sua contabilidade o pagamento da nota fiscal nº005.074 do fornecedor Fastwel Indústria e Comércio Ltda - pelo valor equivalente a 100 (cem) vezes seu valor de face.

[...]

DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

Valores referentes a depósitos realizados junto a instituições financeiras, em que o sujeito passivo regularmente intimado não comprovou mediante documentação hábil e idônea a origem dos recursos utilizados nessas operações, conforme item 4.3 Depósitos Bancários - Receitas Omitidas do Termo de Verificação Fiscal.”

Em 11/02/2010, a empresa foi devidamente intimada da Autuação fiscal, conforme se verifica do Termo de ciência que compõe o TVF (fls. 73), e, em 11/03/2010, entendeu por apresentar, tempestivamente, Impugnação parcial de fls. 1.104/1.129, acompanhada dos documentos de fls. 1.130/1.227, já que a contribuinte havia informado que os valores de IRRF lançados com aplicação da multa qualificada foram objeto de compensação através do PER/DCOMP nº 09734.67431.040310.1.3.04-3020

Os autos foram encaminhados à Autoridade julgadora de 1ª instância para que a Impugnação fosse apreciada. E, aí, em Acórdão de nº 09-31.867 (fls. 1.245/1.259), a 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora – MG entendeu por julgá-

la improcedente, de modo que a cobrança dos créditos tributários foi mantida *in totum*. Ao final, o referido Acórdão restou ementado nos seguintes termos:

“ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE -IRRF

Ano-calendário: 2006, 2007

PAGAMENTO EFETUADO SEM COMPROVAÇÃO DA CAUSA.

Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas ou os recursos entregues a terceiros ou sócios, acionistas ou titular, contabilizados ou não, quando não for comprovada a operação ou a sua causa.

PAGAMENTO EFETUADO A BENEFICIÁRIO NÃO IDENTIFICADO.

Está sujeito à incidência do imposto, exclusivamente na fonte, à alíquota de trinta e cinco por cento, todo pagamento efetuado pelas pessoas jurídicas a beneficiário não identificado.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURIDICA -IRPJ

Ano-calendário: 2006, 2007 '

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

A Lei n.º 9.430, de 1996, em seu art. 42, autoriza a presunção de omissão de receita com base nos valores depositados em conta bancária para os quais o contribuinte titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

PROVA. CONTRATO PARTICULAR SEM REGISTRO PÚBLICO.

O contrato particular, sem o devido registro público, não pode ser oposto a terceiros e, muito menos, ao Fisco, sem o subsídio de elementos concretos que comprovem a movimentação financeira resultante da transação.

MÚTUO. COMPROVAÇÃO.

A alegação da existência de empréstimos realizados deve ser acompanhada da prova da transferência dos recursos mutuados.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único do CTN (Lei n.º 5.172, de 1966), devendo estes seguir a mesma orientação decisória daquele do qual decorrem.

Impugnação improcedente

Crédito Tributário Mantido.”

Na sequência, a Autoridade fiscal tentou efetuar a intimação da empresa acerca do resultado do julgamento do Acórdão n.º 09-31.867 por via postal, mas, após 3 (três) tentativas de intimação datadas de 26/10/2010, 27/10/2010 e 28/10/2010, o Aviso de Recebimento – AR retornou ao destinatário com a informação “Ausente” (fls. 1.269). E, aí, tendo em vista que as tentativas de intimação do resultado do referido Acórdão por via postal restaram infrutíferas, a Autoridade acabou entendendo por publicar o Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 o qual foi afixado em 24/11/2010 e restou desafixado em 15/12/2010 (fls. 1.270).

Em Despacho de fls. 1.271, a Autoridade lavrou o Termo de Perempção em que informou que o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias havia transcorrido e o interessado não havia apresentado Recurso. Veja-se:

“Ref.: Termo. de Perempção

Transcorrido o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias (Decreto nº 70.235/1972, art. 33) e não tendo o interessado apresentado recurso à instância superior da decisão da autoridade de primeira instância, lavra-se este termo de perempção na forma da legislação vigente.

Esgotado o prazo da cobrança amigável, sem que tenha sido cumprida a exigência fiscal, o processo será encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva (art. 21, 3º do Decreto 70.235/1972).”

Em 18/02/2011, a empresa *Wellus do Brasil Indústria, Comércio, Importação e Exportação de Produtos Eletrônicos Ltda* (“*Wellus do Brasil*”) apresentou Manifestação de fls. 1.287/1.290, acompanhada dos documentos de fls. 1.292/1.306, em que solicitou a reabertura de prazo para apresentação de Recurso Voluntário ao CARF em razão do erro cometido pelos Correios ao tentar realizar a intimação do resultado do Acórdão nº 09-31.867, já que as tentativas de intimação foram realizadas no período da noite enquanto a fábrica não estava mais em horário de trabalho e, além disso, sustentou as seguintes alegações:

Que a empresa jamais foi intimada, pessoalmente ou pelo Correio, embora continue exercendo suas atividades normalmente no endereço de sempre (é uma fábrica). Algum tempo depois, a empresa foi surpreendida com o recebimento de uma intimação, via Correio, quando recebeu DARFs para pagamento do crédito tributário, e se dirigiu à Receita Federal, onde, dia 10/11/2011 (data em que lhe foi dada vista do processo), ficou sabendo que os Correios teriam informado não ter encontrado ninguém na fábrica por ocasião da tentativa de intimação sobre a decisão de primeira instância, ocorrida no Mês de outubro de 2010. O fato levou essa Delegacia a dar ciência do Acórdão para a interessada por Edital ado de 24/11/2011). Ocorre que, conforme pudemos observar no processo, o funcionário dos Correios esteve na empresa, para a intimação sobre o Acórdão da DRJ, por três vezes, sempre fora do horário de expediente da fábrica, que funciona até as 17 horas, todos os dias úteis:

- A) Primeira tentativa da intimação: dia 26/10 às 18:20 horas
- B) Segunda tentativa: dia 27/10 às 17:50 horas
- C) Terceira tentativa: dia 28/10 às 18:20

É incrível que o funcionário dos Correios tenha comparecido ao Distrito Industrial de Varginha - onde muitas das empresas encerram o expediente às 17 horas -, não tenha se dado ao trabalho de se informar sobre o horário de funcionamento da fábrica, e sempre tenha comparecido já praticamente à noite, para tentar entregar a intimação.

Tanto a fábrica está e sempre esteve funcionando normalmente no seu endereço, que a outra intimação da Receita Federal, para entrega dos DARFS, foi recebida, assim como todas as demais correspondências de concessionárias públicas do mesmo mês de outubro de 2010, como por exemplo, contas de água e de luz, cuja cópias estão em anexo, e que são entregues também pelo Correio.

Para comprovar que a empresa esteve funcionando normalmente no período de 26 a 28 de outubro/2010, juntamos cópias autenticadas dos seguintes documentos:

1. Contas de água dos meses de outubro e novembro de 2010, indicando consumo , que foram recebidas normalmente pelo Correio.
2. Contas de energia elétrica de outubro e novembro de 2010, indicando consumo e que foram recebidas pelo Correio.
3. Correspondência do SERASA, sobre prestação de serviços, postada no Correio dia 26/10/2010, recebida normalmente pela empresa.
4. Notas fiscais de saída , emitidas pela empresa dias 25 , 26, 27 e 28 de outubro de 2010, indicando funcionamento normal com saída de mercadorias da fábrica.

(i) Da intimação no processo administrativo fiscal

Que, segundo o artigo 23, inciso I e II, III e § 1º do Decreto nº 70.235/72, a intimação será realizada de forma pessoal, por via postal ou telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento do domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, por meio eletrônico, ou, ainda, quando resultar infrutífero um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, poderá ser realizada por meio de edital;

Que a comunicação por edital é forma de intimação ficta ou presumida quando incerta ou não sabida a localização do contribuinte, bem assim que o edital é o meio de que se utiliza a Administração para tornar público o chamamento do contribuinte à repartição para cumprir determinada ordem ou exercer direitos, sendo que, no caso, a empresa não só mantém seu endereço atualizado junto à Receita Federal, como, também, entrega declarações e faz pagamentos de tributos mensalmente, o que detona seu funcionamento normal; e

Que, no caso, a intimação pessoal nem mesmo foi tentada e a tentativa de intimação por via postal está eivada de irregularidades, de modo que não se pode dizer que tal tentativa tenha sido válida ou muito menos que a empresa não tenha sido localizada, o que significa dizer, portanto, que a intimação por edital é nula.

(ii) Da reabertura do prazo para apresentação do Recurso Voluntário

Que, tendo em vista que a empresa apenas ficou sabendo alguma notícia do processo quando recebeu os DARFs para pagamento pelos Correios e procurou a Repartição para pedir vista do processo que, a rigor, foi concedida em 10/11/2011, o prazo para apresentação do Recurso Voluntário só pode ser contado a partir da ciência do conteúdo da decisão de 1ª instância; e

Que, para agilizar, entende por apresenta, em conjunto com esta Petição em que solicita a reabertura do prazo, o respectivo Recurso Voluntário e, por fim, tendo demonstrado cabalmente a irregularidade dos procedimento adotado pelos Correios e a nulidade do Edital, espera e requer que esta Petição seja recebida, então, como parte do Recurso Voluntário e que tal matéria seja tratada enquanto preliminar.

A empresa entendeu por apresentar, também, o respectivo Recurso Voluntário de fls. 1.307/1.342 por meio do qual sustentou e justificou, em síntese, a sequência de fatos que deram origem aos pagamentos a beneficiário sem causa e, no final, reiterou as alegações que havia suscitado em sede de Impugnação.

Através do Despacho de fls. 1.758, os autos foram redistribuídos a este Relator mediante sorteio, conforme dispõe o artigo 49, § § 5º e 8º do Anexo II do RICARF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Relator.

1. Da Intimação por meio do Edital e da análise das Alegações formuladas pela empresa na Manifestação de fls. 1.287/1.290

De início, deve-se analisar se a Intimação do Acórdão recorrido nº 09-31.867 realizada através do Edital SACAT/DRF/VAR nº 102/2010 (fls. 1.270) foi realizada corretamente à luz dos requisitos constantes no artigo 23, § 1º do Decreto nº 70.235/72 para que, em seguida, após o exame das alegações formuladas pela Empresa no bojo da Manifestação de fls. 1.287/1.290, possamos concluir pela tempestividade, ou não, do Recurso Voluntário de fls. 1.307/1.342.

Pois bem. No âmbito do processo administrativo fiscal federal, as intimações dos atos processuais são realizadas, usualmente, por via postal com Aviso de Recebimento - AR o qual, aliás, é considerado como o documento hábil que comprova o efetivo recebimento da intimação. E, aí, considerando que não há ordem de preferência entre as modalidades ordinárias – pessoal, postal ou eletrônica –, o agente poderá optar por quaisquer delas e, excepcionalmente, quando restar improfícuo uma das modalidades ordinárias, poderá utilizar-se da modalidade editalícia, sendo que apenas a intimação por edital é que deve respeitar a ordem de preferência.

Confira-se, portanto, o que dispõe o artigo 23 do Decreto 70.235/72 na parte que aqui nos interessa:

“Decreto nº 70.235/72

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; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

[...]

§ 1º Quando resultar improfícuo 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: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

[...]

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. (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005).” (grifei).

De fato, a comunicação por edital é, por assim dizer, uma forma de intimação ficta ou presumida e, por isso mesmo, é considerada medida excepcional e deve ser utilizada apenas em duas hipóteses: (i) quando a intimação restar improfícuo por um dos meios ordinários – intimação pessoal, por via postal ou eletrônico – ou (ii) quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal. O edital, pois, é o instrumento de que a Administração se utiliza para tornar público o chamamento do contribuinte à repartição para cumprir determinada ordem, porque, sem ela, a eventual defesa do sujeito passivo ficaria prejudicada¹, de sorte que, quanto à primeira hipótese, o uso da intimação por edital somente será levada a efeito após a demonstração de que a tentativa de intimação por um dos meios ordinários restou infrutífera ou improfícuo.

¹ NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado (de acordo com a Lei nº 11.941, de 2009, e o Regimento Interno do CARF). 3. ed. São Paulo: Dialética, 2010, Não paginado.

Dito isto, observe-se que, no caso em apreço, a Autoridade fiscal entendeu por realizar a intimação do Acórdão recorrido n.º 09-31.867 por via postal, nos termos do artigo 23, inciso II do Decreto n.º 70.235/72, sendo que os Correios tentaram efetivar e realizar a respectiva intimação em três oportunidades, quais sejam, (i) dia 26/10/2010: 18:20 horas, (ii) dia 27/10/2010: 17:50 horas e, por fim, (iii) 28/10/2010: 18:20 horas, de modo que, no final, o Aviso de Recebimento – AR retornou ao destinatário com a informação “Ausente”, conforme se verifica das informações que foram apostas no documento de fls. 1.269. Inclusive, note-se que essas informações restaram confirmadas pela própria empresa *Wellus do Brasil* quando da apresentação da Manifestação de fls. 1.287/1.290.

Daí por que a Autoridade acabou entendendo por publicar o Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 o qual foi afixado em 24/11/2010 e restou desafixado em 15/12/2010 (fls. 1.270). Confira-se:

“EDITAL SACAT/DRF/VAR N.º 102/2010

Pelo presente Edital, nos termos do artigo n.º 23, § 1º (inciso II) e § 2º do Decreto n.º 70.235, de 06/03/1972, com redação dada pelo art. 113 da Lei n.º 11.196/2005, por resultarem improdutivas as tentativas da ciência por via postal, por se encontrar em local incerto e ignorado, fica o contribuinte abaixo citado CIENTIFICADO do teor da INT SACAT N.º 121/2010 e ACÓRDÃO N.º 09-31.867 – 4ª TURMA DA DRJ/JFA, referente ao processo n.º 10660.720039/2010-15.

[...]

NOME	WELLUS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA
CNPJ/CPF	07.151.429/0001-29
ENDEREÇO	RUA JOSÉ RIBEIRO BUENO, 100 – DIST. INDUSTRIAL, CLAUDIO GALVÃO NOGUEIRA VARGINHA/MG – CEP 37066405

Afixado no quadro de avisos da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Varginha/MG em 24/11/2010, sendo franqueado ao público.

Desafixado em 15/12/2010.”

Portanto, não restam dúvidas de que a publicação do Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 foi realizada com observância aos requisitos previstos no artigo 23, § 1º do Decreto n.º 70.235/72, já que, antes, a Autoridade tentou realizar a intimação da contribuinte quanto ao resultado do julgamento do Acórdão recorrido n.º 09-31.867 por via postal em 3 (três) oportunidades distintas, quais sejam, (i) dia 26/10/2010: 18:20 horas, (ii) dia 27/10/2010: 17:50 horas e, por fim, (iii) 28/10/2010: 18:20 horas, as quais foram realizadas junto ao endereço da empresa tal como consta na base de dados da Receita Federal (Rua José Ribeiro Bueno, 100, Distrito Industrial Claudio Nogueira, CEP 37.066-045, Varginha – MG).

A intimação da contribuinte através do Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 o qual, a rigor, foi afixado em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação em 24/11/2010 e desafixado em 15/12/2010, deve ser considerada válida e regular, já

que, no caso, a Autoridade demonstrou que a tentativa de intimação por via postal restou infrutífera ou improfícua, nos termos do que determina o próprio artigo 23, § 1º do Decreto n.º 70.235/72.

Fixadas essa premissas, resta-nos, agora, analisar a veracidade das alegações formuladas pela *Wellus do Brasil* no bojo da Manifestação de fls. 1.287/1.290 em que solicitou a reabertura de prazo para apresentação de Recurso Voluntário ao CARF em razão do erro cometido pelos Correios, podendo-se observar, de logo, que, na oportunidade, a empresa sustentou, basicamente, que jamais foi intimada, pessoalmente ou por via postal, do resultado do Acórdão recorrido n.º 09-31.867, já que o funcionário dos Correios compareceu à sede da empresa para intimá-la após o horário de expediente que termina as 17 horas. Confira-se:

“Que a empresa jamais foi intimada, pessoalmente ou pelo Correio, embora continue exercendo suas atividades normalmente no endereço de sempre (é uma fábrica). Algum tempo depois, a empresa foi surpreendida com o recebimento de uma intimação, via Correio, quando recebeu DARFs para pagamento do crédito tributário, e se dirigiu à Receita Federal, onde, dia 10/11/2011 (data em que lhe foi dada vista do processo), ficou sabendo que os Correios teriam informado não ter encontrado ninguém na fábrica por ocasião da tentativa de intimação sobre a decisão de primeira instância, ocorrida no Mês de outubro de 2010. O fato levou essa Delegacia a dar ciência do Acórdão para a interessada por Edital ado de 24/11/2011). Ocorre que, conforme pudemos observar no processo, o funcionário dos Correios esteve na empresa, para a intimação sobre o Acórdão da DRJ, por três vezes, sempre fora do horário de expediente da fábrica, que funciona até as 17 horas, todos os dias úteis:

A) Primeira tentativa da intimação: dia 26/10 às 18:20 horas

B) Segunda tentativa: dia 27/10 às 17:50 horas

C) Terceira tentativa: dia 28/10 às 18:20

É incrível que o funcionário dos Correios tenha comparecido ao Distrito Industrial de Varginha - onde muitas das empresas encerram o expediente às 17 horas -, não tenha se dado ao trabalho de se informar sobre o horário de funcionamento da fábrica, e sempre tenha comparecido já praticamente à noite, para tentar entregar a intimação.

Tanto a fábrica está e sempre esteve funcionando normalmente no seu endereço, que a outra intimação da Receita Federal, para entrega dos DARFS, foi recebida, assim como todas as demais correspondências de concessionárias públicas do mesmo mês de outubro de 2010, como por exemplo, contas de água e de luz, cuja cópias estão em anexo, e que são entregues também pelo Correio.

Para comprovar que a empresa esteve funcionando normalmente no período de 26 a 28 de outubro/2010, juntamos cópias autenticadas dos seguintes documentos:

1. Contas de água dos meses de outubro e novembro de 2010, indicando consumo, que foram recebidas normalmente pelo Correio.
2. Contas de energia elétrica de outubro e novembro de 2010, indicando consumo e que foram recebidas pelo Correio.
3. Correspondência do SERASA, sobre prestação de serviços, postada no Correio dia 26/10/2010, recebida normalmente pela empresa.
4. Notas fiscais de saída, emitidas pela empresa dias 25, 26, 27 e 28 de outubro de 2010, indicando funcionamento normal com saída de mercadorias da fábrica.”

O primeiro ponto que deve ser destacado é que as tentativas de intimação foram realizadas junto ao endereço da empresa tal como consta na base de dados da Receita Federal, qual seja, Rua José Ribeiro Bueno, 100, Distrito Industrial Claudio Nogueira, CEP 37.066-045,

Varginha – MG. E tanto é verdade que os documentos que foram carreados aos autos pela própria Wellus do Brasil quando da apresentação da aludida Manifestação atestam que, de fato, a empresa funcionava e exercera suas atividades empresarias no referido endereço.

Em segundo lugar, note-se que, ainda que os documentos anexados à Manifestação (fls. 1.292/1.306) possam atestar que a empresa exercera suas atividades empresarias na Rua José Ribeiro Bueno, 100, Distrito Industrial Claudio Nogueira, CEP 37.066-045, Varginha – MG, o fato é que, por outro lado, tais documentos não atestam e sequer comprovam que o horário de funcionamento da empresa em dias úteis se encerrava às 17 horas, tal como a empresa sustenta. Nenhum dos documentos apresentados juntamente com a Manifestação de fls. 1.287/1.290 comprovam a veracidade dessa linha de defesa, o que significa dizer, portanto, que as alegações formuladas pela empresa não estão amparadas em documentos comprobatórios e, portanto, nada comprovam.

E como é sabido, o ônus da prova incumbe àquele que alega, de acordo com o prescreve o artigo 373, II, da Lei n.º 13.105, de 16 de março 2015 – Código de Processo Civil, o qual deve ser aplicado, aqui, de forma subsidiária por força do artigo 15 do próprio Diploma². Veja-se:

“Lei n.º 13.105/2015

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

No mesmo sentido, o artigo 36 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, preceitua que caberá ao interessado a comprovação dos fatos que tenha alegado. Confira-se:

“Lei n.º 9.784/1999

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Com base em tais razões, deve-se concluir pela validade e regularidade do Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 (fls. 1.270), já que tal medida, de caráter excepcional, foi realizada corretamente e com observância dos requisitos constantes no artigo 23, § 1º do Decreto n.º 70.235/72.

2. Do juízo de Admissibilidade do Recurso Voluntário

Resta-nos, agora, analisar se o Recurso Voluntário apresentado pela *Wellus do Brasil* preenche os pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos para concluir se, de fato, o recurso pode ser conhecido e analisado.

² Cf. Lei n.º 13.105/2015. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Pois bem. No âmbito do processo administrativo fiscal, os prazos são contados em dias corridos e, portanto, o referido artigo 33 dispõe que da decisão de 1ª instância caberá recurso dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. Confira-se:

“Decreto n.º 70.235/72

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.”

Aliás, observe-se que o prazo de trinta dias a que alude o artigo 33 é contado à luz do que estabelece o artigo 5º do Decreto n. 70.235/72, cuja redação foi replicada no artigo 210 do Código Tributário Nacional. Veja-se:

“Decreto n. 70.235/72

Art. 5º Os prazos serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Lei n.º 5.172/66

Art. 210. Os prazos fixados nesta Lei ou legislação tributária serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o de vencimento.

Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal na repartição em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.”

A título de elucidação, registre-se que, ainda que os Recursos Voluntários tenham sido protocolado extemporaneamente, eles serão remetidos ao CARF para que os julgadores possam apreciar sua tempestividade. O recurso será recebido pelo Conselho e sua tempestividade será objeto de análise, sendo que a Turma julgadora apenas poderá adentrar no exame das questões meritorias se a questão preliminar relativa à perempção restar ultrapassada, conforme dispõe o artigo 35 do referido Decreto n.º 70.235/72³.

Fixadas essas premissas, perceba-se que, no caso concreto, a *Wellus do Brasil* foi intimada do resultado do Acórdão recorrido n.º 09-31.867 por meio do Edital SACAT/DRF/VAR n.º 102/2010 o qual foi afixado em 24/11/2010 e restou desafixado em 15/12/2010 (fls. 1.270), nos termos do que determina o artigo 23, § 2º, inciso IV do Decreto n.º 70.235/72. Com efeito, o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33 do referido Decreto n.º 70.235/72 começou a fluir em 16/12/2010 (quinta-feira) e findar-se-ia apenas em 14/01/2011 (sexta-feira), sendo que tanto a Manifestação de fls. 1.287/1.290, como, também, o próprio Recurso Voluntário de fls. 1.307/1.342 foram apresentados em 18/02/2011, do que se conclui que o Recurso foi apresentado fora do prazo previsto na legislação de regência.

³ Cf. Decreto n. 70.235/72. Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.

E tanto é assim que, através do Despacho de fls. 1.271, a Autoridade acabou lavrando o Termo de Perempção em que informou que o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias havia transcorrido e o interessado não havia apresentado Recurso. Veja-se:

“Ref.: Termo. de Perempção

Transcorrido o prazo regulamentar de 30 (trinta) dias (Decreto nº 70.235/1972, art. 33) e não tendo o interessado apresentado recurso à instância superior da decisão da autoridade de primeira instância, lavra-se este termo de perempção na forma da legislação vigente.

Esgotado o prazo da cobrança amigável, sem que tenha sido cumprida a exigência fiscal, o processo será encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva (art. 21, 3º do Decreto 70.235/1972).”

Considerando, pois, que o Recurso Voluntário não foi formalizado dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72, tem-se que o recurso não preenche o requisito extrínseco da tempestividade e, por isso mesmo, não deve ser objeto de conhecimento por parte desta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara. Em outras palavras, o Recurso Voluntário formalizado pela empresa *Wellus do Brasil* deve ser considerado perempto e/ou intempestivo e, portanto, não deve ser conhecido por esta Turma julgadora.

3. Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, entendo por não conhecer do Recurso Voluntário, já que sua apresentação foi realizada fora do prazo de 30 dias previsto no artigo 33 do Decreto nº 70.235/72.

(documento assinado digitalmente)

Sávio Salomão de Almeida Nóbrega