



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10820.001015/2007-70
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2002-006.512 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Turma Extraordinária
Sessão de 24 de agosto de 2021
Recorrente LATICÍNIOS MILKLINS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1998 a 28/02/2005

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. CIÊNCIA A APENAS UM DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VALIDADE.

É válida a intimação do lançamento tributário assinada pessoalmente por um dos sócios da pessoa jurídica, quando este sócio assina intimações ao logo de todo o procedimento fiscal e não resta demonstrado prejuízo à defesa do sujeito passivo.

DECADÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA CUJA APRECIÇÃO DEVA SE DAR DE OFÍCIO, EM QUALQUER INSTÂNCIA.

Ainda que não tenha suscitada nas razões de impugnação, a sua alegação por ocasião apenas da interposição do recurso voluntário não impede seu conhecimento, já que se trata de matéria de ordem pública apreciável a qualquer tempo, conforme preceitua o art.342, II, do CPC.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE DO STF.

A Súmula Vinculante nº 8 do STF declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, razão pela qual deve ser aplicado o prazo decadencial de cinco anos, previsto no CTN.

DECADÊNCIA. CONTAGEM DE PRAZO.

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para reconhecer a decadência relativa às competências 10/1998 a 11/2001.

(documento assinado digitalmente)

Mônica Renata Mello Ferreira Stoll - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Diogo Cristian Denny – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mônica Renata Mello Ferreira Stoll (Presidente), Diogo Cristian Denny, Thiago Duca Amoni e Virgílio Cansino Gil.

Relatório

Reproduzo o bem lançado relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD DEBCAD 35.906.101-0, lavrada em 19/12/2006 em substituição à NFLD DEBCAD 35.708.994-4, de 20/02/2006, anulada administrativamente pela Decisão - Notificação 21.421.0/0329/2006.

O lançamento fiscal refere-se às contribuições sociais devidas pela empresa à Seguridade Social incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, alíquota devida para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT), e contribuições destinadas a outras entidades e fundos - Terceiros (salário educação e INCRA), no montante de R\$ 47.874,35 (quarenta e sete mil, oitocentos e setenta e quatro reais e trinta e cinco centavos), apuradas com base em Fichas de Registro de Empregados, folhas de pagamento de empregados e autônomos, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social — GFIP, Termos de Rescisão de Contrato de Trabalho, recibos de pagamento dos empregados, livros diários e razão e demais documentos colocados à disposição da fiscalização.

Esclareceu a autoridade lançadora que as guias de recolhimento GPS código 2100 do período 06/1999 a 02/2005 foram aproveitadas parcialmente (conforme demonstrativos anexos às fls. 77/81), em decorrência de parte desses recolhimentos se referirem a contribuintes individuais fretistas autônomos cujo aproveitamento da parcela correspondente das GPS já fora efetuado quando da lavratura da NFLD 35.708.962-6, de 28/06/2005.

A notificada apresentou impugnação formulando, em síntese, as seguintes considerações:

- É nula a notificação, pois a citação e intimação do contribuinte realizaram-se na pessoa de um único sócio, sendo que no contrato social da empresa está disposto que todos os papéis e documentos da sociedade serão assinados em conjunto por dois conselheiros.

- Analisando os relatórios RDA, DAD e DSD foram encontrados resultados diversos daqueles lançados, conforme apresentado em planilha de cálculo comparativa e demonstrativa.
- Existem meses nos quais os valores apurados pela fiscalização e pela empresa são idênticos; em outros, os valores apurados pela empresa são menores ou vice-versa.
- Deve ser considerada a análise de meses que não integram a FLD, podendo a mesma resultar em saldo credor que possa até zerar o débito apurado ou gerar crédito a favor da empresa.
- Nas competências que relaciona em sua impugnação as diferenças apuradas representam exatamente 0,60% da folha de pagamento.
- Deve ser julgada nula a NFLD pelos mesmos motivos da nulidade declarada nas decisões anteriores (cita inclusive a Decisão-Notificação 21.421.0/0329/2006), já que se trata da mesma auditoria em todos os aspectos.
- Os relatórios CORESP e VÍNCULOS estão divergentes do atual quadro societário da empresa.

Ao final, pleiteia como medida de Justiça o acolhimento da peça impugnatória e traz aos autos os documentos de fls. 99/152.

Mediante o despacho de fls. 155, os autos foram encaminhados pelo contencioso da Delegacia da Receita Previdenciária em Araçatuba para manifestação da autoridade lançadora, resultando na Informação Fiscal de fls. 157/158 na qual esta aduz que a impugnação é confusa, não sendo contestados os valores lançados constantes no RL, nem sendo explicado o que vem a ser as diferenças mencionadas pela empresa.

Afirma que também não faz sentido a existência de valores negativos apresentados pela impugnante em determinadas competências, além do que, não é explicada a menção a diversas competências que não integram a presente NFLD, nem a origem da alegada diferença da ordem de 0,6% "se comparada com a folha de pagamento".

Remetidos os autos para este colegiado em virtude da disposição contida no artigo 47, I da Lei nº 11.457/2007, sua análise exigiu novo encaminhamento ao órgão lançador o que se deu mediante o despacho de fls. 162/164 para:

- a) elaboração de Relatório Fiscal Complementar, adicionando ao Relatório originário a informação de que as contribuições lançadas incidem não só sobre as remunerações pagas a segurados empregados, mas também e, especificamente em relação à competência 10/1999, sobre as remunerações pagas a segurados contribuintes individuais;
- b) juntada do RADA — Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados aos autos e encaminhamento ao sujeito passivo da via correspondente;
- c) manifestação fiscal acerca das divergências apontadas pelo sujeito passivo, nos moldes já solicitados anteriormente através do despacho de fls. 155.

O Relatório Fiscal Complementar mencionado no item "a" supra, foi emitido e trazido aos autos às fls. 167.

Por questões operacionais, não foi possível a emissão do RADA (item "b" supra), sendo o mesmo substituído pelo Relatório Detalhado de Documentos Apresentados juntado às fls. 168/179.

Em relação ao item "c", foi emitida a Informação Fiscal de fls. 181/184, esclarece a fiscalização que os levantamentos são separados por rubricas (segurados, empresa, SAT/RAT, contribuinte individual/administrador/autônomo, terceiros e deduções), não se comunicando a rubrica "terceiros" com as demais, sendo que em muitas competências, o recolhimento desta a maior gerou uma sobra de "terceiros" as quais não podem ser compensadas com contribuições devidas à Previdência Social, ao contrário do que entende a empresa quando aponta supostas divergências nos valores lançados. Acrescenta ainda que quanto a estas sobras, o contribuinte poderia pleitear sua

restituição diretamente junto à entidade destinatária (Salário-Educação — FNDE e INCRA).

Foi elaborada planilha (fls. 180) demonstrando serem indevidas as supostas divergências apontadas pela empresa, esclarecendo-se que para a competência 09/1999 a diferença apurada de "terceiros" justifica-se pelo mesmo motivo antes exposto: a impossibilidade de aproveitamento do crédito de contribuições da Previdência Social com aquelas destinadas aos "terceiros" e vice-versa.

Após regularmente cientificado (fls. 184 — verso), manifestou-se o sujeito passivo às fls. 188/192, reiterando o pleito de nulidade ante a ciência e intimação na pessoa de apenas um sócio da empresa, recorrendo sobre as expressões utilizadas pela autoridade fiscal, afirmando que devem ser acolhidos os argumentos apresentados na impugnação.

A Impugnação foi julgada improcedente pela 9ª Turma da DRJ/RPO, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1998 a 28/02/2005

NULIDADE. PREJUÍZO.

São nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, sendo que as demais irregularidades, incorreções e omissões não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

COMPENSAÇÃO. TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação somente pode ser efetuada com parcelas de contribuição da mesma espécie, sendo vedadas compensações de contribuições devidas a outras entidades e fundos (Terceiros) com aquelas destinadas ao financiamento da Seguridade Social.

Cientificado do acórdão de primeira instância em 22/06/2009 (e-fls. 445), o interessado interpôs Recurso Voluntário em 22/07/2009 (e-fls. 457/465), sustentando a nulidade da ciência do lançamento efetuada a apenas um dos sócios e que o prazo decadencial no caso é de cinco anos, à luz da Súmula Vinculante 08 do STF.

Voto

Conselheiro Diogo Cristian Denny – Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Nulidade da ciência

O contribuinte sustenta a nulidade da ciência do lançamento, tendo em vista que a ciência se deu apenas a um de seus sócios, em inobservância a seus documentos societários que exigem que os papéis da sociedade sejam assinados em conjunto por dois conselheiros.

Tendo em vista que esse argumento já foi enfrentado no acórdão recorrido, adoto as razões de decidir daquele julgado, conforme previsto no art. 57, §3º, Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, cabendo destacar os seguintes excertos do voto condutor:

Nos termos da legislação vigente (Instrução Normativa SRP 03/2005, artigo 574), o MPF deve ser entregue ao representante legal, mandatário ou preposto do sujeito passivo, enquanto o TIAD e o TEAF (respectivamente artigos 591 e 594) destinam-se a

cientificar o sujeito passivo para a apresentação de documentos e da conclusão do procedimento fiscal, restando todos estes objetivos alcançados com a cientificação da empresa na pessoa de seu conselheiro Maurílio Junqueira de Carvalho (fls. 60/62).

Ademais, a impugnante pleiteia a nulidade calcada na ocorrência de um suposto vício de ordem formal (ciência da empresa em desacordo com suas disposições estatutárias) sem, contudo, indicar concretamente o prejuízo que lhe resultou dessa inobservância.

Cabe ressaltar nesse ponto, que a o ordenamento jurídico vigente, ao ocupar-se do tema "nulidades", disciplina o assunto nos seguintes termos:

Decreto 70.235/72:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Portaria RFB 10.875, de 16/08/2007 (DOU 24/08/2007):

"Art. 27. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

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

§1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade especificará os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 28. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no art. 27 não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio. "

Assim, o sujeito passivo aventa supostas irregularidades de natureza formal, mas não aponta concreta e especificamente no que as mesmas lhe resultaram em prejuízo ou no que poderiam influir na solução do litígio, sendo certo também não se tratar das situações contempladas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e artigo 27 da Portaria nº 10.875/2007.

Também o fato da NFLD ter sido entregue a apenas um conselheiro da empresa (o mesmo Sr. Maurílio Junqueira de Carvalho), além de atender à necessidade de

cientificação do sujeito passivo na pessoa de seu representante legal, não resultou em qualquer prejuízo à autuada posto que a mesma exerceu regular e tempestivamente o seu direito de defesa.

Acresça-se que este entendimento encontra guarida em recente julgado da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais¹, votação unânime, cujas razões também são adotadas, *mutatis mutandis*, no caso em julgamento como razões de decidir. Confira-se:

Ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. CIÊNCIA. MANDATÁRIO. OUTORGA DE PODERES POR APENAS UM DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. VALIDADE. É válida a intimação do lançamento tributário assinada pessoalmente por mandatário, ainda que a outorga de poderes se dê por instrumento assinado por apenas um dos sócios da pessoa jurídica, quando este sócio é representante legal e preposto da pessoa jurídica perante a Receita Federal e não resta demonstrado prejuízo à defesa do sujeito passivo.

Voto:

A discussão repousa, portanto, na validade de ciência de lançamento promovida por procurador instituído em mandato outorgado por apenas um dos sócios-gerentes e também representante perante o CNPJ da autuada, na hipótese em que a representação desta se dá por assinatura conjunta de seus dois sócios-gerentes, mas isto num contexto em que ausente qualquer demonstração material de prejuízo à defesa. A questão, assim, é definir se a falta de assinatura de um dos sócios-gerentes da autuada no instrumento de mandato é suficiente para invalidar a ciência do lançamento.

E, sob esta ótica, releva considerar a informalidade que instrui o Decreto nº 70.235/72 ao estabelecer as formas de intimação no âmbito do processo administrativo fiscal:

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)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

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

¹ Acórdão nº 9101-005.050 – CSRF / 1ª Turma, sessão de 05/08/2020

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

Distintamente do Código de Processo Civil, que nos arts. 238 a 259 impõe diversas restrições ao uso da citação pessoal e pelo correio, bem como estabelece requisitos específicos para a citação por meio de oficial de justiça, o Decreto nº 70.235/72 admite a ciência a quem aparente representar o sujeito passivo (preposto), assim como por meio de quem atende o serviço postal para receber correspondência de qualquer conteúdo no domicílio do sujeito passivo, e até mesmo pela afirmação da autoridade fiscal de que houve recusa na ciência. O legislador, assim, ao contrapor o interesse particular de esquivar-se à constituição do crédito tributário com o fito de alcançar o beneplácito da decadência, e o interesse público de assegurar a arrecadação tributária, definiu hipóteses mais abertas para ciência de atos ao sujeito passivo, todas pautadas nas evidências de que o conteúdo do ato chegou ao seu conhecimento.

Neste cenário, não há qualquer razoabilidade em se presumir o conhecimento do ato mediante entrega da correspondência ao porteiro do edifício no qual reside o sujeito passivo, e negar esta ocorrência em face da ciência pessoal do ato a mandatário constituído por um dos sócios-gerentes da pessoa jurídica, mormente sob a ótica apenas formal do vício de representação da pessoa jurídica, sem qualquer demonstração de prejuízo à defesa. Frise-se: a Contribuinte em momento algum alega que o mandatário deixou de lhe apresentar o auto de infração em seu nome cientificado, e inclusive estrutura sua defesa primeiro sob a premissa de que o prazo de impugnação somente teria início quando restabelecida a exigibilidade do crédito tributário suspensa por decisão judicial, para só depois suscitar a nulidade da intimação antes promovida por vício de representação.

Embora em circunstâncias distintas, especialmente em razão de os atos terem sido lavrados em estabelecimento da pessoa jurídica, este Colegiado já se manifestou favoravelmente à validação de intimação, para fazer prevalecer a boa-fé nas relações jurídicas. Neste sentido é o voto condutor do ex-Conselheiro Flávio Franco Corrêa no Acórdão nº 9101-003.6156, acolhido à unanimidade na sessão de 6 de junho de 2018, com voto pelas conclusões do ex-Conselheiro Luís Flávio Neto:

Ainda que assim não fosse, outra razão sustenta a validade do procedimento fiscal. Repare-se que o recorrente se mostra inconformado com a atitude do funcionário que, sem poderes de representação, assinou MPF-Complementar e forneceu documentos sem autorização à Fiscalização, a teor das informações trazidas à luz no Recurso Voluntário, precisamente à efl. 687.

Se a recorrente quisesse, poderia comunicar aos agentes fiscais que Rodolfo de Souza, seu funcionário, não tinha poderes para assinar ou fornecer documentos. Entretanto, se o funcionário da empresa fiscalizada, atendendo à intimação, entregou à Fiscalização documentos da pessoa jurídica, não havia razão para supor que o empregado não estava autorizado a fazê-lo, como também não era possível imaginar, naquelas circunstâncias, que a mesma pessoa estivesse despida de representação para assinar o MPF-Complementar, já que se dispôs a assiná-lo no local de trabalho. Diante disso, aplica-se ao caso concreto a teoria da aparência, estando evidente uma situação de fato cercada de circunstâncias materiais que manifestamente a apresentam como se fora uma situação de direito, segundo a ordem normal e geral das coisas, afinal as relações se baseiam na confiança legítima das pessoas. A presença da boa-fé é indispensável nas relações estabelecidas entre as pessoas para propiciar segurança. Isso porque o Direito enaltece a boa-fé, valor essencial para a produção da credibilidade. Merece relevo que o Superior Tribunal de Justiça de longa data adota posição compatível com a que se defende, no presente, como se observa na ementa do julgado que se firmou como paradigmático, abaixo reproduzida:

“PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. RECEBIMENTO QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA.

Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, que encomenda o desprezo a formalidades desprovidas de efeitos prejudiciais, é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em Juízo.

Embargos de Divergência conhecidos e acolhidos.” (Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 156.970, DJ de 22.10.2001, Relator Ministro Vicente Leal)

Em face do exposto, não se deve conhecer do Recurso Especial da PGFN. Por outro lado, deve-se conhecer do Recurso Especial do sujeito passivo para, no mérito, negar-lhe provimento.

Pertinente também trazer ao debate a interpretação firmada pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* no âmbito de defeitos de representação:

PROCESSUAL CIVIL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. DEFEITO SANÁVEL. FINALIDADE DA NORMA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima *pas des nullité sans grief*.

2. A inadequada representação da parte (*ilegitimatio ad processum*) é defeito sanável porquanto referido requisito visa a aferir se a pessoa jurídica, no processo, está manifestando a sua vontade societária pelas pessoas físicas dotadas desse poder.

3. A outorga da procuração por um só dos sócios, em demanda em favor da sociedade, não pode revelar defeito capaz de conduzir à extinção do processo, porquanto, a pretexto de aplicar-se a lei em seu prol, carrega-lhe notável prejuízo.

4. Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada.

5. Nesse segmento, na esteira dos precedentes, "tem-se como sanada a irregularidade de representação judicial da parte, quando ofertado o instrumento de mandato no ato de interposição do recurso de apelação" (REsp n.º 123.676/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 10.08.1998).

6. Recurso especial improvido. (Recurso Especial nº 463.318 – RJ, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe: 24/03/2003)

Na apreciação do referido recurso especial, os membros presentes da Primeira Turma acompanharam o entendimento do Ministro Luiz Fux em favor da validade de petição inicial subscrita por advogado constituído mediante procuração outorgada por apenas um dos sócios de pessoa jurídica cuja representação processual deveria se dar por dois sócios. O processo foi extinto sem julgamento do mérito em 1ª instância, depois de concluída a instrução, vez que não atendido despacho publicado no Diário Oficial do Estado para regularização processual, e o Tribunal reverteu esta decisão porque não promovida prévia intimação pessoal da pessoa jurídica. A Fazenda Pública defendeu a extinção do processo sem julgamento do mérito em razão da inércia da parte diante do prazo assinado para saneamento da irregularidade, e o Ministro Luiz Fux observou que:

As *nullidades* alegáveis demandam uma análise do juízo sobre se a atipicidade do ato perpetrado gerou prejuízo para os fins de justiça do processo. Em caso positivo, a nulidade revela-se impositiva e o ato deve ser novamente praticado salvo se a consequência inexorável for a nulificação de todo o processo.

No processo civil, a regra é o aproveitamento do ato apesar de praticado fora do modelo legal, desde que alcançada a sua finalidade. Entretanto, ainda que não atingido o seu fim, a lei processual, considerado o processo como um todo, utiliza-se de estratégias conducentes à salvação da relação processual.

Por isso, mesmo decretada a nulidade, o ato pode ser realizado se houve falta, ou repetido se houve irregularidade de forma na sua prática. A inutilização do processo como um todo é excepcional em face do influxo dos princípios processuais da "instrumentalidade das formas" e do "prejuízo".

A inadequada representação da parte (*ilegitimatio ad processum*) é defeito sanável porquanto referido requisito visa a aferir se a pessoa jurídica, no processo, está manifestando a sua vontade societária pelas pessoas físicas dotadas desse poder.

A outorga da procuração por um só dos sócios, em demanda em favor da sociedade, não pode revelar defeito capaz de conduzir à extinção do processo, porquanto, a pretexto de aplicar-se a lei em seu prol, carrega-lhe notável prejuízo.

Deveras, informado que é o sistema processual pelo princípio da instrumentalidade das formas, somente a inutilidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada.

Nesse segmento, na esteira dos precedentes, "tem-se como sanada a irregularidade de representação judicial da parte, quando ofertado o instrumento de mandato no ato de interposição do recurso de apelação" (REsp n.º 123.676/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 10.08.1998)

Destarte, assim se pronunciou o e. Min. Athos Carneiro, em seu voto-vista proferido no EREsp n.º 148827/MG, cujo excerto, trazido no voto-condutor da lavra do e. Min Waldemar Zveiter no REsp n.º 123.676/SP, merece transcrição:

"A quem aproveita anular-se uma demanda judicial, facilmente emendável? Ao Estado-Juiz, perpetuando-se os litígios que perturbam as relações sociais?! Aos próprios litigantes, que novamente teriam de reiniciar tudo de novo, por causa de uma mera nuga processual?"

Daí, a compreensível exprobação da Suprema Corte, ao acolher o RE 82.932/MA (RTJ 86/853), contra o que chama de feiticismo ds formas; tanto mais quanto 'O Código de Processo Civil..., infenso ao feiticismo formal, admitindo o suprimento ou repetição dos atos defeituosos, ainda que cominada pena de nulidade, se não há prejuízo para as partes..."

[...]

Neste sentido, o precedente da Primeira Seção desta Corte Superior em que fui relator para acórdão, cuja ementa merece transcrição:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. APELAÇÃO. INTERPOSTO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que extinguiu embargos à execução. Recurso incorretamente proposto porquanto o adequado seria a apelação. Inexistência de erro grosseiro ou má-fé.

Fungibilidade.

2. O defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impassível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que, em princípio, cause prejuízo à defesa dos interesses das partes ou sacrifique os fins de justiça do processo. Consagração da máxima pas des nullité sans grief .

3. Por força da influência do "princípio da instrumentalidade das formas", tem-se admitido, no campo da inadequação recursal, a aplicação do vetusto princípio da

fungibilidade dos recursos, cuja incidência permite o aproveitamento do recurso interposto como se fosse o meio de impugnação cabível e não utilizado. Fundando-se em ordenação pretérita, a jurisprudência consagrou essa possibilidade, desde que "ausente o erro grosseiro" e a "má-fé do recorrente".

4. Um dos critérios utilizados tem sido a esmerada verificação da tempestividade; por isso, um recurso com prazo de interposição menor é admissível se interposto no lugar daquele cabível, cujo prazo de oferecimento é mais alongado. A recíproca, contudo, não é verdadeira.

5. Revela malícia do recorrente aproveitar-se de recurso com maior devolutividade e procedimento mais delongado, circunstância incorrente na hipótese.

6. Precedentes da Corte.

7. Embargos de divergência conhecidos e desprovidos."

(ERESP 197857 / RJ, Rel. Min. PAULO MEDINA, Rel. p/ acórdão Min. LUIZ FUX, DJ de 16/12/2002)

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial interposto. (destaques do original)

Não se ignora que a presente discussão não tem cunho meramente processual porque diz respeito à própria existência do ato de lançamento. Contudo, a pretensão da Contribuinte é invalidar a ciência em razão de um vício de representação no instrumento de mandato e, sob esta ótica, extrai-se do julgado antes transcrito a necessidade de se avaliar se o defeito de representação é meramente formal e se acarretou prejuízo à defesa.

Veja-se que até mesmo em situações de nulidade absoluta, como na ausência do Ministério Público em processos nos quais é exigida sua participação, o Superior Tribunal de Justiça entende que não há nulidade sem prova de efetivo prejuízo:

PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES. PARTE INCAPAZ. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. A discussão trazida à colação cinge-se em saber se o Ministério Público estadual possui legitimidade para interpor recurso de apelação para impugnar sentença homologatória de acordo firmado entre as partes - uma delas, incapaz - em ação expropriatória da qual não participou como *custus legis*.

2. No caso dos autos, não se trata de desapropriação que envolva discussões ambientais, do patrimônio histórico-cultural ou qualquer outro interesse público para o qual o legislador tenha obrigado a intervenção do Ministério Público, sob pena de nulidade. Ao revés, cuidou-se de desapropriação por utilidade pública, em que apenas se discutia os critérios a serem utilizados para fixação do montante indenizatório, valores, ademais, aceitos pelos expropriados.

3. Quanto ao segundo argumento, no tocante à nulidade do acórdão no pertinente à não intervenção do Ministério Público para fins de preservação de interesse de incapaz, a jurisprudência desta Corte já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullités sans grief*. Até mesmo nas hipóteses em que a intervenção do Parquet é obrigatória, como no presente caso em que envolve interesse de incapaz, seria necessária a demonstração de prejuízo deste para que se reconheça a nulidade processual. (Precedentes: REsp 1.010.521/PE, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 9.11.2010; REsp 814.479/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2.12.2010, DJe 14.12.2010).

4. Na espécie, o Ministério Público não demonstrou ou mesmo aventou a ocorrência de algum prejuízo que legitimasse sua intervenção. Ao revés, simplesmente pretende, por intermédio do recurso especial, delimitar absoluto interesse interveniente sem que indique fato ou dado concreto ou mesmo hipotético que sustente tal legitimidade. O prejuízo aqui tratado não pode ser presumido; precisa ser efetivamente demonstrado, o que não se deu no caso dos autos.

5. Recurso especial não provido. (Recurso Especial nº 818-978-ES, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, publicado no DJe: 18/08/2011)

Trata-se, portanto, da materialização do princípio da instrumentalidade das formas, refletido nos arts. 1887 e 2778 do Código de Processo Civil, em hipótese na qual inexistente qualquer evidência de que o ato se afastou de sua finalidade ou causou prejuízo à parte.

De fato, no presente caso, como demonstrado, o mandatário foi constituído por sócio-gerente e representante legal/preposto da pessoa jurídica perante a Receita Federal, e a ausência de assinatura do outro sócio-gerente no instrumento de mandato não resultou em nenhum prejuízo à defesa da autuada. Assim, diante da informalidade que inspira o Decreto nº 70.235/72 e em observância ao princípio da instrumentalidade das formas, deve ser validada a ciência do lançamento em 30/06/2003.

Decadência

Em primeiro lugar, é importante consignar que a alegação de decadência, a despeito de não ter sido feita em sede de Impugnação, deve ser apreciada por este julgador, por se tratar de matéria de ordem pública, não sujeita à preclusão consumativa (art. 342, II, do CPC).

Nesse sentido, vejamos o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 7. Considerando que as matérias de ordem pública, tais como prescrição e decadência, podem ser reconhecidas a qualquer tempo, não estando sujeitas à preclusão, a fim de evitar injustiças e conferir a devida segurança jurídica, a suposta violação ao art. 21 da Lei n. 4.717/1965, que embasa a tese da prescrição, deve ser analisada por esta Corte de Justiça, porquanto devidamente prequestionada (REsp 1352230/PR; Relator Ministro Gurgel de Faria da Primeira Turma. Julgado em 19/10/2017 e acórdão publicado no DJe de 30/11/2017).

Destaque-se que esse entendimento encontra guarida também em precedentes deste Tribunal:

PROCESSUAL DECADÊNCIA QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA CUJA APRECIÇÃO DEVA SE DAR DE OFÍCIO, EM QUALQUER INSTÂNCIA.

Ainda que não tenha suscitada nas razões de impugnação, a sua alegação por ocasião, apenas, da interposição do recurso voluntário não impede seu conhecimento já que se trata de matéria de ordem pública apreciável a qualquer tempo, conforme preceitua o art.342, II, do CPC. (Acórdão nº 1302-002.664, sessão de 16 de março de 2018)

DIREITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. APRECIÇÃO DE OFÍCIO.

O instituto da decadência, em matéria tributária, transcende aos interesses das partes, sendo cognoscível de ofício pelo julgador administrativo. Extinto o crédito tributário pela decadência, não poderá ser reavivado pelo lançamento de ofício (Acórdão nº 2401-005.130, publicado em 07/11/2017).

DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

É dever das instâncias ordinárias reconhecer de ofício matéria de ordem pública, decadência, como extinção do crédito tributário. Precedentes jurisprudências - STJ/STF (Acórdão nº 3001-000.011, publicado em 31/10/2017).

DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

Por se tratar de matéria de ordem pública, a decadência pode ser conhecida de ofício pelo julgador, a qualquer tempo do processo (Acórdão nº 3402-004.672, publicado em 04/10/2017).

Passo, pois, à análise da regra de decadência aplicável ao caso e à verificação de sua ocorrência.

Após a data de expedição da NFLD em julgamento, e também da apreciação do presente feito em primeira instância, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido em 12 de junho de 2008, declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, tendo sido editada a Súmula Vinculante STF de nº 8, nos seguintes termos:

Súmula Vinculante nº 8.

São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

Ao ser declarada a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional - CTN quanto ao prazo para a autoridade administrativa constituir/formalizar os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009², julgado sob o regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C, do CPC e Resolução STJ 08/2008), no sentido de que o prazo decadencial para a Administração Tributária lançar o crédito tributário é de cinco anos, contado: i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação (art. 150, §4º, CTN); ou ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).

A presente notificação abrange fatos geradores ocorridos no período 10/1998 a 02/2005, com débito consolidado e ciência pessoal dada à contribuinte em 19/12/2006, não constando dos autos alusão de conduta dolosa, fraudulenta ou simulada praticada pela pessoa jurídica.

Deve-se, portanto, ser reconhecida a decadência parcial das contribuições lançadas, nos moldes do § 4º do art. 150 do CTN, haja vista a ocorrência de recolhimentos parciais das contribuições objeto do lançamento a partir de novembro/2000³, conforme se depreende do “RDA – Relatório de Documentos Apresentados” (fls. 71/93) e em observância ao disposto na Súmula CARF nº 99, a seguir reproduzida:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Assim, deve-se adotar como marco inicial para contagem do prazo decadencial, na presente situação, a ocorrência do fato gerador, mesmo se verificando que o sujeito passivo não reconheceu a incidência de contribuições sobre determinadas bases de cálculo apuradas, ora objeto de lançamento.

Considerando a data de ciência da NFLD (26/12/2006), temos que, deve ser reconhecida a decadência dos créditos relativos a fatos geradores ocorridos até novembro de 2001, devendo ser excluído do presente lançamento, portanto, o período lançado de 10/1998 a 11/2001.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário e, no mérito, **dar-lhe provimento parcial**, para fins de reconhecer a decadência do lançamento das contribuições referentes às competências 10/1998 a 11/2001.

(documento assinado digitalmente)

Diogo Cristian Denny

² Por força do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, a decisão deve ser reproduzida nas turmas deste Conselho. - Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

³ para os períodos anteriores, a existência ou não de recolhimento não influencia no resultado deste julgamento, pois há decadência tanto pela regra do art. 173, I, CTN quanto pela regra do art. 150, §4º, CTN.

Fl. 14 do Acórdão n.º 2002-006.512 - 2ª Sejul/2ª Turma Extraordinária
Processo nº 10820.001015/2007-70