



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

Processo nº 13629.003949/2008-91
Recurso nº 502.183 Voluntário
Acórdão nº **2302-01.843 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de maio de 2012
Matéria Aferição Indireta.
Recorrente COTENCO CONSTRUÇOES E COMERCIO LTDA
Recorrida DRJ - BELO HORIZONTE MG

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/2004 a 29/02/2004

Ementa: PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. INOVAÇÃO EM RECURSO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA.

Conforme expressamente previsto no art. 17 do Decreto n.º 70.235 na redação conferida pela Lei n.º 9.532 de 1997, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

De acordo com o previsto no inciso III do art. 16 do Decreto n.º 70.235, a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

O sujeito passivo tem o ônus da impugnação específica, e caso esta não seja efetuada, considerar-se-ão verdadeiros os fatos apontados pela fiscalização federal. Além de gerar a preclusão processual, não podendo ser alegada a matéria em grau de recurso, em função da exigência prevista no art. 16, inciso III do Decreto n.º 70.235. No mesmo sentido é do disposto no art. 473 do CPC, aplicado subsidiariamente no processo administrativo tributário, em que se proíbe à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Assim, todas as alegações devem ser concentradas na impugnação, que é a primeira oportunidade que o sujeito passivo possui para se manifestar nos autos do processo administrativo.

PENALIDADE PECUNIÁRIA – VALOR APLICADO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Não há dúvida da importância dos princípios para o ordenamento jurídico, pois os mesmos são vetores para elaboração dos atos normativos, devendo ser observados pelo Poder Legislativo na elaboração das leis. Portanto são direcionados ao legislador, sendo critérios pré-legais, e caso não sejam observados, e seja publicada uma lei com ofensa a princípios constitucionais, cabe análise e censura pelo Poder Judiciário. Entretanto, uma vez sendo publicada a lei, há presunção de constitucionalidade da mesma, e cabe ao

Poder Executivo, cumprir e executar as determinações legais, sem que se faça juízo de valoração do ato, sob pena de fragilidade do ordenamento constitucional, e invasão de atribuições entre os Poderes. O Poder Executivo somente utilizará os princípios na hipótese de falta de disposição expressa legal, conforme previsto no art. 108 do CTN; logo se há dispositivo legal, não cabe aplicação direta dos princípios em detrimento do ato legal, sob pena de ofensa ao art. 108 do Codex Tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade foi negado provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Adriana Sato e Manoel Coelho Arruda Júnior.

Relatório

O presente lançamento tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social em virtude da utilização de mão-de-obra assalariada, na edificação de obra de construção civil de responsabilidade do notificado, fls. 16 a 18. Os valores foram lançados por aferição indireta, relativos à diferença da NFLD nº 37.078.903-2, lavrada em 22/2/2007.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela sociedade empresária, fls. 32 a 46.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento analisou os argumentos da autuada e proferiu a decisão de fls. 396 a 401, mantendo o lançamento.

Não concordando com a decisão, houve interposição de recuso voluntário conforme fls. 403 a 417. Alegou, em síntese, a autuada:

- a) Devia ser julgado o presente recurso com as notificações conexas;
- b) Não cabia a aferição de valores;
- c) Fora demonstrada a regularidade dos lançamentos contábeis;
- d) A multa aplicada afrontava o princípio do não-confisco;

Não foram apresentadas contrarrazões pelo órgão fazendário.

É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 419. Pressuposto de admissibilidade superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

O recorrente inovou as alegações em recurso. Dessa forma, as matérias que não foram expressamente impugnadas em primeira instância, não serão conhecidas por este Colegiado.

Conforme expressamente previsto no art. 17 do Decreto n ° 70.235 na redação conferida pela Lei n ° 9.532 de 1997, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

De acordo com o previsto no inciso III do art. 16 do Decreto n ° 70.235, a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

A redação do art. 17 do Decreto n ° 70.235 retrata o disposto no art. 302 do CPC, nestas palavras:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

Desse modo, analisando em conjunto o Decreto n ° 70.235 e o CPC, o sujeito passivo tem o ônus da impugnação específica, e caso esta não seja efetuada, considerar-se-ão verdadeiros os fatos apontados pela fiscalização federal. Além de gerar a preclusão processual, não podendo ser alegada a matéria em grau de recurso, em função da exigência prevista no art. 16, inciso III do Decreto n ° 70.235. No mesmo sentido é do disposto no art. 473 do CPC, aplicado subsidiariamente no processo administrativo tributário, em que se proíbe à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Assim, todas as alegações devem ser concentradas na impugnação, que é a primeira oportunidade que o sujeito passivo possui para se manifestar nos autos do processo administrativo.

No primeiro momento oportuno para se manifestar nos autos, a parte tem o ônus de impugnar toda a matéria.

Entretanto, há matérias que independentemente de arguição pelo sujeito passivo na impugnação podem ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador. São elas: a relativa a direito superveniente, surgida somente após a impugnação, ou no corpo da decisão de primeiro grau; ou as relativas às questões que o julgador pode conhecer de ofício como a decadência e os pressupostos processuais; ou às questões que envolvam nulidade absoluta, que são aquelas não passíveis de convalidação.

As nulidades absolutas no processo administrativo estão previstas no art. 59 do Decreto nº 70.235 de 1972, nestas palavras:

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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Fora das hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235, as demais irregularidades serão sanadas apenas se resultarem prejuízo ao sujeito passivo, e desde que tenham sido argüidas pelo sujeito passivo, pois caso contrário haverá preclusão, na forma do art. 17 do Decreto nº 70.235.

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.

Conforme previsto no art. 61 do Decreto nº 70.235, a nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. Assim, pode o Conselho de Contribuintes como órgão julgador da legitimidade do lançamento fiscal reconhecer a nulidade absoluta, o que não ocorreu *in casu*.

Não procede o argumento recursal de que devia ser julgado o presente recurso com as notificações conexas. Esses autos possuem todos os elementos probatórios suficientes para que seja proferido o julgamento, não havendo prejudicialidade em relação às demais notificações.

Ao contrário do afirmado pela recorrente, foi correta a aferição realizada pela fiscalização tributária. Conforme consignado pela Auditoria Fiscal, cujo trecho é transcrito no recurso: "Analisada toda a documentação apresentada e ainda, a solicitada através do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, de 22/11/2007, foi verificado que a obra

encerrou-se em 31/01/2004 e a empresa, em março, abril, maio, setembro e outubro/2004, efetuou lançamentos de aquisição de materiais empregados na obra (cimento, telhas, tintas), bem como houve contabilização de aquisição de equipamentos de segurança, pagamento de refeições, quando não mais possuía trabalhadores alocados na obra, ou seja, não restando comprovada a mão-de-obra necessária para a sua utilização ou os materiais não foram utilizados na referida obra."

Desse modo, a contabilidade não registrou o movimento real de todos os fatos geradores, o que possibilitou o arbitramento dos valores na forma do art. 148 do CTN e do art. 33, parágrafos 3º a 6º da Lei n 8.212 de 1991. Os argumentos colacionados pela recorrente confirmam a continuidade da obra, apesar de já encerrada na contabilidade.

Quanto à alegação de não observação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; da proibição de efeito confiscatório e da capacidade contributiva, teço os seguintes comentários. Não há dúvida da importância dos princípios para o ordenamento jurídico, pois os mesmos são vetores para elaboração dos atos normativos, devendo ser observados pelo Poder Legislativo na elaboração das leis. Portanto são direcionados ao legislador, sendo critérios pré-legais, e caso não sejam observados, e seja publicada uma lei com ofensa a princípios constitucionais, cabe análise e censura pelo Poder Judiciário. Entretanto, a lei publicada possui presunção de constitucionalidade, e cabe ao Poder Executivo cumprir e executar as suas determinações, sem que se faça juízo de valoração do ato, sob pena de fragilidade do ordenamento constitucional, e invasão de atribuições entre os Poderes. O Poder Executivo somente utilizará os princípios na hipótese de falta de disposição expressa legal, conforme previsto no art. 108 do CTN; logo se há dispositivo legal, não cabe aplicação direta dos princípios em detrimento do ato legal, sob pena de ofensa ao art. 108 do Codex Tributário.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário e pela negativa de provimento a ele.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira