



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

Processo n° 12466.720134/2012-02
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 3402-003.673 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de dezembro de 2016
Matéria Embargos de Declaração
Embargante TROP COMÉRCIO EXTERIOR LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 13/07/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CONFIGURADA

Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão, contradição ou erro material porventura existentes no Acórdão, não servindo para a rediscussão da matéria já julgada pelo Colegiado no recurso.

Não demonstrada os pressupostos que ensejam a oposição de Embargos de Declaração, devem os mesmo serem rejeitados.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO

No caso do responsável solidário, não demonstrada os pressupostos que ensejam a oposição de embargos, devem os mesmo serem rejeitados.

Embargos Rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros deste Colegiado, por maioria de votos, em rejeitar os Embargos de Declaração, conforme o contido neste voto. Vencido o Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto, que apresentou declaração de voto. O Conselheiro Rodolfo Tsuboi participou do julgamento em substituição ao Conselheiro Diego Diniz Ribeiro, que se declarou impedido de votar.

(assinado digitalmente)

Antonio Carlos Atulim - Presidente

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os seguintes Conselheiros: Antônio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Carlos Augusto Daniel Neto, Maysa de Sa Pittondo Deligne, Maria Aparecida Martins de Paula, Diego Diniz Ribeiro, Thais de Laurentiis Galkowicz e Waldir Navarro Bezerra.

Proferiu sustentação oral pela embargante NEO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA (responsável solidária) a Dra. Diana Piatti Lobo, OAB nº 241.582/SP.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração, tempestivos, com fulcro no art. 65 do RICARF, opostos pelos seguintes Embargantes: **TROP** Comércio Exterior Ltda, às fls. 3.040/3.045, protocolado em 23/05/2016 e **NEO** Importação, Exportação e Distribuição Ltda (responsável solidário), às fls. 3.050/3.055, protocolado em 24/05/2016, em face do Acórdão nº 3402-003.046, de 28/04/2016, que por unanimidade de votos, não tomou conhecimento dos recursos voluntários apresentados, por serem intempestivos, nos termos do relatório e do voto que integram o referido julgado.

O processo trata de Auto de infração lavrado contra a **TROP**, sob as seguintes acusações: (i) interposição fraudulenta de terceiro nas operações de comércio exterior; e (ii) uso de documento falso no despacho aduaneiro, em razão da declaração da TROP de que a importação, embora tivesse sido contratada pela modalidade de encomenda, teria se efetivado pela forma direta. Com isso, foi imposta multa substitutiva à pena de perdimento das mercadorias, correspondente a 100% (cem por cento) do valor das mercadorias importadas. A NEO Importação Exportação e Distribuição Ltda. ("NEO"), assim como a empresa Multiaços Industria e Comércio de Produtos Técnicos Ltda. ("MULTIAÇOS") e o Sr. Marcelo Gonçalves Araújo, representante no Brasil do exportador das mercadorias importadas, foram apontados pelo Fisco como responsáveis solidários.

Da ementa do respectivo Acórdão embargado, constou o seguinte:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Data do fato gerador: 13/07/2010

RECURSO VOLUNTÁRIO. PRAZO. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

O prazo legal para interposição de recurso voluntário é de trinta dias contado da intimação da decisão recorrida. Tendo a Contribuinte interposto o recurso voluntário fora do prazo legal, sem provar a ocorrência de causa impeditiva, o recurso não pode ser conhecido.

INTIMAÇÃO VIA POSTAL. INEFICÁCIA. CIÊNCIA POR EDITAL. RECURSO INTEMPESTIVO.

Hipótese em que a Administração agiu de acordo com o art. 23, §§ 1º e 4º, do Decreto nº 70.235/1972, na medida em que intimou

o contribuinte por edital tão somente após caracterizada a ineficácia da comunicação via postal.

É intempestiva o recurso ofertado após o decurso do prazo estabelecido na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Para efeito de contagem do prazo de 30 dias para impugnar, considera-se feita a intimação 15 (quinze) dias após a publicação do Edital, se este for o meio utilizado para tanto.

Recursos Voluntários não Conhecidos.

As embargantes sustentam que teria havido vícios de omissão e contradição no voto condutor do Acórdão embargado e, portanto, nos termos do art. 66, do RICARF, requer a correção dos vícios apontados, baseando-se nas razões que podem ser assim resumidas, por Embargantes:

(i) TROP Comércio Exterior Ltda

(a) Alega que o primeiro fundamento apresentado pela TROP em sua preliminar recursal de nulidade da intimação e em relação ao qual não houve apreciação, refere-se à falta de comunicação expressa da RFB, informando que neste PAF os atos seriam praticados de forma eletrônica, conforme determina a Portaria SRF nº 259, de 2006; que a comunicação expressa pela RFB é requisito indispensável à opção pela intimação na modalidade eletrônica, nos termos da referida Portaria.

Ressalta que é nesse específico ponto, que o acórdão incorreu em omissão, na medida em que deixou de trazer fundamentos jurídicos que justifiquem o afastamento da regra decorrente da referida Portaria, sustentando, tão somente, que a mera abertura de documento na plataforma do e-CAC, configuraria como válida a intimação na forma eletrônica.

(b) O segundo fundamento que se mostra omisso e contraditório, reside no fato de que, muito embora a própria Turma reconheça que a TROP foi obrigada a aderir ao DTE para cumprir requisito atinente estritamente a sua habilitação no SISCOMEX, nos termos da IN RFB nº 1.288/2012 e do ADE nº 33/2012, defende que caberia à TROP comprovar que não existe termo formal neste processo administrativo que ratifique a possibilidade da intimação na modalidade eletrônica e cita trecho do acórdão nesse sentido.

Afirma que não cabe ao contribuinte demonstrar que o fato não ocorreu, mas à Fiscalização. Além de reconhecer, e ao mesmo tempo afastar, o fundamento de que a TROP aderiu ao DTE para finalidade única de atender exigência do SISCOMEX, o que revela vício de contradição, acaba por justificar sua decisão na necessidade de produção de prova impossível (pretende que a TROP apresente documento comprovando que não optou pela adesão ao DTE, para este específico processo).

(ii) NEO Importação, Exportação e Distribuição Ltda (NEO)

(a) Alega que tanto a Turma como a NEO reconhecem que, nos termos do §1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, a intimação pela modalidade por Edital só se perfaz pela preexistência de tentativa válida de qualquer outra intimação indicada no *caput* do referido art. 23, como, por exemplo, a via postal. Não se discute a forma que se deu a intimação por Edital, mas sim, se efetivamente houve tentativa anterior de intimação válida que ensejasse o Edital. É exatamente nesse ponto que decorre, a omissão e a contradição incorridas pela Turma.

Informa que a NEO esclareceu, que a tentativa postal não foi suficiente a justificar a sua intimação pela modalidade do edital, porque a tentativa não foi válida. Aduz que, em seu recurso, demonstrou, que **(i)** o AR foi devolvido sem nenhuma assinatura; **(ii)** não é possível compreender a razão da devolução por estar ilegível; **(iii)** não foram cumpridas as três tentativas de intimação, como manda o próprio modelo de AR.

(b) Além disso, também incorreu em contradição ao tentar justificar a legitimidade da intimação da empresa. Ao mesmo tempo que a Turma afirma que o AR enviado à NEO *"foi devolvido ao remetente por não ter sido encontrado o seu destinatário"*, justifica a regularidade da intimação a pretexto de que *"basta o recebimento do AR no endereço do contribuinte para que a ciência da notificação via postal seja oficializada, mesmo que a pessoa quem assinou o recibo da ECT (correios) não seja o próprio contribuinte"*.

A justificativa dada é contrária à evidência dos autos, pois: *"[...] (i) Não há nos autos qualquer prova de que o AR enviado foi recebido pela NEO, ainda que por pessoa que não seja responsável da empresa. Diferente da afirmação da C. Câmara, o AR foi devolvido sem que fosse possível identificar o motivo e sem nenhuma assinatura, e (ii) Não há nos autos qualquer prova de que o AR foi devolvido por não ter sido encontrado o destinatário. Pelo contrário, a NEO comprovou que na data indicada no AR o porteiro e o funcionário da empresa estavam no local e não registraram qualquer diligência de agente dos correios"*.

Por todos os fundamentos, não se justifica, a intimação por Edital sem que se perseguisse a tentativa de intimação válida da NEO pelas outras modalidades de intimação. A tentativa de intimação postal não ocorreu, não se tentou a intimação pessoal da empresa, muito menos a intimação (pessoal ou postal) de seu representante legal, e, ainda, sequer existiu a tentativa de se intimar a empresa por via postal em dias e horários diferentes.

Alega em resumo que, em face destes elementos, que o Acórdão embargado não se manifestou expressamente sobre essas questões, por isso as Embargantes requer que sejam providos os embargos, para que sejam sanadas as omissões e contradições arguidas.

Nesse contexto, os embargos foram, então, admitidos pelo Presidente desta 2ª Turma Ordinária, conforme o Despacho de fls. 3.072/3.073.

É, em apertada síntese, o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Navarro Bezerra, Relator

Nos termos do art. 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015 - RICARF, cabem Embargos de Declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma, e poderão ser opostos, mediante petição fundamentada, no prazo de 5 dias contados da ciência do acórdão.

Verifica-se que os embargos são tempestivos e atendem aos demais pressupostos para seu cabimento, de modo que deles tomo conhecimento, embora, em seu mérito, não merecem guarida. Para tanto, faço alguns esclarecimentos que entendo ser necessários.

(i) TROP Comércio Exterior Ltda

Quanto ao item **(i)**, letra '**a**' - Com referência ao primeiro argumento apresentado pela **TROP**, referente à falta de comunicação expressa da RFB informando que neste PAF, os atos seriam praticados de forma eletrônica, conforme determina a Portaria SRF nº 259, de 2006 e que a comunicação expressa pela RFB é requisito indispensável à opção pela intimação na modalidade eletrônica, e que em relação a este assunto não houve apreciação da Turma, entendo que não assiste razão a Embargante, e explico para melhor esclarecer essa questão.

Como já verificado nos autos, o ato que sobreveio à opção pelo DTE (intimação), foi feito eletronicamente, mediante a disponibilização da decisão da DRJ, na Caixa Postal eletrônica (e-CAC) da TROP.

Entretanto, cumpre-se averiguar o argumento central da manifestação da Embargante neste tópico (fls. 3.040/3.045), qual seja: quanto aos termos da Portaria SRF nº 259/2006, que determina a comunicação expressa pela RFB, que seria requisito indispensável à opção pela intimação na modalidade eletrônica, nos termos da referida Portaria.

Primeiramente, destaca-se o conteúdo da norma em questão:

Art. 1º O encaminhamento, de forma eletrônica, de atos e termos processuais pelo sujeito passivo ou pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) será realizado conforme o disposto nesta Portaria. (Redação dada pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

(...)

§ 3º Para efeito do disposto no caput, a RFB informará ao sujeito passivo o processo no qual será permitida a prática de atos de forma eletrônica. (Incluído(a) pelo(a) Portaria RFB nº 574, de 10 de fevereiro de 2009)

Pois bem. Veja que a Receita Federal cumpriu o citado mandamento normativo. Foi informado o âmbito de aplicação do encaminhamento de atos e termos processuais eletronicamente por meio do "Termo de Opção ao DTE".

Sobre a opção do domicílio tributário eletrônico, o artigo 4º da Portaria SRF nº 259, de 2006, possui a seguinte redação, conferida pela Portaria RFB nº 574, de 2009:

Art. 4º A intimação por meio eletrônico, com prova de recebimento, será efetuada pela RFB mediante:

I - envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou

II - registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso I, considera-se domicílio tributário do sujeito passivo a Caixa Postal a ele atribuída pela administração tributária e disponibilizada no e-CAC, desde que o sujeito passivo expressamente o autorize.

§ 2º A autorização a que se refere o § 1º dar-se-á mediante envio pelo sujeito passivo à RFB de Termo de Opção, por meio do e-CAC, sendo-lhe informadas as normas e condições de utilização e manutenção de seu endereço eletrônico. (grifei)

Disto já se pode concluir que **é necessária expressa opção do contribuinte** para que o seu domicílio eletrônico passe a ser utilizado pela Administração Tributária (RFB) para realizar as intimações. Ressalta-se que **esta opção é feita formalmente, mediante o Termo de Opção** citado no §2º do artigo 4º da Portaria acima.

O referido "Termo de Opção", foi objeto de regulamentação detalhada pela RFB, por meio da Instrução Normativa SRF nº 664, de 21 de julho de 2006, *in verbis*:

"Aprova o Termo de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico e o Termo de Cancelamento de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico, para efeito de comunicação de atos oficiais por meio eletrônico no âmbito da Secretaria da Receita Federal".

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso da atribuição que lhe confere o art. 230 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal, aprovado pela Portaria MF nº 30, de 25 de fevereiro de 2005, e tendo em vista o disposto nos arts. 2º e 23 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação do art. 113 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e no art. 4º da Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006, resolve:

Art. 1º Ficam aprovados o Termo de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico e o Termo de Cancelamento de Opção por Domicílio Tributário Eletrônico constantes, respectivamente, dos Anexos I e II.

§ 1º Os Termos a que se refere o caput estão disponíveis no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC), na página da Secretaria da Receita Federal na Internet, no endereço

§ 2º Para acesso ao e-CAC é obrigatória a utilização de certificado digital válido, conforme disposto no art. 1º da Instrução Normativa SRF nº 580, de 12 de dezembro de 2005.

Art. 2º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO I - TERMO DE OPÇÃO POR DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO ELETRÔNICO NI

(dados de identificação do sujeito passivo obtidos automaticamente) Nome/Nome Empresarial

"Autorizo a Secretaria da Receita Federal a enviar comunicação de atos oficiais para minha caixa postal eletrônica disponibilizada no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (e-CAC), no endereço, a qual será considerada domicílio tributário eletrônico.

Fico ciente de que o prazo para ser considerado intimado é de 15 (quinze) dias contados da data em que a comunicação for registrada em minha caixa postal eletrônica, a qual ficará disponível pelo prazo de 5 (cinco) anos, salvo se apagada manualmente". (grifei)

Responsável legal perante a SRF <dados de identificação obtidos automaticamente>:

NOME CPF Local e Data Fundamentação Legal: arts. 2º e 23, III, "a", e § 4º, II, do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972, com a redação do art. 113 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; e Portaria SRF nº 259, de 13 de março de 2006.

Ou seja, para ser intimado pelo meio eletrônico é necessário que o contribuinte tenha autorizado tal comportamento, segundo inteligência do artigo 23, § 4º, I e II e § 5º do Decreto 70.235/72.

Pela leitura do artigo 4º, §2º da Portaria RFB nº 574, de 2009, não há dúvida de que uma das funções do "Termo de Opção" do DTE, é justamente informar os contribuintes sobre seus termos e condições de uso. Nesse sentido, o texto do Termo de Opção, instituído pelo Anexo I da Instrução Normativa SRF nº 664, de 2006, expressamente coloca que todos os atos oficiais, indistintamente, serão comunicados pela postagem na caixa eletrônica do contribuinte no e-CAC. Em outras palavras, o Termo de Opção ao DTE informa que todos os atos, de todos os processos que relacionam o contribuinte à Receita Federal, ocorrerão eletronicamente. O contribuinte autoriza que assim seja e fica ciente dos prazos estabelecidos pela legislação para tais intimações eletrônicas.

Por essas razões, faz-se os referidos esclarecimentos no voto e não há que se falar em descumprimento da Portaria SRF nº 259, de 2006, uma vez que tendo o Embargante sido regularmente intimado em seu DTE, e apresentado Recurso Voluntário fora do trintídio legal, o Recurso objeto do Acórdão embargado é intempestivo, razão pela qual não foi conhecido pela Turma.

Quanto ao item (i), letra 'b' - alega a Embargante que se mostra **omisso e contraditório**, o fato de que, muito embora a própria Turma reconheça que a TROP foi "obrigada" a aderir ao DTE para cumprir requisito atinente estritamente a sua habilitação no SISCOMEX, nos termos da IN RFB nº 1.288/2012 e do ADE nº 33/2012, defende que caberia à TROP comprovar que não existe termo formal (Termo de Opção) neste processo administrativo, que ratifique a possibilidade da intimação na modalidade eletrônica. Não cabe a embargante fazer prova que não fez a adesão e sim o Fisco.

Pois bem. Também não vislumbro omissão e contradição na decisão. Explico.

Como já visto no tópico anterior, o referido "Termo de Opção", foi objeto de regulamentação detalhada pela RFB, por meio da Instrução Normativa SRF nº 664, de 2006, portanto, **obrigatório** para se habilitar e operar no Comércio Exterior.

E, para tal finalidade, é necessária expressa opção do contribuinte para que o seu domicílio eletrônico passe a ser utilizado pela Administração Tributária (RFB) para realizar as intimações. Ressalta-se que esta opção é feita formalmente, mediante o Termo de Opção citado no §2º do artigo 4º da Portaria RFB nº 574, de 2009.

Em resumo, para ser intimado pelo meio eletrônico é necessário que o contribuinte **tenha autorizado tal comportamento**, segundo inteligência do artigo 23, § 4º, I e II e § 5º do Decreto 70.235/72.

(ii) NEO Importação, Exportação e Distribuição Ltda (NEO)

Quanto ao item (ii), letra 'a' - Alega que tanto a Turma como a NEO reconhecem que, nos termos do §1º do art. 23 do Decreto nº 70.235/72, a intimação pela modalidade por Edital só se perfaz pela preexistência de tentativa válida de qualquer outra intimação indicada no *caput* do referido art. 23, como, por exemplo, a via postal. Não se discute a forma que se deu a intimação por Edital, mas sim, se efetivamente houve tentativa anterior de intimação válida que ensejasse o Edital. É exatamente nesse ponto que decorre, a omissão e a contradição incorridas pela Turma. Insiste que a tentativa postal não foi suficiente a justificar a sua intimação pela modalidade do Edital, porque a tentativa não foi válida.

No entanto, verifica-se que no Acórdão recorrido ao tratar desse tema, consignou-se que (fl. 3.005) - grifei:

"(...) em relação a Recorrente NEO IMPORTAÇÃO, a referida Intimação, identificando o seu nº e o nº do PAF respectivo, foi postada via Sedex-AR-Correios, como pode se verificar no documento (fl. 2.670), para o endereço cadastral da empresa constante da RFB (conforme tela extrato fl. 2.672), no entanto, o referido AR foi devolvido ao remetente, por não ter sido encontrado seu destinatário, conforme se constata no recibo AR às fls. 2.670/2.672 e 2.705/2.707. (...).

Em consequência da devolução do AR "ao Remetente", a ALF/Porto de Vitória (ES), decidiu, então, intimar a NEO IMPORTAÇÃO, pelo EDITAL nº 102/2014, de 22 de agosto de 2014, sendo afixado em 22 de agosto de 2014 (fl. 2.673). A ciência será considerada a partir do 16º dia contado da data de afixação, produzindo-se, a partir daí, todos os efeitos legais decorrentes".

Observa-se, portanto, que a RFB tentou intimar (via AR - Correios) a Embargante (NEO) acerca do resultado do julgamento da DRJ, no endereço cadastrado nos sistemas informatizados da Administração Tributária (RFB), sendo improficuo a tentativa, decidiu-se, então, intimar por Edital, tudo conforme define a legislação.

Quanto ao item (ii), letra 'b' - Alega que o Acórdão embargado também incorreu em **contradição** ao tentar justificar a legitimidade da intimação da empresa. Ao mesmo tempo que a Turma afirma que o AR enviado à NEO *"(...) foi devolvido ao remetente por não ter sido encontrado o seu destinatário"*, justifica a regularidade da intimação a pretexto de que *"(...) basta o recebimento do AR no endereço do contribuinte para que a ciência da notificação via postal seja oficializada, mesmo que a pessoa quem assinou o recibo da ECT (correios) não seja o próprio contribuinte"*.

Ora, não vejo nenhuma contradição a esse respeito no Acórdão, uma vez que o texto tratado pela Embargante como para *"tentar justificar a legitimidade da intimação da empresa"*, nada mais é do que uma introdução, uma contextualização, feita pelo Relator, ao tratar da matéria sobre as intimações, abordando na sequência suas modalidades, como no parágrafo seguinte, adiante reproduzido: *"Como já visto nestes autos, vale ressaltar que são três os meios de intimação consagrados na norma em questão: i) pessoal; ii) por via postal ou similar, desde que se obtenha prova de recebimento da cientificação no domicílio tributário do sujeito passivo e iii) por meio eletrônico" (...).*

É cediço que o objeto dos embargos tem como fulcro permitir que a decisão seja a mais hígida possível, de modo a permitir sua execução, sem margem à dúvida, quer quanto ao seu teor quer quanto à sua liquidação.

No caso, em específico, entendo que tanto os Embargos da TROP como o da NEO, vêm sendo manejados com o fim de que seja novamente julgado o que já foi, como se

Processo nº 12466.720134/2012-02
Acórdão n.º **3402-003.673**

S3-C4T2
Fl. 3.097

tratassem de embargos com conteúdo infringentes, natureza que lhes falecem. Ou seja, esse é o teor dos presentes embargos: "rejulgar" o já julgado.

O que os embargantes pretendem, equivocadamente, agitando recurso impróprio, é fazer valer sua pretensão a qualquer custo. No entanto, para tal fim, satisfeitos seus requisitos, há que se valer do Recurso próprio endereçado à CSRF deste CARF.

Conclusão

Posto isto, pelos fundamentos acima expostos, voto no sentido de conhecer dos embargos declaratórios, contudo, **REJEITANDO-OS**, mantendo-se o resultado do julgamento do Acórdão nº 3402-003.046, de 28/04/2016 ora embargado.

É como voto.

(assinatura digital)

Waldir Navarro Bezerra.

Declaração de Voto

Conselheiro Carlos Augusto Daniel Neto

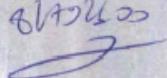
Peço vênia para divergir do Ilustre Relator acerca dos Embargos de Declaração opostos pela Contribuinte. Entendeu este Colegiado no acórdão embargado o seguinte:

*Em relação a Recorrente **NEO IMPORTAÇÃO**, a referida intimação, identificando o n° da Intimação e o n° do PAF respectivo, foi postada via Sedex-AR Correios, como pode se verificar no documento (fl. 2.670), para o endereço cadastral da empresa constante da RFB (tela extrato fl. 2.672), no entanto, o referido AR foi devolvido ao remetente, por não ter sido encontrado seu destinatário (fls. 2.670/2.672 e 2.705/2.707).*

Em consequência desse fato, foi prolatado e a NEO IMPORTAÇÃO intimada por EDITAL n° 102/2014, de 22 de agosto de 2014, sendo afixado em 22 de agosto de 2014 (fl. 2.673). A ciência será considerada no 16° dia contado da data de afixação, produzindo-se, a partir daí, todos os efeitos legais decorrentes.

Entenderam os julgadores que o fato do destinatário não ter sido localizado em seu domicílio fiscal autorizaria a utilização da intimação editalícia, por ter sido improficua a intimação postal. Todavia, parece haver no caso uma contradição do acórdão com os documentos acostados nos autos, especialmente o AR da referida intimação.

Vejamos o AR relativo à intimação da decisão da DRJ, em fl. 2670:

CORREIOS		AR AVISO DE RECEBIMENTO	AGENCIA GCTCE VITORIA	CONTRATO
		14.751.002		9912345903
DESTINATARIO: NEO IMPORT. E EXPORT. S DISTRIBUIDORA LTDA Rodovia BR-101 Norte Contorno KM 280 , S/N PORTARIA B SALA 22 - PORTO ENGENHO I 29158-001 Cariacica - ES AR308844173DG 		TENTATIVAS DE ENTREGA 1ª DATA ___/___/___ : ___ h 2ª DATA ___/___/___ : ___ h 3ª DATA ___/___/___ : ___ h		CARIMBO UNIDADE DE ENTREGA  RUBRICA E MATRICULA DO CARTEIRO 
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR ALF/VIT/ES/SACAT Rua Governador José Sette, 176 ED. SEDE (JUPARANA) - Centro 29010-480 Vitória - ES		MOTIVO DA DEVOLUÇÃO <input type="checkbox"/> 1 Mudou-se <input type="checkbox"/> 2 End. Insuficiente <input type="checkbox"/> 3 Não Existe o N° <input type="checkbox"/> 4 Desconhecido <input checked="" type="checkbox"/> 5 Outros <i>Firma Desconhecida</i> <input type="checkbox"/> 6 Recusado <input type="checkbox"/> 7 Não Procurado <input type="checkbox"/> 8 Ausente <input type="checkbox"/> 9 Falecido		
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL) INTIMAÇÃO SACAT Nº 319/2014 PROCESSO Nº 13466 226124/2012-02		DATA DE ENTREGA		
ASSINATURA DO RECEBEDOR		Nº DOCUMENTO DE IDENTIDADE		
NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR				

Processo nº 12466.720134/2012-02
Acórdão n.º 3402-003.673

S3-C4T2
Fl. 3.098

Como se verifica, o motivo da devolução **não** é a ausência do destinatário, mas sim o motivo "**outros**", com uma especificação absolutamente ilegível, o que impede a verificação do motivo da intimação não ter sido realizada.

O mesmo se repete, inclusive, com o AR da intimação da Carta de Cobrança, em fl. 2705:

CORREIOS AR AVISO DE RECEBIMENTO		AGÊNCIA GCTCE VITORIA 14.751.002	CONTRATO 9912345903
DESTINATÁRIO: NEO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA Rodovia BR-101 Norte Contorno KM 280 , S/N PORTARIA B - SALA 22 - PORTO ENGENHO 29158-001 Cariacica - ES AR308846205DG 		TENTATIVAS DE ENTREGA 1ª DATA ___/___/___ : ___ h 2ª DATA ___/___/___ : ___ h 3ª DATA ___/___/___ : ___ h	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR ALF/VIT/ES/SACAT Rua Governador José Sette , 176 ED. SEDE (JUPARANA) - Centro 29010-480 Vitória - ES		MOTIVO DA DEVOLUÇÃO <input type="checkbox"/> Mudou-se <input type="checkbox"/> End. Insuficiente <input type="checkbox"/> Não Existe o Nº <input type="checkbox"/> Desconhecido <input checked="" type="checkbox"/> Outros <i>Flama Desconhecida</i> <input type="checkbox"/> Recusado <input type="checkbox"/> Não Procurado <input type="checkbox"/> Ausente <input type="checkbox"/> Falecido	
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL) CARTA COBRANÇA SACAT Nº: 135/2014 (R.TS). PROCESSO Nº: 12466.720134/2012-02 ASSINATURA DO RECEBEDOR _____ NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR _____		DATA DE ENTREGA _____ Nº DOCUMENTO DE IDENTIDADE _____	
		CARIMBO UNIDADE DE ENTREGA CDD - ITACIBA 15 OUT 2014 CARIACICA-ES RUBRICA E MATRÍCULA DO CARTEIRO <i>825113</i>	

Novamente, a devolução do AR se dá sob o mesmo motivo do anterior, igualmente ilegível e impossibilitando o controle da regularidade da atividade intimatória.

Peculiarmente, verificamos que o mesmo carteiro foi responsável pelas duas intimações que restaram "improficuas". Tal fato poderia ser tratado como despiciendo, mas ganha relevância diante da intimação realizada do Auto de Infração, cujo AR consta de fl. 1020:

CORREIOS AR AVISO DE RECEBIMENTO		AGÊNCIA AC CENTRAL DE VITORIA 14.300.010	CONTRATO 9912233266
DESTINATÁRIO: NEO IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA Rodovia BR-101 Norte Contorno , S/N KM 280, PORTARIA B, SALA 22 - Porto Engenho 29158-001 Cariacica - ES SZ 28607168 7 BR 		TENTATIVAS DE ENTREGA 1ª DATA ___/___/___ : ___ h 2ª DATA ___/___/___ : ___ h 3ª DATA ___/___/___ : ___ h	
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR ALF-ANDEGA/VIT/ES/EFA 3 Rua Governador José Sette , 176 Centro 29010-480 Vitória - ES		MOTIVO DA DEVOLUÇÃO <input type="checkbox"/> Mudou-se <input type="checkbox"/> End. Insuficiente <input type="checkbox"/> Não Existe o Nº <input type="checkbox"/> Desconhecido <input type="checkbox"/> Outros <input type="checkbox"/> Recusado <input type="checkbox"/> Não Procurado <input type="checkbox"/> Ausente <input type="checkbox"/> Falecido	
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL) AUTO DE INFRAÇÃO E TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA, PROCESSO N.º 12466720134/2012-02 ASSINATURA DO RECEBEDOR <i>Alvaro Carneiro</i> NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR <i>Alvaro Carneiro</i>		DATA DE ENTREGA <i>17/01/14</i> Nº DOCUMENTO DE IDENTIDADE <i>29458765</i>	
		CARIMBO UNIDADE DE ENTREGA CDD / CCA 17 JAN 2012 CARIACICA-ES RUBRICA E MATRÍCULA DO CARTEIRO <i>825113</i>	

Nesse caso, a intimação foi feita exatamente no mesmo endereço que as intimações posteriores e restou plenamente adequada para garantir a ciência inequívoca do

Contribuinte acerca da autuação realizada. A peculiaridade que a distingue dos demais é o fato de ter sido realizada por **outro carteiro**, conforme matrícula inscrita no documento.

Não se pretende aqui realizar uma sindicância da atividade do carteiro responsável pelas duas últimas intimações, mas o desfecho diferente da primeira intimação (apesar da empresa ainda estar no mesmo endereço), as intimações terem sido feitas pela mesma pessoa, e a motivação ilegível da devolução do AR, servem de fortes indícios de que, citando Shakespeare e seu Hamlet, "*há algo de podre no reino da Dinamarca*".

Deve-se ter em mente sempre os artigos 2º, par. único, X, e 3º, II, ambos da Lei nº 9.784/1999, *verbis*:

Art. 2ºA Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

*Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:***

*X - **garantia dos direitos à comunicação**, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;*

***Art. 3ºO administrado tem os seguintes direitos perante a Administração**, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:*

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

A enunciação expressa dos direitos do contribuinte às informações relativas ao processo de que é parte encontra respaldo específico no capítulo relativo à comunicação dos atos administrativos, reafirmando a necessidade de uma ciência inequívoca do interessado, especialmente no art. 26, § 3º da Lei 9.784/99, *verbis*:

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 3ºA intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio QUE ASSEGURE A CERTEZA DA CIÊNCIA DO INTERESSADO.

O dispositivo é enfático! Não basta aparência de intimação, mas sim uma atuação diligente e suficiente a garantir a ciência do Contribuinte, que o é o objetivo inafastável desse ato. Ou seja, diferentemente do ponto colocado pelo relator, não "basta o recebimento do AR no endereço do contribuinte para que a ciência da notificação seja oficializada", é preciso que, mesmo nos casos de não cumprimento, o mesmo seja **motivado**.

É ônus da Administração Pública demonstrar que a intimação postal restou imprecisa, socorrendo-se da motivação apresentada pelo agente dos correios que, nesse mister público, lhe faz as vezes. Por isso mesmo é que pode o contribuinte, diante da verificação de que a intimação postal com AR não foi cumprida por desídia dos correios ou de seus agentes,

pode se insurgir contra essa falha procedimental, salvo nas hipóteses em que sua presença, por si só, supra o vício.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em diversas ocasiões, especialmente no REsp 1.296.067/ES, assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INTIMAÇÃO POR EDITAL. ART. 23, §1º DO DECRETO Nº 70.235/72. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DE INTIMAÇÃO POSTAL IMPROFÍCUA POR DESÍDIA DOS CORREIOS. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A lei aplicável ao caso concreto é clara ao permitir a intimação por edital no processo administrativo fiscal somente quando resultar improfícua a intimação via postal intentada (art. 23, §1º, do Decreto n. 70.235/72).

2. No caso concreto, consoante pressuposto fático fixado pela Corte de Origem, a intimação via postal restou sem proveito porque houve desídia dos Correios ao insistir em entregar a correspondência em horário que sabidamente a empresa não estava em funcionamento.

3. Os pressupostos fáticos fixados pela Corte de Origem não podem ser reavaliados em sede de recurso especial, tal o teor da Súmula n.

7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1296067/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 14/09/2012)

Como consignado por esta Corte Superior, não basta o cumprimento "protocolar" da intimação, mas a mesma deve se dar com possibilidade de efetivamente garantir a ciência do contribuinte, como é exigido pela Lei nº 9.784/99.

Novamente, frise-se que a lei exige **certeza** da ciência, ou pelo menos do cumprimento adequado e substancialmente apto a alcançar o contribuinte, e diante dos indícios apresentados e da ausência de motivação do retorno do AR, não é possível atestar tal requisito acima de qualquer dúvida - pelo contrário, temo-la bastante razoável no caso em tela.

Portanto, diante da contradição entre o fundamento apresentado pelo Ilustre Relator para a legitimidade da intimação editalícia e as provas dos autos, cuja existência fora afirmada em recurso voluntário e não fora devidamente enfrentada, entendo haver omissão sanável através dos presentes embargos.

Assim, conheço dos Embargos de Declaração, para dar provimento, considerando tempestivo o Recurso Voluntário do Contribuinte.

É como voto.

