



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA Segundo Conselho de Contribuintes Publicado no Diário Oficial da União De 26 / 05 / 06

2º CC-MF Fl. <hr/>

Processo nº : 10875.002360/2002-81
 Recurso nº : 121.897
 Acórdão nº : 203-10.402

Recorrente : JPJ DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
 Recorrida : DRJ em Campinas - SP

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. REFIS. INCLUSÃO DE DÉBITOS NO CURSO DE AÇÃO FISCAL. Os débitos não constituídos que forem confessados no Refis após o início do procedimento fiscal devem sofrer a incidência de multa de ofício, nos termos do art. 6º da Resolução CG/REFIS nº 005/2000.

NORMAS PROCESSUAIS. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não compete apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

AUTO DE INFRAÇÃO. Cabível o lançamento de ofício das diferenças entre os valores apurados pela fiscalização e aqueles confessados pelo sujeito passivo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **JPJ DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria Teresa Martinez López e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva. í

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.

Antonio Bezerra Neto
 Presidente

Leonardo de Andrade Couto
 Relator

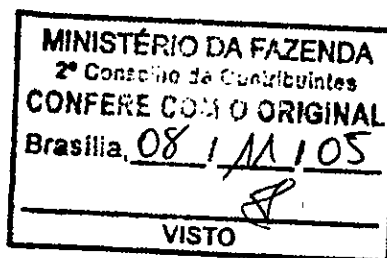
MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 08 / 11 / 05 VISTO

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Cesar Piantavigna, Sílvia de Brito Oliveira e Valdemar Ludvig.
 Eaal/inp



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402



Recorrente : JPJ DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração (fls. 243/257) relativo à Cofins, que formalizou crédito tributário no valor de R\$ 39.198.214,00. A apuração teve por base as operações realizadas com combustíveis pela própria interessada ou na condição de substituto legal tributário dos comerciantes varejistas, conforme demonstrativos de fls. 231/239.

Não se conformando, a autuada protocolizou impugnação acompanhada de documentos (fls. 252/329), alegando, em síntese que aderiu ao Programa Refis em 12/12/2000 e vem recolhendo desde então a Cofins, conforme Darfs juntados aos autos.

Defende a impossibilidade da autuação, nos casos em que há compatibilidade entre os valores insertos no Auto de Infração e aqueles confessados no Refis que estariam inclusive com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, inciso I do CTN e do inciso II do § 4º do art. 4º do Decreto nº 3.431/00.

Em relação às exigências relativas aos períodos de agosto a dezembro de 1999, argumenta que a diferença entre os valores da autuação e aqueles confessados deriva do fato de ter utilizado a base de cálculo que entende correta, fundamentada na Lei Complementar nº 70/91, e não aquela determinada pela Lei nº 9.718/98 que seria inconstitucional.

Traz extenso arrazoado acompanhado de doutrina e jurisprudência no intuito de corroborar o suposto vício de inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 e solicita o cancelamento da exigência em virtude do parcelamento dos débitos perante o Refis.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento proferiu o Acórdão DRJ/CPS nº 1.742/2002, considerando o lançamento procedente em decisão consubstanciada na seguinte ementa:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social- Cofins

Período de Apuração: 31/01/1996 a 31/12/1999

Ementa: LANÇAMENTO. ESPONTANEIDADE. REFIS. Iniciado o procedimento fiscal, a mera adesão ao Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, desacompanhada da confissão dos débitos não constituídos, na forma e nos prazos estipulados na legislação, não produz qualquer efeito em relação aos lançamentos regularmente formalizados.

DÉBITOS DECLARADOS EM DCTF. A confissão dos débitos em DCTF não afasta a aplicação da penalidade, se a espontaneidade do contribuinte já se encontrava excluída pelo início do procedimento fiscal.

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

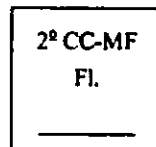
Lançamento Procedente.

De



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402



Inconformada, a interessada apresenta recurso voluntário à este colegiado (fls. 391/400) acompanhado de documentos de fls. 401/422, reiterando as razões da peça impugnatória. Defende ainda a improcedência da multa de mora (*sic*) por entender não ter ocorrido a exclusão da espontaneidade. Isso porque, alega, o procedimento de fiscalização foi realizado de forma genérica e a descaracterização das espontaneidade só ocorreria se as notificações e os termos estivesse diretamente relacionados com a suposta infração.

Dentre os documentos trazidos aos autos pela reclamante, consta cópia de liminar judicial (fls. 401/402) determinando a apreciação do recurso sem apresentação da garantia de instância.

Às fls. 432/433, consta documento comprobatório da reinclusão da interessada no Refis, por decisão judicial. Após pesquisa efetuada nesse sistema, conforme relatórios de consulta da fls. 437/449, a Unidade Local da Receita Federal emitiu o Despacho de fl. 454 informando que os débitos declarados no Refis não correspondem integralmente aos débitos exigidos no Auto de Infração. Com base nessa informação, a interessada foi intimada (fl. 455) a recolher os valores que não estariam confessados.

A recorrente manifestou-se (fls. 485/492) pela impropriedade da intimação, defendendo que os autos deveriam retornar ao Conselho de Contribuintes para apreciação do recurso.

Em Despacho à fl. 504, a Unidade Local decidiu separar em autos distintos os débitos objeto da autuação que foram confessados no Refis daqueles que não o foram. Posteriormente, conforme informado à fl. 680, aquela Unidade retificou esse procedimento e decidiu pela remessa de todo o valor autuado à apreciação deste Conselho de Contribuintes.

Na apreciação do recurso, esta Terceira Câmara prolatou a Resolução nº 203-00.478 (fls.686/691) resolvendo converter o julgamento em diligência para que fosse esclarecido conclusivamente se os débitos exigidos na autuação foram incluídos no Refis. Nos termos do voto do Relator, foi solicitada a elaboração de quadros demonstrativos e que a interessada fosse cientificada do resultado da diligência.

Nos procedimentos de diligência para atender à Resolução, a autoridade fiscal intimou a recorrente a justificar as diferenças entre os valores autuados e aqueles declarados em DCTF, as quais foram apresentadas após o início do procedimento fiscal.

Em atendimento, a interessada trouxe aos autos os documentos de fls. 698/714 inclusive planilha com os dados que, sustenta, comprovariam as diferenças. Registra (fl. 698) que as diferenças mais significativas ocorrem nos valores concernentes aos períodos de apuração de agosto a dezembro de 1999 em função de divergência quanto à base de cálculo adotada.

Com base nos elementos constantes dos autos, inclusive aqueles trazidos pela recorrente durante a diligência, a autoridade fiscal reformou a exigência e elaborou Nota Explicativa (fls. 718/734) onde esclarece pormenorizadamente as modificações efetuadas no auto de infração que estão registradas na Informação Fiscal de fls. 735/740.

Na planilha demonstrativa de fl. 734, a fiscalização registra quais valores do auto de infração, já com as modificações resultantes da diligência, estão incluídos no Refis, apurando as respectivas diferenças.

De



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402



A interessada foi intimada a tomar ciência e pronunciar-se quanto ao resultado da diligência, inclusive no que tange às modificações na autuação original. A Unidade Local emitiu intimação via postal (fl.743) e, posteriormente por Edital (fl. 748). Decorrido o prazo regulamentar, não se pronunciou.

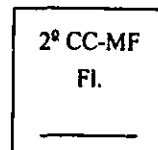
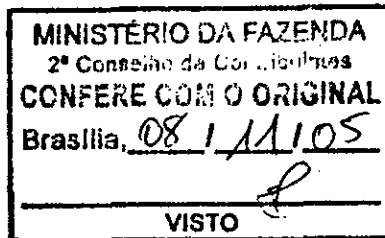
É o relatório.

pe



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402



VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
LEONARDO DE ANDRADE COUTO

A recorrente defende que não poderia ser lavrado Auto de Infração pelo fato dos valores objeto da autuação, com exceção daqueles referentes aos períodos de apuração de agosto a dezembro/99, estarem confessados no Refis.

É importante esclarecer sob que circunstâncias ocorreu a inclusão dos débitos no parcelamento. Sob esse prisma, verifica-se que a reclamante exerceu a opção ao Refis em 12/12/00 (fl. 298). Nessa data, já estava sob procedimento fiscal iniciado com Termo de Início de Ação Fiscal em 16/11/99 (fl. 15).

O início do procedimento fiscal tem impacto direto na espontaneidade do sujeito passivo, nos termos do § único do artigo 138 do Código Tributário Nacional:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração. (grifo acrescido)

Também o artigo 7º do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972 define:

Art. 7.º O procedimento fiscal tem início com:

I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;

(.....)

§ 1.º O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.

(.....) (grifo acrescido)

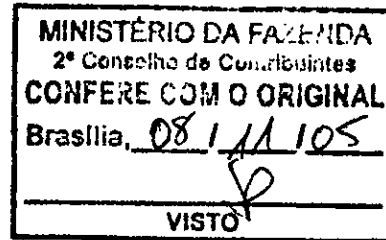
Assim, quando exerceu a opção pelo Refis a reclamante não gozava de espontaneidade. Não merece guarida a afirmação de que os termos eram genéricos e não excluíram a espontaneidade. Veja-se, por exemplo, a Intimação de fl. 18, datada de 30/11/99, onde são requeridas informações quanto às DCTFs e solicitado o preenchimento do formulário "Verificações Preliminares" que contém diversos dados, inclusive referentes à Cofins.

Como consequência da exclusão da espontaneidade, cabe a aplicação da multa de ofício (e não multa de mora como argüido na peça recursal) sobre os débitos confessados. A Resolução CG/REFIS nº 5, de 18 de agosto de 2000, não dá margem a dúvidas em sua literalidade:

de



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402

Art. 6º A pessoa jurídica poderá confessar débitos não constituídos, com vencimento original até 29 de fevereiro de 2000, ainda que na data da entrega da Declaração Refis esteja submetida a procedimento fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a multa de lançamento de ofício será incluída no Refis quando de sua constituição, independentemente da data de seu vencimento. (grifo acrescido)

Portanto, a interessada deveria ter confessado os débitos acompanhados da multa de ofício. Correto, pois, o demonstrativo de fls. 734 onde a autoridade fiscal considerou a multa na comparação entre os valores confessados no Refis e aqueles lançados no Auto de Infração. Ressalte-se, quanto aos valores apurados nesse demonstrativo, que a interessada, regularmente intimada, não os contestou.

Quanto aos períodos de apuração de agosto a dezembro de 1999, a divergência entre os valores declarados pela interessada e aqueles apurados pela fiscalização, decorre da utilização, pelo Fisco, da sistemática determinada pela Lei nº 9.718/98. A recorrente defende a inaplicabilidade desse diploma legal por conter vícios de inconstitucionalidade.

Sob esse aspecto, os questionamentos relativamente à constitucionalidade da Lei nº 9.718/98 não serão aqui analisados. Discussões quanto à legalidade ou inconstitucionalidade de dispositivos legais, plenamente integrados no ordenamento jurídico tributário, fogem à competência do contencioso administrativo. Os mecanismos de controle da constitucionalidade das leis estão regulados na própria Constituição Federal, todos passando necessariamente pelo Poder Judiciário, que detém com exclusividade essa prerrogativa, conforme se infere dos artigos 97 a 102 da Lei Maior.

Essa orientação é consolidada na jurisprudência desse colegiado. Veja-se sobre o tema, as palavras da conselheira MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA no voto integrante do Acórdão 203-09.120, da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:

"O dever de observar a compatibilidade das leis aos preceitos constitucionais que se lhes aplicam é, antes de tudo, do legislador. A prática do ato ou procedimento, pelo agente da Administração, é sempre espedada em norma cujo processo legislativo se desenvolveu consoante a determinação da Carta Magna, portanto, regularmente editada e, até que se manifeste o Poder Judiciário, goza da presunção de validade e eficácia, sendo defeso ao agente da Administração afrontá-la".

O entendimento alicerça-se também na visão de grandes mestres como Ruy Barbosa Nogueira, citado no Parecer Normativo CST nº 329/70 (DOU de 21/10/70):

"Devemos distinguir o exercício da administração ativa da judicante. No exercício da administração ativa o funcionário não pode negar aplicação à lei, sob mera alegação de inconstitucionalidade, em primeiro lugar por que não lhe cabe a função de julgar, mas de cumprir e, em segundo, porque a sanção presidencial afastou do funcionário de administração ativa o exercício do 'Poder Executivo'".

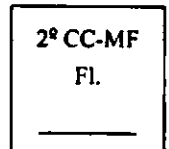
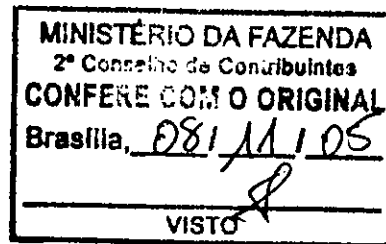
Esse parecer também se valeu de Tito Resende:

"É princípio assente, e com muito sólido fundamento lógico, o de que os órgãos administrativos em geral não podem negar aplicação a uma lei ou decreto, porque lhes



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10875.002360/2002-81
Recurso nº : 121.897
Acórdão nº : 203-10.402



pareça inconstitucional. A presunção natural é que o Legislativo, ao estudar o projeto de lei, ou o Executivo, antes de baixar o decreto, tenham examinado a questão da constitucionalidade e chegado à conclusão de não haver choque com a Constituição: só o Poder Judiciário é que não está adstrito a essa presunção e pode examinar novamente aquela questão."

Em processo de consulta, o Parecer COSIT/DITIR nº 650, de 28/05/1993, da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, estabeleceu:

"5.1 – De fato, se todos os Poderes têm a missão de guardiões da Constituição e não apenas o Judiciário e a todos é de rigor cumpri-la, mencione-se que o Poder Legislativo, em cumprimento a sua responsabilidade, anteriormente à aprovação de uma Lei, a submete à Comissão de Constituição e Justiça (C.F., art. 58), para salvaguarda de seus aspectos de constitucionalidade e/ou adequação à legislação complementar. Igualmente, o Poder Executivo, antes de sancioná-la, através de seu órgão técnico, Consultoria-Geral da República, aprecia os mesmos aspectos de constitucionalidade e conformação à legislação complementar. Nessa linha seqüencial, o Poder Legislativo, ao aprovar determinada lei, e o Poder Executivo, ao sancioná-la, ultrapassam em seus âmbitos, nos respectivos atos, a barreira da sua constitucionalidade ou de sua harmonização à legislação complementar. Somente a outro Poder, independente daqueles, caberia tal arguição.

*5.2 – Em reforço ao exposto, veja-se a diferença entre o controle judiciário e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes: como ensina o Professor José Frederico Marques, citado pela requerente, se o primeiro é definitivo *hic et nunc*, a segunda está sujeita ao exame posterior pelas Cortes de Justiça. Assim, mesmo ultrapassada a barreira da constitucionalidade da Lei na órbita dos Poderes Legislativos e Executivo, como mencionado, chega-se, de novo, em etapa posterior, ao controle judicial de sua constitucionalidade.*

5.3 - (...) Pois, se ao Poder Executivo compete também o encargo de guardião da Constituição, o exame da constitucionalidade das leis, em sua órbita, é privativo do Presidente da República ou do Procurador-Geral da República (C.F., artigos 66, § 1º e 103, I, d VI)."

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso para manter a exigência relativamente aos valores indicados na coluna "D" do demonstrativo de fl. 237, correspondente às diferenças entre os valores constantes do auto de infração e aqueles confessados no Refis.

Sala das Sessões, em 13 de setembro de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
LEONARDO DE ANDRADE COUTO