



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

Processo nº 10830.727525/2012-19
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 1301-002.206 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de fevereiro de 2017
Matéria IRPJ e OUTROS - Responsabilidade
Embargante JOSÉ ROBERTO MONTE
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2008

EMBARGOS INOMINADOS. INEXATIDÃO MATERIAL.
SANEAMENTO.

Ao se confirmar o lapso manifesto que deu causa a inexactidão material do acórdão embargado, impõe-se o acolhimento dos embargos inominados para saneamento da decisão anterior. No caso, o recurso voluntário interposto por um dos responsáveis tributários se revelou tempestivo, ao contrário do que havia sido anteriormente decidido.

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. REVELIA. PRECLUSÃO.

Ao deixar de impugnar o lançamento, o sujeito passivo (responsável tributário) se torna revel no processo, operando-se para ele a preclusão processual, muito embora o processo tenha tido seguimento para outro sujeito passivo (contribuinte). O recurso interposto contra a decisão de primeira instância, em que foi analisada a impugnação de outro sujeito passivo (contribuinte), não contradita a ausência de impugnação nem a definitividade da responsabilidade tributária. As questões trazidas em sede de recurso, não provocadas a debate em primeira instância, e que não consistem em matéria de Ordem Pública, constituem matérias preclusas das quais não se toma conhecimento em sede de recurso, por afrontar as regras do Processo Administrativo Fiscal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em CONHECER dos embargos inominados opostos pelo responsável tributário Sr. José Roberto Monte e DAR-LHES provimento, para sanar a inexactidão material apontada e comprovada, sem efeitos modificativos.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Flávio Franco Corrêa, José Eduardo Dornelas Souza, Roberto Silva Júnior, Marcos Paulo Leme Brisola Caseiro, Milene de Araújo Macedo, Amélia Wakako Morishita Yamamoto e Waldir Veiga Rocha.

Relatório

Em julgamento realizado em 01/03/2016, esta 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do CARF assim decidiu, mediante o Acórdão nº 1301-001.930 (fls. 1520/1555, grifo não consta do original):

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em **não conhecer do recurso interposto pelo responsável tributário Sr. José Roberto Monte**, não conhecer dos argumentos e do pedido trazidos pela recorrente Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., acerca da responsabilidade tributária atribuída ao Sr. José Roberto Monte e, no mais, negar provimento ao recurso voluntário interposto por Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.

Ao tomar ciência da decisão, o Sr. José Roberto Monte, apontado no lançamento como responsável tributário, apresentou o documento de fls. 1761/1766, por ele intitulado Recurso Especial. Esse documento foi examinado no despacho de fls. 1804/1807, do qual transcrevo os seguintes excertos (grifos no original):

[...] o Recorrente relata que a decisão recorrida, que não conheceu do seu recurso voluntário por tê-lo considerado intempestivo, operou em erro.

Esclarece que o Relator do acórdão recorrido considerou, na aferição da tempestividade do recurso voluntário, edital referente "a outro litisconsorte no qual também foi lavrado a sujeição passiva" (Sr. BALTAZAR BORGES FIUZA FILHO, edital às e-fls. 1.488, com publicação 27/05/2015) e não a si. Alega que o edital a ele referente (edital às e-fls. 1.491) teve publicação em 06/07/2015, e que, considerada essa data, seu recurso voluntário, postado em 20/08/2015, foi interposto no último dia do prazo de 30 dias, sendo, portanto, tempestivo.

[...]

Em que pese ter o Recorrente estruturado seu recurso como Recurso Especial de Divergência, entendo que, na medida em que o Recorrente traz alegação de **lapso manifesto** do acórdão que julgou seu Recurso Voluntário, pelo princípio da fungibilidade dos recursos, o presente recurso deve ser recebido como os **Embargos Inominados** de que trata o art. 66 do Anexo II do RICARF, e encaminhado ao Presidente da turma recorrida para apreciação.

Essa manifestação foi encaminhada à apreciação da Sra. Presidente da 3ª Câmara (Despacho à fl. 1806) e, posteriormente, ao Presidente desta 1ª Turma Ordinária (Despacho de Admissibilidade de Embargos às fls. 1808/1809).

O processo vem agora a julgamento para que o documento de fls. 1761/1766 seja apreciado como Embargos Inominados, nos termos do art. 66 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 e alterações supervenientes, a seguir reproduzido:

Art. 66. As alegações de inexatidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão, provocados pelos legitimados para opor embargos, deverão ser recebidos como embargos inominados para correção, mediante a prolação de um novo acórdão.

§ 1º Será rejeitado de plano, por despacho irrecorrível do presidente, o requerimento que não demonstrar a inexatidão ou o erro.

§ 2º Caso o presidente entenda necessário, preliminarmente, será ouvido o conselheiro relator, ou outro designado, na impossibilidade daquele.

§ 3º Do despacho que indeferir requerimento previsto no caput, dar-se-á ciência ao requerente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Waldir Veiga Rocha, Relator

Analisando os termos do recurso apresentado (fls. 1761/1766), verifico que a alegação do interessado se amolda com perfeição à hipótese do art. 66 do Anexo II do RICARF. O lapso manifesto alegado é que um documento (o edital para ciência do Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho) foi tomado em lugar de outro (o edital para ciência do Sr. José Roberto Monte). Esse lapso manifesto conduziu, assim, à inexatidão material, qual seja, considerar intempestivo o recurso desse último sujeito passivo.

O acórdão embargado analisou a tempestividade do recurso voluntário interposto pelo Sr. José Roberto Monte nos seguintes termos (grifos não constam do original):

Quanto ao Sr. José Roberto Monte, deve-se ressaltar que a peça recursal de fls. 1399/1413 seria, por análise inicial, um recurso voluntário interposto em conjunto por Aspen Distribuidora de Combustível e José Roberto Monte. No entanto, o recurso é subscrito pelo advogado Dr. Marcos Vinícius Costa, e somente encontro nos autos procuração outorgada pela pessoa jurídica Aspen (fl. 1418). Não encontro nos autos procuração outorgada a esse advogado pelo Sr. José Roberto Monte. Concluo que o advogado que subscreve a peça recursal representa tão somente a pessoa jurídica e esse recurso não pode ser tido como subscrito também pela pessoa física do Sr. José Roberto Monte.

Após as providências saneadoras determinadas pela Resolução nº 1302-000.368 (fls. 1457/1478), o Sr. José Roberto Monte foi intimado da decisão de primeira instância, sendo-lhe facultado o prazo legal para a interposição de recurso

voluntário. A correspondência enviada ao seu domicílio tributário foi devolvida pelos Correios, com a indicação "*desconhecido*". Em seguida, foi publicado o edital de fl. 1488, em 27/05/2015. Conforme as regras para a ciência por edital (art. 23 do Decreto nº 70.235/1972), a ciência ocorreu no décimo sexto dia, a contar da publicação do edital, isto é, em 11/06/2015, iniciando-se, a partir dessa data, a contagem do prazo de trinta dias para a interposição do recurso voluntário. A data limite seria em 11/07/2015, sábado, estendendo-se até 13/07/2015, segunda-feira. A peça recursal de fls. 1496/1513, postada em 20/08/2015, é flagrantemente intempestiva.

Observo, finalmente, que a única menção feita à questão da tempestividade, na peça recursal, é o pedido de que "*para fins de aferição da tempestividade [...] seja observada a data da postagem do recurso [...]*". Ora, mesmo assim, não há como considerar que possa ser tempestivo o recurso postado com mais de sessenta dias da data da ciência regular da decisão de primeira instância.

Com essas considerações, tenho por intempestivo o recurso interposto pelo sujeito passivo Sr. José Roberto Monte, e dele não tomo conhecimento.

Observe-se que o Relator considerou que a ciência da decisão de primeira instância ao Sr. José Roberto Monte teria sido feita mediante o edital de fl. 1488.

Agora se percebe o equívoco. Como bem apontado pelo embargante, o edital de fl. 1488 se destinou à ciência de outro sujeito passivo, o Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho.

A ciência da decisão de primeira instância ao Sr. José Roberto Monte se fez mediante o Edital Eletrônico nº 001088451 (fl. 1491), publicado em 06/07/2015, tendo a ciência ocorrido em 21/07/2015 (terça-feira), conforme consta no próprio documento. A contagem do prazo recursal se inicia em 22/07/2015 (quarta-feira) e expira em 20/08/2015 (quinta-feira).

O recurso voluntário de fls. 1496/1513 foi postado no último dia do prazo recursal (20/08/2015) pelo que deve ser considerado tempestivo, restando ainda verificar o atendimento a outros requisitos processuais.

Diante do exposto, voto por conhecer dos embargos inominados de fls. 1761/1766 e dar-lhes provimento, para sanar a inexatidão material apontada. Esse saneamento, por certo, será feito mediante a apreciação do recurso voluntário de fls. 1496/1513, interposto pelo sujeito passivo Sr. José Roberto Monte, o que passo a fazer.

Para que o recurso voluntário possa ser corretamente apreciado, faz-se necessário novo e brevíssimo relato da autuação e das ocorrências processuais até aqui.

Cuida o presente processo de autos de infração para constituição de créditos tributários de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ, fl. 5), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL, fl. 21), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS, fl. 39) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS, fl. 33), por fatos geradores ocorridos no ano-calendário 2007. O total da exação alcançou R\$ 27.028.480,81, conforme demonstrativo à fl. 4, aí incluídos multa de ofício de 150% e juros moratórios calculados até a data do lançamento.

Os procedimentos e conclusões da fiscalização, bem assim as infrações apuradas, se encontram minuciosamente descritas no Relatório Fiscal (fls. 45/69). A

fiscalização teve início na empresa Campineira Radio Táxi e, a partir do desenvolvimento dos trabalhos, o Fisco obteve elementos que conduziram à conclusão de que os recursos que transitavam na conta-corrente bancária de titularidade dessa empresa, na realidade, pertenciam à Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. A autuação se fez por omissão de receitas (art. 42 da lei nº 9.430/1996). Além disso, concluiu-se pela responsabilidade tributária dos Srs. Baltazar Borges Fiúza Filho e José Roberto Monte, também arrolados no polo passivo do lançamento.

Ciente das exigências e com elas irredutível, a contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. apresentou a impugnação de fls. 707/726.

A unidade preparadora buscou dar ciência do lançamento também ao responsável tributário Sr. José Roberto Monte por via postal. Às fls. 1387/1388 consta correspondência (auto de infração) devolvida ao remetente. Ato contínuo, foi publicado o EDITAL/DRF/CPS/SEFIS/Nº 15/2013, fl. 1384, afixado em 04/02/2013 e desafixado em 20/02/2013.

A 4ª Turma da DRJ em Campinas/SP analisou a impugnação apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 05-40.833, de 18/06/2013 (fls. 1330/1378), considerou procedente o lançamento com a seguinte ementa (grifo não consta do original):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2007

*SUJEIÇÃO PASSIVA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA
SOLIDÁRIA. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.*

Opera-se a preclusão processual relativamente à sujeição passiva da pessoa física e/ou jurídica que deixa de apresentar argumentos de defesa em relação à atribuição da respectiva responsabilidade solidária pelo crédito tributário constituído.

LANÇAMENTO. NULIDADE. MPF.

Tendo sido o lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais e não havendo prova de violação das disposições contidas no artigo 142 do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto nº 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade do lançamento em questão.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF é um instrumento de controle, planejamento e gerenciamento interno, que visa institucionalizar, no âmbito da Secretaria da Receita Federal, o procedimento fiscal. A eventual inobservância às normas que o regulamentam jamais pode invalidar o lançamento fiscal constituído nos moldes do art. 142 do CTN e demais regras relativas ao Processo Administrativo Fiscal.

NULIDADE. PROVA ILÍCITA.

Os extratos bancários contendo movimentação financeira em nome de interposta pessoa não constituem prova ilícita quando fornecidos pelas instituições bancárias ao Fisco em decorrência

da instauração de processo administrativo fundamentado na legislação em vigor.

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. CSLL. PIS. COFINS.

Na medida em que as exigências reflexas têm por base os mesmos fatos que ensejaram o lançamento do imposto de renda, a decisão de mérito prolatada naquele constitui prejudgado na decisão dos autos de infração decorrentes.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007

DEPÓSITOS BANCÁRIOS. OMISSÃO DE RECEITA. Evidenciam omissão de receita os depósitos realizados em conta de interposta pessoa, em relação aos quais a contribuinte, regularmente intimada, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

CONTAS BANCÁRIAS EM NOME DE TERCEIRO. É válida a presunção legal de receita omitida, com base em depósitos sem prova da origem dos recursos, quando a interessada movimentar e utiliza conta bancária em nome de interposta pessoa.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2007

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA. PRESENÇA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. Diante da caracterizada fraude, em vista da interposição de pessoa, a decadência rege-se pelo artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, não se caracterizando para os fatos geradores objeto do lançamento.

MULTA QUALIFICADA. INTERPOSTA PESSOA. A multa de ofício de 150% é devida nos casos em que for comprovado o evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2007

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária não é de competência da autoridade administrativa, mas sim exclusiva do Poder Judiciário.

Do voto do relator do acórdão de primeira instância, extrai-se o seguinte excerto (fl. 1350):

9. Inicialmente, quanto à responsabilidade tributária, opera-se a correspondente preclusão processual, diante da ausência de impugnações a serem

individualmente apresentados pelas pessoas identificadas como sujeitos passivos solidários, ou seja, **os Senhores José Roberto Monte**, CPF nº 034.186.976-74 e **Baltazar Borges Fiúza Filho**, CPF nº 340.785.416-15. Nesse contexto, consolida-se administrativamente a matéria atinente à responsabilidade solidária dessas pessoas físicas.

A contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda., cientificada da decisão de primeira instância, apresentou o recurso voluntário de fls. 1399/1413.

Após o cumprimento de diligência determinada por este CARF (Resolução nº 1302-000.368, de 04/03/2015, fls. 1457/1478) para saneamento de aspectos atinentes à ciência da decisão de primeira instância aos responsáveis, o responsável tributário Sr. José Roberto Monte apresentou o recurso voluntário de fls. 1496/1513, subscrito por advogado com poderes para tanto (procuração à fl. 1514).

O responsável tributário Sr. Baltazar Borges Fiúza Filho, regularmente cientificado, não apresentou recurso voluntário.

O processo veio a julgamento em 01/03/2016. Na ocasião, foi prolatado o acórdão ora embargado nº 1301-001.930 (fls. 1520/1555), mediante o qual foi negado provimento ao recurso voluntário interposto pela contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda. O responsável tributário Sr. José Roberto Monte teve negado conhecimento ao seu recurso voluntário, equivocadamente tido por intempestivo.

O acórdão embargado não possui qualquer mácula no que respeita ao recurso interposto pela Contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.

Os argumentos recursais trazidos pelo Sr. José Roberto Monte (fls. 1496/1513) podem ser sintetizados como segue:

a) Sob o título “*Dos fatos e razões de reforma da decisão recorrida*”, o recorrente aduz, quase com as mesmas palavras, os argumentos que constam do recurso voluntário interposto pela contribuinte Aspen Distribuidora de Combustíveis Ltda.:

- Valendo-se da Súmula CARF nº 32, o recorrente sustenta que não haveria prova de todos os depósitos havidos na conta bancária da empresa Campineira, mas tão somente de três movimentações específicas. Não seria possível, por sua ótica, atribuir à Aspen toda a movimentação financeira ocorrida. O lançamento seria, então, nulo.
- Outro motivo de nulidade do lançamento seria o fato de que depósito bancário não constitui fato gerador de IRPJ, CSLL, PIS nem COFINS.
- Com base nas súmulas CARF nº 14 e nº 25, o recorrente combate a multa qualificada aplicada ao lançamento. Lembra que a autuação se deu exclusivamente com base em presunção legal de omissão de receitas e que não estaria comprovada a ocorrência de fraude, sonegação nem conluio.

- Na mesma linha de raciocínio, sustenta que não haveria fundamento para a responsabilização pessoal dos sócios, segundo art. 135 do CTN.

b) Sob o título “*Da inexistência de responsabilidade tributária solidária*”, o recorrente discorre sobre a doutrina referente ao art. 135 do CTN; afirma que o Fisco não teria individualizado a conduta que teria sido praticada pelo então administrador, ora recorrente; sustenta que a responsabilidade, no caso, pressupõe dolo, não provado, demonstrado nem individualizado nos autos; *ad argumentandum*, acrescenta que, quando muito, se poderia cogitar de responsabilidade subsidiária; colaciona jurisprudência e doutrina que entende aplicáveis.

c) Conclui com o pedido de exclusão da responsabilidade do sócio José Roberto Monte, por não estar configurada a hipótese do art. 135, III, do CTN.

Ressalte-se que o Sr. José Roberto Monte foi regularmente cientificado do lançamento e da responsabilidade tributária que lhe foi imputada, bem assim do prazo legal para pagar ou impugnar a exigência. Essa impugnação, diga-se, teria abrangência a mais ampla possível, alcançando desde a sujeição passiva até todos os aspectos formais e materiais do lançamento. Esse é o momento processual para o exercício da ampla defesa e do contraditório, princípios constitucionais da maior relevância, garantidos no âmbito do processo administrativo fiscal. A matéria é regulada pelos arts. 14 a 17 e 21 do Decreto nº 70.235/1972, *verbis*:

Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

[...]

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

[...]

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

[...]

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

[...]

Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Ocorre que o Sr. José Roberto Monte, regularmente intimado do lançamento, deixou de comparecer aos autos no momento processual oportuno, não apresentando a impugnação que lhe foi facultada, nem adotando qualquer outra providência (por exemplo, pagar ou parcelar a exigência). Desta forma, operou-se a revelia processual com relação a esse sujeito passivo (embora não com relação à contribuinte Aspen, cuja impugnação foi regularmente julgada em primeira instância, idem quanto ao recurso voluntário em segunda instância).

A revelia implicou a definitividade, na esfera administrativa, da responsabilidade tributária, conforme declarado pelo julgador *a quo*. De se ressaltar que não se declarou, em primeira instância, a definitividade de outros aspectos do lançamento, visto que poderiam ser modificados em face da impugnação e/ou recurso voluntário da Aspen, os quais, se acolhidos, poderiam gerar efeitos extensivos aos demais sujeitos passivos solidários, ainda que revéis. Agora se vê que isto não aconteceu: tanto a impugnação quanto o recurso voluntário da contribuinte Aspen foram rejeitados, mantendo-se integralmente o lançamento.

O recurso voluntário do Sr. José Roberto Monte é, pelo exposto, de cognição muito restrita, diante da falta de impugnação. Somente poderia ser conhecido caso destinado a contraditar a afirmação de que deixou de apresentar impugnação ou a buscar desconstituir os efeitos da revelia. No entanto, em momento algum o recorrente Sr. José Roberto Monte combate ou contesta a decisão de primeira instância, a qual expressamente afirmou a não apresentação de impugnação, de sua parte, ao lançamento, considerando definitiva a responsabilidade tributária que lhe foi imputada.

Diante disso, os argumentos por ele trazidos em sede de impugnação esbarram na preclusão processual, consequência lógica do devido processo legal, outro princípio igualmente caro ao direito processual. Tais argumentos, assim, não podem ser conhecidos.

Acerca do instituto da preclusão, assim leciona Humberto Theodoro Júnior¹:

A essência da preclusão, para Chiovenda, vem a ser a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.

¹ THEODORO Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 40ª Ed., Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 480.

Decorre a preclusão do fato de ser o processo uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez.

Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se transformaria numa rixa infundável.

É verdade que, em algumas situações, exceções são aceitas a esse princípio. No que toca à prova documental, o § 4º do art. 16, acima, relaciona as três situações em que se admite a juntada extemporânea de documentos. Além disto, em atenção ao princípio da verdade material, a jurisprudência administrativa tem sido complacente e admitido que, em alguns casos específicos, documentos sejam trazidos aos autos na fase recursal, especialmente quando se trata da comprovação inequívoca de direito tempestivamente alegado.

Já quanto a alegações de direito, a legislação mencionada não admite qualquer exceção. Ou a matéria é questionada no período reservado à impugnação, ou é tida por não impugnada. Também aqui a jurisprudência administrativa tem considerado algumas exceções. A título ilustrativo, no Direito positivado encontramos o § 3º do art. 485 da Lei nº 13.105/2015 (CPC – Código de Processo Civil), aplicável subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

[...]

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X - nos demais casos prescritos neste Código.

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

Disposições muito semelhantes já constavam da Lei nº 5.869/1973 (CPC anterior), no § 3º do art. 267:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

A doutrina cuida do assunto sob o nome de *questões de ordem pública*. Tais questões são aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, em geral, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo, refletindo-se na própria segurança jurídica. Os exemplos acabados a serem citados, especialmente aplicáveis ao processo administrativo fiscal, são a decadência, as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade de parte), além dos pressupostos processuais de existência e validade. Em tais situações, a jurisprudência administrativa tem admitido o exame em segundo grau mesmo na ausência de pré-questionamento na fase impugnatória ou, ainda, que o relator ou qualquer dos julgadores suscite de ofício matéria não impugnada nem recorrida.

No caso concreto, bem se vê que não está em discussão questão que possa ser entendida como sendo de ordem pública, a ser apreciada de ofício. Se o responsável tributário Sr. José Roberto Monte abriu mão de comparecer ao processo no momento oportuno, descabe conhecer de seus argumentos neste momento, o que implicaria supressão de instância, violando os princípios do devido processo legal e da duração razoável do processo. A teor do que dispõe o artigo 17 do Decreto nº 70.235, de 1972, na redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.532, de 1997, a matéria que não tenha sido expressamente contestada, considerar-se-á não impugnada, tornando-se preclusa. Não tendo sido objeto de impugnação nem se tratando de matéria de Ordem Pública, carece competência à autoridade de segunda instância para dela tomar conhecimento em sede de recurso voluntário.

Em conclusão, por todo o exposto, voto no sentido de conhecer dos embargos inominados de fls. 1761/1766 e dar-lhes provimento, para sanar a inexistência material apontada e comprovada, com o que resta reconhecida a tempestividade do recurso voluntário (fls. 1496/1513) interposto pelo responsável tributário Sr. José Roberto Monte. No entanto, deixo de conhecer desse mesmo recurso voluntário, em face da preclusão. Com isso, fica ratificado o quanto decidido no acórdão embargado, nº 1301-001.930, de 01/03/2016 (fls. 1520/1555), muito embora com outro fundamento, no que respeita ao não conhecimento do recurso do Sr. José Roberto Monte.

(assinado digitalmente)

Waldir Veiga Rocha

Processo nº 10830.727525/2012-19
Acórdão n.º **1301-002.206**

S1-C3T1
Fl. 1.821
