



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	De 16 / 07 / 07
C	Rubrica

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

Recorrente : TRANSVAL - TRANSPORTES, SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DE VALORES LTDA.  
Recorrida : DRJ em Recife - PE

**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. REFIS. PROVA.**

Ausência de demonstração da existência ou da veracidade daquilo que o contribuinte alega como fundamento do direito que defende ou contesta, capaz de modificar o lançamento. Ausência de fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo fiscal.

**COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.**

A falta do regular recolhimento da contribuição nos termos da legislação vigente autoriza o lançamento de ofício para exigir o crédito tributário devido, com os seus consectários legais, juros e multa de ofício.

**TAXA SELIC.**

É lícita a exigência do encargo com base na variação da taxa Selic, conforme precedentes jurisprudenciais - AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 - SC.

**Recurso negado.**

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8 / 9 / 2006

Cleuzá Takafuji  
Secretária da Segunda Câmara

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TRANSVAL - TRANSPORTES, SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DE VALORES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 27 de julho de 2006.

Antonio Carlos Atulim  
Presidente

Maria Teresa Martínez López  
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Nadja Rodrigues Romero, Ivan Allegretti (Suplente), Antonio Zomer e Simone Dias Musa (Suplente).



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/9/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuza Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

Recorrente : TRANSVAL - TRANSPORTES, SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DE VALORES LTDA.

### RELATÓRIO

Contra a empresa nos autos qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - Cofins, referente aos períodos de outubro de 1997, janeiro, março, abril, junho, julho, setembro, outubro e dezembro de 1998 e janeiro de 1999 a julho de 2002. A ciência do auto se verificou em 17/12/2002.

Em prosseguimento adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a decisão recorrida:

*“Contra a empresa acima identificada foi lavrado o Auto de Infração de fls. 19 a 24 do presente processo, para exigência do crédito tributário referente aos períodos de outubro de 1997, janeiro, março, abril, junho, julho, setembro, outubro e dezembro de 1998 e janeiro de 1999 a julho de 2002, adiante identificado:*

CONTRIBUIÇÃO	FOLHA	VALOR (EM REAL)
COFINS	09	667.411,76
JUROS DE MORA		244.282,95
MULTA PROPORCIONAL		500.558,63
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO		1.412.253,34

*De acordo com o autuante, o referido Auto é decorrente da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, conforme descrito às fls. 21/24.*

*Inconformada com a autuação, a contribuinte apresentou a procuração anexada à fl. 174 e a impugnação de fls. 177 a 182, à qual anexou as fls. 183/361, onde requer seja a mesma recebida e provida para, caso entendam em não acatar a preliminar argüida, no mérito deva se anular o referido Auto de Infração, julgando-o totalmente improcedente para se excluir da importância a multa aplicada, bem como os juros considerados ilegais, protestando pela produção de perícia contábil para apurá-los.*

*Houve, em síntese, as seguintes alegações:*

*- o auto de infração referido não pode e não deve prosperar, haja visto não retratar a verdade dos fatos;*

*- a multa imputada é absolutamente indevida como penalidade, ante a completa ausência de dispositivo constitucional que a autorize. O que tenta o recorrido fazer é burlar 'implicitamente' a cobrança de juros superiores aos legais, aplicando uma multa que tem efeito confiscatório;*

*- além de cobrar multa indevida, a requerida ainda praticou anatocismo na operação realizada com a ora requerente. Há a impossibilidade de, legalmente, haver a capitalização dos juros, salvo quando, contratualmente seja feito ano a ano, portanto, calculados e capitalizados ilegalmente.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/9/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuza Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

*Em sua defesa, são inseridos textos da legislação, da doutrina e da jurisprudência judicial, sobre o assunto abordado.*

Por meio do Acórdão DRJ/REC nº 8471, de 18 de junho de 2004, os Membros da 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, consideraram procedente o lançamento. A ementa dessa decisão possui a seguinte redação:

*“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.- Cofins*

*Período de apuração: 01/10/1997 a 31/10/1997, 01/01/1998 a 31/01/1998, 01/03/1998 a 30/04/1998, 01/06/1998 a 31/07/1998, 01/09/1998 a 31/10/1998, 01/12/1998 a 31/07/2002*

*Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRELIMINAR DE NULIDADE.*

*Estando os atos administrativos, consubstanciadores do lançamento, revestidos de suas formalidades essenciais, não se há que falar em nulidade do procedimento fiscal.*

*INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS.*

*Não se encontra abrangida pela competência da autoridade tributária administrativa a apreciação da inconstitucionalidade das leis, vez que neste juízo os dispositivos legais se presumem revestidos do caráter de validade e eficácia, não cabendo, pois, na hipótese negar-lhe execução.*

*MULTA DE OFÍCIO.*

*A multa a ser aplicada em procedimento ex-officio é aquela prevista nas normas válidas e vigentes à época de constituição do respectivo crédito tributário, não havendo como imputar o caráter confiscatório à penalidade aplicada de conformidade com a legislação regente da espécie.*

*JUROS DE MORA.*

*Na imposição de juros de mora deve-se aplicar a legislação que regê a matéria.*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PEDIDO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA.*

*Apesar de ser facultado ao sujeito passivo o direito de solicitar a realização de diligências ou perícias, compete à autoridade julgadora decidir sobre sua efetivação, podendo ser indeferidas as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.*

*Lançamento Procedente”.*

A contribuinte, inconformada com a decisão prolatada, apresenta recurso a este Egrégio Conselho de Contribuintes, onde, em síntese e fundamentalmente, alega:

i - nulidade do auto de infração, pelas seguintes razões:

- informa (fl. 388) que o auto de infração é nulo de pleno direito (sic) “porquanto contém débitos relativos a períodos que encontram-se incluídos no parcelamento especial - REFIS, e com parcelamento absolutamente em dia.”;

- mais adiante afirma que (sic), contudo, em que pese estar honrando pontualmente suas obrigações, foi surpreendida com a notícia de sua exclusão sumária do Refis. Que, quanto ao Refis (fl. 390), por ter sido excluída do Refis, ingressou com Ação Anulatória, obtendo, no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em análise ao Agravo de Instrumento



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/19/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuzinha Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

interposto, efeito suspensivo ativo postulado, determinando manutenção da recorrente no Refis, suspendendo os efeitos da Portaria nº 55/2001 do Comitê Gestor;

- que (fl. 389), tecendo comentários sobre a política no País, reforma tributária e carga tributária, alega que (*sic*) “*é preciso ter o empresário em débito com o fisco não como um devedor contumaz, e sim como uma vítima da atual política tributária, que inclusive chega ao absurdo de majorar contribuições sociais com o fito de honrar débitos judiciais contraídos pela própria União Federal e Caixa Econômica Federal - CEF diante de sua incompetência no cálculo da inflação de determinados períodos (ex vi Lei Complementar 110/01).*”; e

ii - quanto ao direito, de forma geral, aduz ser inconstitucional as alterações decorrentes da Lei nº 9.718/98, no que concerne à majoração de alíquota e base de cálculo. Alega ser inconstitucional a exigência da multa de ofício, sob o entendimento de possuir caráter confiscatório, bem como a taxa Selic, por contrariar ao disposto no art. 161 do CTN.

Consta dos autos Termo de Arrolamento de Bens e Direitos para seguimento do recurso ao Conselho de Contribuintes, conforme preceitua o art. 33, § 2º, da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e Instrução Normativa SRF nº 264, de 20/12/2002.

É o relatório.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COMO ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/9/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuza Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA  
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, merecendo a sua admissibilidade.

As matérias tratadas no recurso voluntário dizem respeito, em preliminar, à suposta nulidade do auto de infração sob o entendimento de que haveriam parcelas inseridas no Refis. No mérito, invoca apenas a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade da exigência da Cofins, bem com dos consectários legais: juros e multa de ofício.

Passo ao exame das matérias acima discriminadas.

**i - Preliminar de nulidade do auto de infração - das provas dos fatos alegados**

Em primeiro lugar, apenas em grau de recurso a contribuinte alega que haveriam débitos relativos a períodos que se encontram incluídos no parcelamento especial. Muito embora tenha ocorrido a preclusão quanto à matéria somente agora alegada em grau de recurso, ainda assim meras alegações não fazem prova a seu favor.

O processo administrativo tributário e o processo judicial têm suas raízes no texto constitucional. O art. 5º, LV, da CF/88, assim dispõe: "*aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*". O presente dispositivo confere aos acusados em geral a proteção da ampla defesa e do contraditório. Os conceitos de contraditório e de ampla defesa são interligados, até porque o contraditório é, de certa forma, um meio ou um instrumento inerente à ampla defesa. Por contraditório entende-se a garantia de que nenhuma decisão ocorrerá sem a manifestação dos que são partes no conflito.

No processo administrativo tributário isto significa que o contribuinte tem direito de manifestar-se sobre toda e qualquer afirmação dos agentes do Fisco, antes da decisão. E também que os agentes do Fisco devem ser ouvidos sobre a defesa do contribuinte. A ampla defesa quer dizer o asseguramento que é feito ao contribuinte de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, dentro da época certa. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá de ser assegurado o direito do contribuinte de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente. As alegações, argumentos e provas trazidos pelo Fisco são necessários que correspondam uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do contribuinte.

Neste caso, inova a contribuinte, quando somente em grau de recurso alega, sem provar, que haveriam parcelas exigidas no auto de infração inseridas no Refis.

Prova, por definição, é a "*demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta*". ("apud" De Plácido e Silva - Vocabulário Jurídico). Em suma, como ensina MOACYR AMARAL DOS SANTOS, *in* Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, vol. 2. Ed. Saraiva, SP, 1977, p. 288 "*prova é a soma dos fatos produtores da convicção da autoridade julgadora, apurados no processo administrativo tributário*". Aliás, em qualquer ramo do Direito, como regra, e no

*J. J.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/9/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuzá Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

processo Administrativo Fiscal, prevalece a máxima contida no brocardo latino *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

O objeto da prova no processo administrativo tributário é os fatos deduzidos pelas partes e, com vistas às normas processuais administrativas da União, cujo preceito é o art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93, que assim dispõe: "*o sujeito passivo apresentará os pontos de discordâncias e as razões e provas que possuir*". Assim, cabe ao contribuinte indicar os pontos de discordâncias e com isto deduzir os fatos sobre os quais versará o litígio.

A palavra ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga a quem cabe o ônus da prova quer se saber a quem cabe a necessidade de prover os elementos probatórios suficientes para a formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Nesse sentido, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Por outro lado, se a recorrente alega que teria parcelado alguns valores, deveria ter apresentado alguma prova.

Portanto, a obrigação de provar será tanto do agente fiscal, como o disposto na parte final do *caput* do art. 9º do Decreto nº 70.235/72 (PAF)<sup>1</sup>, como do contribuinte que contesta o auto de infração, conforme se verifica pela redação dada ao art. 16 do Decreto nº 70.235/72 (PAF).<sup>2</sup>

Inexiste nos autos qualquer documento que ateste a veracidade do alegado pela recorrente. Concluo, no sentido de rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, sobretudo quando perfeitamente formalizado dentro das regras do processo administrativo fiscal.

## ii - Do mérito - inconstitucionalidades/ilegalidades.

Quanto a aspectos que envolvem apreciação de constitucionalidade de leis, consubstanciados em alegações sobre a Lei nº 9.718/98, inadequação da taxa Selic como juros de mora e efeito confiscatório da multa de lançamento de ofício, passo às observações seguintes.

*A priori*, cabe indagar se o direito de defesa do contribuinte no processo administrativo é tão amplo que abrangeria até a discussão relativa à inconstitucionalidade das leis. É necessário analisar esta questão com o devido cuidado. Há casos em que inexistem dúvidas quanto à não aplicabilidade da lei frente à interpretação da Constituição Federal, razão pela qual, em alguns casos, tem sido apreciado pelos julgadores administrativos.

Não se pode esquecer, primeiramente, que a Constituição é uma lei, denominada Lei Fundamental, e, por conseguinte, nada impede que o contribuinte invoque tal ou qual dispositivo constitucional para alegar que a lei ou o ato administrativo contraria o disposto na Constituição. Afinal, há uma gama de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica,

<sup>1</sup> "... deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito."

<sup>2</sup> "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."



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/9/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

Cleuza Takafuji  
Secretária da Segunda Câmara

cujo espectro deve ser reduzido a partir da aplicação dos valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho defende que a recusa de apreciação da constitucionalidade da lei no âmbito administrativo deve ser afastada. Em sua opinião, *"a existência de regra explícita produzida pelo Poder Legislativo não exime o agente público da responsabilidade pela promoção dos valores fundamentais. Todo aquele que exerce função pública está subordinado a concretizar os valores jurídicos fundamentais e deve nortear seus atos segundo esse postulado. Por isso, tem o dever de recusar cumprimento de leis inconstitucionais"*.<sup>3</sup>

Por outro lado, é importante lembrar que as decisões administrativas são espécies de ato administrativo e, como tal, sujeitam-se ao controle do Judiciário. Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário.<sup>4</sup> Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas.

Ademais, prevê a Constituição que, se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria, deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, *caput*, art 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88, e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou e promulgou.<sup>5</sup>

Em face disso, existindo dúvida, os Conselhos de Contribuintes têm decidido de forma reiterada no sentido de que não lhes cabe examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, como se depreende do Acórdão nº 202-13.158, de 29 de agosto de 2001, a saber:

*"PIS - (...) NORMAS PROCESSUAIS - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - A autoridade administrativa não compete rejeitar a aplicação de lei sob a alegação de inconstitucionalidade da mesma, por se tratar de matéria de competência do Poder Judiciário, com atribuição determinada pelo artigo 101, II, 'a' e III, 'b', da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento parcial."*

Em especial, no que diz respeito à Selic, fundamentada no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430, de 1996, não de ser noticiados precedentes jurisprudenciais - AGRg nos EDcl no RE nº 550.396 - SC, cujo excertos da ementa possuem a seguinte redação:

*"(...) III - É devida a aplicação da taxa SELIC na hipótese de compensação de tributos e, mutatis mutandis, nos cálculos dos débitos dos contribuintes para com a Fazenda*

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Revista Dialética de Direito Tributário nº 25. Artigo *"Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo"*, p. 72/73. São Paulo.

<sup>4</sup> Cabe ao Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, I, da CF, processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

<sup>5</sup> Ver a respeito, Acórdão nº 201-72.596 do Segundo Conselho de Contribuintes.

7



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 8/19/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10480.017859/2002-26  
Recurso nº : 132.144  
Acórdão nº : 202-17.209

*Cleuza Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

*Pública Federal. Ademais, a aplicabilidade da aludida taxa na atualização e cálculo de juros de mora nos débitos fiscais decorre de expressa previsão legal, consoante o disposto no art. 13, da Lei nº 9.065/1995."*

Diante dos fatos, tenho me curvado ao posicionamento deste Colegiado, que tem, reiteradamente, de forma consagrada e pacífica, entendido não ser este o foro ou instância competente para a discussão da ilegalidade/constitucionalidade das leis, quando, principalmente, sobre a mesma pairam dúvidas. Cabe ao Órgão Administrativo, tão-somente, aplicar a legislação em vigor, tal como procedido pelo agente fiscal. Observa-se inexistir até a presente data contestação judicial de forma conclusiva acerca da ilegalidade da multa de ofício.

### CONCLUSÃO

Enfim, diante de todo o acima exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar invocada e no mérito negar provimento ao recurso.

Sala de Sessões, em 27 de julho de 2006.

*Maria Teresa Martínez López*  
MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ