



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

Processo nº 16095.720017/2013-38
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-004.038 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de maio de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrentes GERAL EXPRESSO AGENCIAMENTO DE TRANSPORTE DE CARGAS LTDA - EPP e FAZENDA NACIONAL
GERAL EXPRESSO AGENCIAMENTO DE TRANSPORTE DE CARGAS LTDA - EPP e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

Autos de Infração DEBCAD's nºs 51.006.098-6 e 51.026.9079

Consolidados em 31/01/2013

RECURSO DE OFÍCIO.

Recurso de ofício que pauta seus fundamentos em atacar matéria fática não merece acolhimento as suas razões, como ocorreu no caso em tela, onde um AI DEBCAD foi considerado indevido ao lançar valores comprovadamente pagos.

RECURSO VOLUNTÁRIO.

ILEGITIMIDADE PARA COMPOR O PÓLO PASSIVO DA AUTUAÇÃO. INDEVIDA ALEGAÇÃO, eis que a responsabilidade solidária está fulcrada no que prescreve o inciso I do art. 124 CTN - Código Tributário Nacional Lei nº 5.172 de 25/10/66, que as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário.

LANÇAMENTO EQUIVOCADO. Inexistência. No caso em tela a Recorrente alega que o lançamento encontra-se equivocado, já que ele foi lastreado com base em suas informações/declarações. Entretanto é dever do fiscalizador, ao observar a dissonância com a lei, realizar a autuação. Ademais, todas as GFIP's estavam com seus preenchimentos, tecnicamente corretos, entretanto a Recorrente informava ser optante do SIMPLES sem que o fosse, e este era o erro.

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DE EXAÇÃO. CARF. Ilegítimo para tal discussão em face do que dispõe sua competência. Incompetência pronunciada em Súmula nº 02 da Corte.

ARROLAMENTO DE BENS. LEGALIDADE.

Arrolamento de bens está previsto na inteligência dos artigos 64 e 64-A da Lei nº 9.532/97.

Recurso de Ofício negado e Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Wilson Antonio de Souza Corrêa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro Jose Silva e Adriano Gonzáles Silvério

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra o Recorrente, compreendendo as contribuições da empresa (artigo 22, incisos I e II da Lei nº 8.212/91) e contribuições destinadas a terceiros, incidentes sobre os valores do salário de contribuição dos segurados empregados. Sendo um DEBCAD para cada exação.

Declarou-se optante do SIMPLES, sem que houvesse sido inscrita no referido programa de tributação simplificada.

A alíquota do SAT/GILRAT considerando a Classificação Nacional de Atividades Econômicas/CNAE, é de 3,00% para o ano calendário 2009, sendo que em razão da previsão contida no artigo 202-A do Decreto 3.048/99, o Fator Acidentário de Prevenção/FAP foi aplicado nos valores de 1,7370 e 1,1578 resultando nos percentuais de 5,2110% em 2010 e 3,4734% em 2011.

A multa de ofício foi majorada para 150% de acordo com o art. 44, inciso I e §1º, da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 11.488/2007, em virtude da constatação da prática reiterada de sonegação das contribuições previdenciárias à luz da Lei 4.502/64, em seu art. 71, inciso I, com redação da Lei 11.488/07.

O sócio administrador a época dos fatos apontados, Sr. Manoel Gomes da Rosa, foi considerado responsável solidário pelo débito com fundamento no artigo 124 da Lei nº 5.172/66, pelas razões expostas no Termo de Sujeição Passiva Solidária, que integra o Auto de Infração.

Após noticiada da autuação, a Recorrente apresentou defesa com suas razões, cujas quais foram consideradas parcialmente procedente, decaindo o crédito previdenciário em mais de um milhão no DEBCAD nº 51.006.098-6, eis que as guias de recolhimento código 2631 (retenção de 11% na prestação de serviços com cessão de mão de obra/empreitada) juntadas na defesa, deve ser feita a retificação da base de cálculo do levantamento GF.

Isto porque, seguindo a Instrução Normativa RFB nº 900, de 30/12/2008, para ter direito à compensação da retenção, os valores retidos devem estar declarados em GFIP e destacados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços ou haja comprovação de que a contratante tenha efetuado o recolhimento das contribuições devidas. No caso em tela as empresas contratantes recolheu as guias no código FPAS 2631.

Teve notícia da decisão em 21.JUN.2013 e no dia 22.JUL.2013 aviou o presente remédio, com as seguintes alegações: i) tempestividade; ii) preliminares de ilegitimidade; iii) equívoco do lançamento; iv) dos lançamentos referente a terceiros – afronta ao princípio da legalidade genérica e da estrita legalidade; v) SAT; vi) da aplicação da multa; vii) do arrolamento de bens.

Eis em síntese apertada o relato do necessário para o julgamento.

Voto

Conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa – Relator

Os presentes recursos aviados acodem os pressupostos e requisitos de admissibilidade, razão pela qual, desde já, os conheço.

RECURSO DE OFÍCIO

Com a impugnação a DRJ certificou que haveria de ser julgada decadente o crédito previdenciário consolidado no DEBCAD nº 51.006.098-6, eis que as guias de recolhimento código 2631 (retenção de 11% na prestação de serviços com cessão de mão de obra/empreitada) juntadas na defesa, deveria ter sido considerada, retificando, desta forma a base de cálculo do levantamento GF.

É questão fática, como considerou a decisão de piso, não merecendo retoque, eis que comprovada o recolhimento.

RECURSO VOLUNTÁRIO**i) TEMPESTIVIDADE**

Revela-se tempestivo o presente remédio recursivo, eis que a ciência da decisão de piso é datada de 21/06/2013 (sexta-feira) e, em menos de trinta dias, ou seja, no dia 22/07/2013 a Recorrente protocolizou o presente remédio recursivo, conforme determina a legislação, Decreto 70.325/72, Artigo 33, 'in verbis':

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

Desta forma, demonstrado está a tempestividade do presente Recurso Voluntário.

ii) PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DO SÓCIO PARA COMPOR O PÓLO PASSIVO

Na faze de impugnação a Recorrente e o sócio arrolado como responsável solidário apresentaram suas inconformidades com a autuação e em ambas peças defensivas utilizaram-se dos mesmos argumentos, sendo que a DRJ, numa decisão irretocável, quanto ao quesito em tela, manejou suas razões de manutenção do sócio no pólo passivo, cujas quais peço vênha para fazer também minhas palavras. Sendo assim, sustentado:

Tendo em vista que tanto na impugnação apresentada pela empresa autuada como na defesa apresentada pelo sócio Manoel Gomes da Rosa houve insurgência contra a responsabilidade solidária atribuída ao referido sócio, a matéria será analisada em conjunto neste tópico.

Em síntese, as defesas pleiteiam a exclusão da responsabilidade solidária atribuída ao sócio Manoel Gomes da Rosa, pois a responsabilidade pelos débitos é da pessoa jurídica e para a responsabilização do sócio nos moldes do artigo 135, do CTN, necessária a presença do dolo na conduta do agente, o que não restou comprovado pela fiscalização.

Vejamos como a fiscalização descreve a responsabilização solidária do sócio Manoel Gomes da Rosa constante do Termo de Sujeição Passiva Solidária de fls. 152/154:

No exercício das funções de Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil constatamos que o Sr. MANOEL GOMES DA ROSA, à época, sócio administrador do sujeito passivo agiu com infração à legislação tributária, conforme descrito adiante:

Prescreve o Inciso I do art. 124 CTN Código Tributário Nacional Lei nº 5.172 de 25/10/66, que as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal são solidariamente obrigadas em relação ao crédito tributário.

(...)

Os atos da empresa são sempre praticados através da vontade de seus dirigentes.

A responsabilidade do administrador se fundamenta no dever de zelo que este deve ter para com o patrimônio da pessoa jurídica. O CTN (Código Tributário Nacional) também infere no' inciso III do artigo 135, que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Constatamos que, durante o período do lançamento do crédito tributário, o Sr. MANOEL GOMES DA ROSA administrava a empresa GERAL EXPRESSO AGENCIAMENTO DE TRANSPORTE DE CARGAS LTDA (Sujeito Passivo).

Na 14ª alteração contratual, registrada na JUCESP sob nº 339.541/106 em 22/10/2010, embora estranhamente datada de 03/10/2008, foi consignada a alteração do quadro societário com a saída do sócio MANOEL GOMES DA ROSA, e o ingresso de outro sócio na empresa, porém verificamos que atos de gestão, no lapso de tempo compreendido entre a assinatura e o registro na Junta Comercial, foram praticados através do SR. MANOEL GOMES DA ROSA

A dúvida quanto à gestão da empresa no período compreendido entre a assinatura da alteração de Contrato

Social e seu registro na JUCESP foi dirimida, mediante o acompanhamento do processo (COMPROT 16095.000630/200959) oriundo do procedimento fiscal MPF 08.1.11.002009002567, onde foram juntados os instrumentos legais assinados e autenticados com o objetivo de impugnar o lançamento efetuado pela fiscalização: Procurações datadas de 21/05/2009, 02/11/2009 e 30/11/2009, Pedido de Impugnação datado de 23/12/2009, Procuração Pública datada de 11/09/2009, Interposição de Recurso Voluntário datado de 20/04/2010 e nova Procuração datada também de 20/04/2010, todos esses documentos remetendo ao SR. MANOEL GOMES DA ROSA, na qualidade de sócio gerente da empresa.

Esses atos evidenciam a situação de fato quanto à administração da empresa Geral Expresso Agenciamento de Transporte de Cargas Ltda.

Apesar de praticar todos esses atos como responsável pela sociedade, deixou de informar aos órgãos próprios, fato relevante ocorrido com sua sócia, que veio a falecer em 24/10/2008, ferindo a cláusula contratual contida . Assim, apesar de se ler na 13ª Alteração Contratual registrada em 25/06/2010 sob nº 192.793/100, que traz em sua décima primeira cláusula a previsão da continuidade da sociedade em caso de dissolução por morte, prevendo o recebimento, por parte do sucessor do sócio cotista falecido o valor de suas cotas apurado em balanço patrimonial especial, em doze parcelas mensais , iguais e consecutivas, sem juros, sendo que a primeira pagável trinta dias após o evento, o registro foi efetuado cerca de 20 meses após o óbito da sócia cotista MARIA DO CARMO GOMES DA ROSA, ocorrido em 24/10/2008, e detentora de 99% das quotas societárias, sem qualquer aditivo relatando fato tão significativo.

Obviamente, as alterações posteriores foram registradas após o evento, a última, 15ª alteração contratual, em 25/04/2012.

Paralelamente a estas questões, a empresa apresentou GFIP's, informando no campo "código do Simples" a opção 2, destinada à empresas optantes pelo sistema SIMPLES, o que não é o caso do contribuinte em questão, que deveria ter informado a opção 1 (empresa sujeita à tributação normal).

O procedimento acima descrito ocasionou o cálculo automático no sistema de que o valor devido à Previdência Social seria apenas o referente à contribuição da parte dos empregados e a dos administradores, razão pela qual está sendo lavrado este Auto de Infração para a cobrança das contribuições relativas à Parte da Empresa, SAT/RAT e Terceiros (SESI, SENAI, INCRA, SEBRAE e Salário Educação).

A prática utilizada pela autuada, de informar à Receita Federal do Brasil valores inferiores aos efetivamente

faturados e devidos pela empresa, constitui, em tese, crime contra a ordem tributária, a ser apurado em instância própria, como define o inciso I dos Arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90:

(...)

Ante o exposto, restou caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do já mencionado art. 124 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional).

Para melhor compreensão dos fatos, vejamos como ocorreram as alterações contratuais referidas no Termo de Sujeição Passiva.

Na ficha cadastral completa juntada pela fiscalização, fls.116/120, consta em alteração contratual datada de 03/10/2008 e registrada em 22/10/2010, a retirada de Manoel Gomes da Rosa da sociedade, o ingresso de Odair Marcos Bernart como único sócio administrador, remanescendo Maria do Carmo da Rosa como sócia detentora de 99% do capital social.

Apesar de constar na 14ª alteração contratual, datada de 03/10/2008, fls. 127/131, a retirada do sócio Manoel Gomes da Rosa, este comprovadamente atuou como sócio administrador no período do presente débito pois na referida ficha cadastral consta em registro datado de 21/08/2009, que a alienação de bens dependia exclusivamente da assinatura do sócio Manoel Gomes da Rosa.

Além disto, comprovado nos autos do processo 16095.000630/200959, que Manoel Gomes da Rosa agia em nome da sociedade ao representá-la para interposição de recursos administrativos no referido processo, o que pode ser verificado nas folhas 383, 401/402, 571, 604, daquele auto.

Ou seja, apesar de Manoel Gomes da Rosa formalmente ter se retirado da sociedade em 2008, mantinha-se de fato como sócio da autuada praticando atos de gerência nos anos calendários de 2009 e 2010, conforme apurado nos documentos juntados nos autos do processo 16095.000630/200959, quais sejam: procurações datadas de 21/05/2009, 02/11/2009 e 30/11/2009, pedido de Impugnação datado de 23/12/2009, procuração pública datada de 11/09/2009, interposição de Recurso Voluntário datado de 20/04/2010 e procuração datada também de 20/04/2010.

Outro fato que deve ser destacado é que na 14ª alteração contratual datada de 03/10/2008, fls. 127/131, houve encerramento das filiais Curitiba, Rio de Janeiro, Monte Mor/SP e Porto Alegre, e ainda cláusula de exoneração de responsabilidade em relação ao sócio retirante, Manoel Gomes da Rosa, conforme transcrevo abaixo:

Cláusula segunda: Das Disposições Gerais. Os sócios cessionários, por acordo entre as partes, declaram que o sócio cedente MANOEL GOMES DA ROSA, em virtude de não ter de fato participado da gestão e administração da empresa dentro do período que esteve caracterizado como sócio administrador, de todo o passivo da sociedade até a apresente data, compreendendo dívidas fiscais, tributárias tais como impostos e Débitos Previdenciários e Mercantis.

Cláusula Décima Quarta: Deliberações Gerais. O sócio cessionário, por acordo entre as partes, exclui o sócio cedente MANOEL GOMES DA ROSA, em virtude de não ter de fato participado da gestão e administração da empresa dentro do período que esteve caracterizado como sócio administrador, e ainda assume neste ato todo o passivo da sociedade até a presente data, compreendendo dívidas fiscais, tributárias tais como impostos e Débitos Previdenciários e mercantis.

Ainda que referidas cláusulas não gerem qualquer exclusão de responsabilidade por débitos tributários, a teor do disposto no artigo 123 do Código Tributário Nacional/CTN, evidenciam a tentativa do sócio de eximir-se da responsabilidade tributária pelos débitos porventura existentes já àquela época.

Sendo assim, entendo que restou devidamente comprovado o interesse comum do sócio “de fato” Manoel Gomes da Rosa na administração da empresa no período do débito aqui discutido, subsumindo-se à hipótese prevista no artigo 124, inciso I, do CTN.

Desta forma, como dito, as razões da decisão de piso, faço-as minhas, eis que está devidamente demonstrado que o sócio de fato é o Srº Manoel da Rosa, que detém a administração da empresa, do período autuado.

iii) EQUIVOCO DO LANÇAMENTO

Diz a Recorrente que a Fiscalização baseou-se em suas declarações para fulcrar o lançamento e que isto é destoante da legislação e melhor doutrina. Sem razão.

Veja, as informações partiram dela, o que não há como querer ela favorecer-se de sua torpeza, eis que reconhece que delas, informações, a Fiscalização concluiu da ilegalidade previdenciária.

Em primeiro lugar há de ser respeitada a obrigação legal de o fiscalizador, ao constar que o contribuinte está irregular, executar o lançamento, conforme determina o Decreto 7.574/2011.

Por outro lado, equivoca-se a Recorrente ao dizer que as GFIP's foram consideradas irregulares, eis que a fiscalização informa no relatório fiscal sobre as GFIP de duas filiais relativas à competência 13 que se encontravam “aguardando exportação”, mas que foram aproveitadas, conforme se vê abaixo:

Houve falha na entrega de algumas GFIP por parte da empresa e nas competências referentes ao décimo terceiro salário das filiais 0002 (2009), 0004 (de 2009 a 2011), foi aproveitado o

valor da base de cálculo da GFIP na situação "aguardando exportação", por espelharem o valor da remuneração.

Mas não é só, eis que verificou a Fiscalização que houveram várias discordância de valores referentes a três filiais cujas GFIP's transmitidas foram substituídas sucessivamente em determinadas competências, o que motivou a solicitação de esclarecimentos. Entretanto, a Recorrida não apresentou justificativas legais e convincentes.

Ficou, portanto, comprovado que não há no lançamento qualquer anomalia que possa maculá-lo.

iv) DOS LANÇAMENTOS REFERENTE A TERCEIROS – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE GENÉRICA E DA ESTRITA LEGALIDADE; v) SAT;

Deseja a Recorrente discutir legalidade e constitucionalidade das exações, o que não é permissível nesta Corte, por ausência de competência, conforme já sumulado. Confira:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, como dizem os latinos: 'na clareza da lei cessa sua interpretação'.

Sem razão a Recorrente.

vi) DA MULTA

Diz da ilegalidade e austeridade fiscal pela aplicação da multa agravada em 150%, o que também não merece acolhimento os seus argumentos, eis que ela (multa agravada de 150%) tem seu fundamento no que dispõe o artigo 35-A da Lei 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/2009, e artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/96, que assim disciplinam:

Art. 35-A - Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Lei nº 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata (...)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei no 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis

No caso em tela a fiscalização fundamentou o agravamento da multa com base no comportamento reiterado de a Recorrente omitir informações a respeito das contribuições patronais e destinadas a terceiros em virtude da declaração em GFIP como optante pelo SIMPLES, configurando evidente intuito de sonegação, conforme artigo 71 da Lei nº 4.502/64, *verbis*:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

A Recorrente comprovou cabalmente o seu ‘animus decipiendi’, ao declarar-se optante do SIMPLES, sem nele figurar.

Portanto, acertada a multa aplicada.

vi) DO ARROLAMENTO DE BENS.

Quanto ao Termo de Arrolamento de Bens e Direitos/TAB, não há como dizer ilegal, eis que há apoio de dispositivo de lei, conforme inteligência dos artigos 64 e 64-A da Lei nº 9.532/97, ‘in verbis’:

Art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

§ 1º Se o crédito tributário for formalizado contra pessoa física, no arrolamento devem ser identificados, inclusive, os bens e direitos em nome do cônjuge, não gravados com a cláusula de incomunicabilidade.

§ 2º Na falta de outros elementos indicativos, considera-se patrimônio conhecido, o valor constante da última declaração de rendimento apresentada.

§ 3º A partir da data da notificação do ato de arrolamento, mediante entrega de cópia do respectivo termo, o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo.

§ 4º A alienação, oneração ou transferência, a qualquer título, dos bens e direitos arrolados, sem o cumprimento da formalidade prevista no parágrafo anterior, autoriza o requerimento de medida cautelar fiscal contra o sujeito passivo.

§ 5º O termo de arrolamento de que trata este artigo será registrado independentemente de pagamento de custas ou emolumentos:

I no competente registro imobiliário, relativamente aos bens imóveis;

II nos órgãos ou entidades, onde, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados;

III no Cartório de Títulos e Documentos e Registros Especiais do domicílio tributário do sujeito passivo, relativamente aos demais bens e direitos.

§ 6º As certidões de regularidade fiscal expedidas deverão conter informações quanto à existência de arrolamento.

§ 7º O disposto neste artigo só se aplica a soma de créditos de valor superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

§ 8º Liquidado, antes do seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, a autoridade competente da Secretaria da Receita Federal comunicará o fato ao registro imobiliário, cartório, órgão ou entidade competente de registro e controle, em que o termo de arrolamento tenha sido registrado, nos termos do § 5º, para que sejam anulados os efeitos do arrolamento.

§ 9º Liquidado ou garantido, nos termos da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, o crédito tributário que tenha motivado o arrolamento, após seu encaminhamento para inscrição em Dívida Ativa, a comunicação de que trata o parágrafo anterior será feita pela autoridade competente da Procuradoria da Fazenda Nacional.

§ 10. Fica o Poder Executivo autorizado a aumentar ou restabelecer o limite de que trata o § 7º deste artigo.

Art. 64-A. O arrolamento de que trata o art. 64 recairá sobre bens e direitos suscetíveis de registro público, com prioridade aos imóveis, e em valor suficiente para cobrir o montante do crédito tributário de responsabilidade do sujeito passivo.

Parágrafo único. O arrolamento somente poderá alcançar outros bens e direitos para fins de complementar o valor referido no caput.

Desta forma, novamente nos moldamos ao dizer latino que na clareza da lei cessa sua interpretação.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

A consolidação da autuação se deu posterior à novel legislação que trata da retroatividade mais benéfica ao contribuinte de 2009, ainda assim, não foi suscitada em sua defesa a aplicação dela, novel legislação.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão ‘extra petita’, como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênia para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja

manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINARINDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente

de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

Os Recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deles conheço, para no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

Wilson Antonio de Souza Corrêa - Relator

(assinado digitalmente)