



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11516.001554/2003-91
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-01.355 – 1ª Turma
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria COFINS - Exs.: 2000 a 2002
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado WCRICIÚMA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA ME

Assunto: Intimação do Lançamento. Comparecimento espontâneo. Decadência. COFINS

Ementa: Ao mesmo tempo que supre a falta de intimação, o comparecimento espontâneo define a data do lançamento, pois não existe lançamento até que seja devidamente intimado o contribuinte.

A existência de pagamento parcial desloca o *dies a quo* do prazo decadencial para a data do fato gerador, pois aplicável a regra do § 4º do art. 150 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, para restabelecer os lançamentos dos créditos tributários de Cofins relativos aos fatos geradores de 31/10/2001 a 31/12/2001.

(documento assinado digitalmente)
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)
ALBERTO PINTO S. JR. - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann, Valmar Fonsêca de Menezes, Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (Suplente), Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, Hugo Correia Sotero (Suplente), Alberto Pinto Souza Júnior, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, Silvana Rescigno Guerra Barretto (Suplente).

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/06/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 28/0

6/2012 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 20/06/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNI

OR

Impresso em 05/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de Recurso Especial do Procurador da Fazenda Nacional interposto em face do acórdão nº 1803-00150, de 25 de agosto de 2009 (fls. 190 e segs.), que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso voluntário, para anular o lançamento por vício formal, se não vejamos a sua ementa:

“Ementa: NULIDADE DO LANÇAMENTO — VICIO DA INTIMAÇÃO: É nulo por vício formal o lançamento quando a intimação pessoal é feita a terceiro procurador sem poderes legítimos de representação.”

Com fulcro no art. 64, II, c/c o art. 67, da então vigente Portaria MF nº 55, de 1998, a recorrente interpôs recurso especial, no qual aduz as seguintes razões para a reforma do acórdão recorrido:

- a) que a finalidade almejada pela lei (dar conhecimento ao sujeito passivo do auto de infração contra si lavrado) foi alcançada pelo comparecimento espontâneo do sujeito passivo com apresentação de impugnação, não havendo que se falar em qualquer prejuízo na sua ampla defesa;
- b) que é nesse sentido o posicionamento do ilustre processualista Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil V.2, 7ª edição:

"Trata-se de aplicação do princípio da instrumentalidade (que norteia toda a teoria da nulidade do direito brasileiro, conforme prevê o art. 249, §20, do CPC), pelo qual se considera que, se a finalidade da citação é trazer o réu ao processo, e se este comparece mesmo quando viciada a convocação, não há razão para se invalidar o feito."

- c) que além do comparecimento espontâneo do réu, impedindo a nulidade do lançamento, a intimação pessoal do auto de infração foi recebida por um preposto do sujeito passivo, o que resta autorizado na legislação de regência do processo administrativo fiscal (Decreto n. 70.235/72), conforme corretamente verificou a decisão de primeira instância.

O presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento, em despacho proferido à fls. 204/205, admitiu o recurso especial.

A recorrida, uma vez cientificada do acórdão e do despacho de admissibilidade do recurso especial em 13/10/2010, conforme AR a fls. 208, apresentou, em 27/10/2010, em apertada síntese, as seguintes contrarrazões:

a) que não deve ser admitido o recurso especial, pois não existe divergência entre os acórdãos recorrido e paradigma, já que trataram de situações fáticas diferentes;

b) que o acórdão paradigma diz respeito ao saneamento da ausência de intimação, pelo comparecimento espontâneo do contribuinte, dentro dos 30 dias subsequentes ao lançamento, com a apresentação da impugnação; já o presente processo versa sobre a apresentação de impugnação fiscal 3 (três) anos e 4 (quatro) meses após a lavratura do Auto de Infração;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/06/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNIOR, Assinado digitalmente em 28/0

6/2012 por OTACILIO DANTAS CARTAXO, Assinado digitalmente em 20/06/2012 por ALBERTO PINTO SOUZA JUNI

OR

Impresso em 05/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

c) que a contribuinte teve, de fato, grave prejuízo em seu direito de defesa ao não ser regulamente intimada do presente auto de infração na medida em que teve notícia da continuidade da cobrança mais de 3 (três) anos após o lançamento;

d) que a habilitação por meio de mandato de um representante para receber a intimação do lançamento depende de menção específica no corpo da procuração;

e) que a Fazenda busca seja suprido pela manifestação processual da Recorrida ato formal, que a lei atribui como de prática exclusiva do auditor fiscal (artigo 142 do CTN);

f) que referida contribuição é tributo sujeito ao lançamento por homologação, conforme demonstram as declarações e pagamentos antecipados realizados no período reconhecidos pela fiscalização, aplicando-se, nesse caso, a regra específica do artigo 150, § 4º do CTN, assim, o termo inicial para o cômputo do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, é a data do fato gerador;

g) que julgado procedente o Recurso Especial para sanar o vício de intimação da constituição do auto de infração no momento da interposição da Impugnação (11.10.2006), deve-se reconhecer expressamente a decadência das contribuições cujos fatos geradores ocorreram antes de 11.10.2001.

Além dessas teses de defesa, a recorrida apresenta também razões de mérito, as quais deixo de relatar, pois, ainda que esta decisão venha a lhe ser desfavorável, o mérito deverá ser primeiramente analisado pela Turma *a quo*, já que não os apreciou em razão do acolhimento da preliminar nulidade do lançamento.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior:

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido. Não procede a alegação da recorrida de que a situação fática entre os acórdãos recorrido e paradigma são diferentes, pois a divergência entre os julgados está centrada na possibilidade ou não de o comparecimento espontâneo da contribuinte suprir qualquer vício na intimação. No acórdão paradigma se considerou suprida com o comparecimento espontâneo, ao revés, no acórdão recorrido, apenas, os votos vencidos assim sustentaram.

Outrossim, não procede a alegação da recorrida que a demora em tomar ciência do auto de infração lhe tenha trazido prejuízos, primeiramente, porque não aponta quais foram esses prejuízos, segundo porque, enquanto não houver a regular ciência do auto de infração pela autuada, transcorre o prazo decadencial do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, o que só poderá trazer prejuízos para a Fazenda Pública.

Por outro lado, sustenta o acórdão recorrido que a procuração outorgada ao procurador da Recorrente foi assinada por apenas um dos sócios, ocorrendo a manifesta nulidade da intimação, já

que o instrumento não foi formalizado nos termos do que dispõe a cláusula 6ª do contrato social da Recorrente (doc. a fls. 11). Tenho dúvida se a falta de assinatura do segundo sócio-gerente torna, realmente, o instrumento de procuração a fls. 15 inválido, pois ele não trata da outorga de poderes de gestão, mas é, sim, uma simples procuração de um dos sócios-gerentes conferindo poderes específicos e esporádicos restritos à representação junto a RFB. Todavia, tomemos como inválido o instrumento de mandato a fls. 15, mesmo porque nem a douta PFN se insurgiu contra a sua invalidade, preferindo sustentar que o vício da intimação foi suprido pelo comparecimento espontâneo da recorrida aos autos, para se defender ou que o mandatário era, em verdade, preposto.

Vale, inicialmente, perquirir se o Sr. Pedro de Queiroz Cordova Santos poderia ser qualificado como preposto, para fins do art. 23, I, do PAF, como fez a decisão da DRJ. Ora, se, por um lado, o sr. Pedro de Queiroz Cordova Santos atuou apresentado documentos e solicitando dilação de prazo para apresentação de alguns documentos à RFB, por outro, ele o fez porque a Receita Federal aceitou como válida a procuração a fls. 15, não porque atuasse como preposto.

A figura do preposto não pode ser alargada para abarcar qualquer um que se apresente sem vínculo empregatício e sem mandato válido que lhe confira poderes para representar a pessoa jurídica. Logo, o Fisco deve ser mais cuidadoso ao aceitar instrumento de mandato e, em caso de dúvida sobre a legitimidade do mandatário/preposto, por cautela, melhor não fazer a intimação pessoal, mesmo porque o PAF lhe assegura um leque de opções.

Assim, quando o art. 23, I, do PAF fala em preposto ou mandatário, a melhor exegese ao meu ver, leva-nos a crer que mandatário, logicamente, é aquele a quem, por meio de um instrumento de mandato válido, foi conferido poder suficiente para receber a intimação do auto de infração (ainda que sem especificar expressamente o poder conferido); já o preposto é aquele que tenha outro tipo de vínculo jurídico com a empresa, seja esse uma relação de emprego, desde que ocupe função de relevo dentro da organização (cargos de confiança), ou mesmo sem relação de emprego, mas suportado em contrato que lhe assegure poderes de direção na pessoa jurídica. Em amparo a essa interpretação, vale a lembrança da Súmula 377 do TST, para a qual “exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado”. Por esse motivo, afasto a hipótese de qualificar o Sr. Pedro de Queiroz Cordova Santos como preposto da recorrida, para fins de considerar válida a intimação do auto de infração.

Voltamos, então, ao pedido principal da recorrente, para que se considere suprido o vício da intimação com o comparecimento espontâneo da contribuinte para se defender. Realmente, não há como negar que é pacífico na jurisprudência administrativa que o comparecimento espontâneo do contribuinte aos autos para se defender, supre eventual vício da intimação do auto de infração. Todavia, há que se entender, também, que, ao mesmo tempo que supre a falta de intimação, o comparecimento espontâneo define a data do lançamento, pois não existe lançamento até que seja intimado ou considerado intimado o contribuinte. Assim, ao se acolher a tese da recorrente, necessariamente há que se acolher parcialmente uma das teses da recorrida, qual seja, a de que parte do lançamento ocorreu quando já transcorrido o prazo decadencial do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, se não vejamos:

a) houve pagamento antecipado, conforme a própria autoridade lançadora afirma no doc. a fls. 78, *in verbis*:

“Ressalta-se que os pagamentos realizados para o SIMPLES não foram considerados para a constituição dos créditos referidos acima, uma vez que a diferença de sistemática de cálculo inviabiliza tal compensação de ofício. Cabe à contribuinte solicitar formalmente a restituição dos referidos pagamentos por ocasião da quitação dos valores ora constituídos.”

b) assim, aplica-se *in casu* a regra decadencial do art. 150, § 4º do CTN;

c) considera-se ocorrido o lançamento no dia em que a contribuinte compareceu espontaneamente aos autos para se defender, ou seja, em 11 de outubro de 2006;

d) o lançamento constituiu créditos tributários da Cofins relativos aos fatos geradores mensais de 31/01/1999 a 31/12/2001;

e) assim, conclui-se que, na data do lançamento, já havia decaído o direito de o Fisco constituir os créditos de Cofins relativos aos fatos geradores de 31/01/1999 até 31/09/2001.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso da Fazenda Nacional, para restabelecer o lançamento dos créditos tributários de Cofins relativos aos fatos geradores de 31/10/2001 a 31/12/2001.

(documento assinado digitalmente)

Alberto Pinto Souza Junior - Relator