



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10950.004171/2001-11  
Recurso nº : 125.955  
Acórdão nº : 202-16.722

2.º	PUBLI ADO NO D. O. U.
C	De 16: 021 07
C	Rubrica

2º CC-MF
Fl.
_____

Recorrente : NORTOIL LUBRIFICANTES LTDA.  
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

**COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.**

A falta de recolhimento da contribuição rende ensejo ao lançamento de ofício.

**MULTAS. RETROATIVIDADE BENÉFICA.**

Exclui-se a multa de ofício dos autos de infração decorrentes de auditoria em DCTF, lavrados no período compreendido entre 24/08/2001 e 30/10/2003, com base na SCI Cosit nº 03/2004.

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC.**

A autoridade administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis.

**Recurso provido em parte.**

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 21/11/2006

*Cláudia Takafuji*  
Secretária da Segunda Câmara

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por NORTOIL LUBRIFICANTES LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir a multa.

Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2005.

*Antonio Carlos Atulim*  
Antonio Carlos Atulim  
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, Gustavo Kelly Alencar, Antonio Zomer, Raimar da Silva Aguiar, Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente), Marcelo Marcondes Meyer-Kozlowski e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 21/1/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10950.004171/2001-11  
Recurso nº : 125.955  
Acórdão nº : 202-16.722

*Cleuzá Takafuji*  
Secretária de Segunda Câmara

Recorrente : NORTOIL LUBRIFICANTES LTDA.

### RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração eletrônico que foi notificado à contribuinte em data incerta e não sabida para exigir o crédito tributário de R\$ 10.889,98, em razão da falta de recolhimento da Cofins nos períodos de janeiro a março de 1997.

Impugnando o lançamento, em 17/12/2001, a contribuinte pleiteou o cancelamento do auto de infração sob o argumento de que os valores estavam declarados em DCTF e que optara pelo Refis.

A DRJ em Curitiba - PR manteve o auto de infração por meio do Acórdão nº 4.672, de 08/10/2003, sob a justificativa de que os débitos não foram recolhidos e que não foram incluídos no Refis.

Regularmente notificada daquele acórdão, em 04/11/2003, a contribuinte recorreu a este Conselho em 03/12/2003. O arrolamento de bens constou às fls. 60/63. Alegou que o auto de infração está eivado de vício formal pelo não cumprimento dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Disse que a exigência da Cofins com a multa é ilegal porque a exigibilidade está suspensa. Não houve nenhuma infração à legislação tributária porque não efetuou o pagamento em razão de estar acobertado por uma medida judicial. Especificamente em relação à multa, alegou que ela é confiscatória e pleiteou a aplicação da multa de mora. Insurgiu-se contra os juros de mora na forma posta no auto de infração e requereu o cancelamento do auto de infração.

É o relatório.

*CS*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 21/12/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10950.004171/2001-11  
Recurso nº : 125.955  
Acórdão nº : 202-16.722

*Cleuzo Takafuji*  
Cleuzo Takafuji  
Secretária de Segunda Câmara

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO CARLOS ATULIM

O recurso preenche os requisitos formais de admissibilidade e, portanto, dele tomo conhecimento.

Analisando a descrição dos fatos de fl. 06 constata-se que o lançamento foi motivado na declaração inexata prestada pelo sujeito passivo.

No Anexo I de fl. 7 pode-se constatar que a declaração inexata consistiu em informar nas DCTF créditos com exigibilidade suspensa que estavam vinculados a um processo judicial não comprovado.

Conquanto não se saiba por qual motivo o Processo Judicial nº 96.04.18661-2/PR não foi comprovado, a descrição dos fatos permitiu à contribuinte defender-se, uma vez que alegou que os créditos vinculados àquele processo permanecem com a exigibilidade suspensa.

Em momento algum o art. 10 do Decreto nº 70.235/72 exige que o auto de infração seja lavrado no estabelecimento do contribuinte e na presença de seu representante legal. No caso dos autos, o auto foi lavrado no interior da repartição porque foi ali o local de constatação da falta. A presença do contribuinte também não é necessária porque o art. 23, II, do Decreto nº 70.235/72 permite a notificação postal do sujeito passivo.

Não tendo sido anexado ao processo o AR com a data da ciência do auto de infração, a Delegacia de Julgamento garantiu a ampla defesa da contribuinte ao presumir que a impugnação foi tempestiva.

Também não existe óbice ao fato de o auto de infração ter sido lavrado “eletronicamente”, uma vez que as exigências do art. 10 do Decreto nº 70.235/72 foram todas atendidas, inclusive quanto à identificação do auditor-fiscal e sua assinatura.

Portanto, diante de tais constatações, rejeito a preliminar de nulidade do auto de infração.

No mérito, a recorrente alegou fato impeditivo da pretensão fazendária, em razão de os créditos vinculados declarados na DCTF estarem com a exigibilidade suspensa, mas não trouxe aos autos nenhuma prova desta alegação.

Cabe à recorrente o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos da pretensão fazendária, a teor do art. 16, III, do Decreto nº 70.235/72, combinado com o art. 333, II, do CPC. Não tendo se desincumbido do ônus da prova, o Colegiado não tem como levar em consideração a alegação de que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa.

Relativamente à multa de ofício, verifica-se que o auto de infração resultou de auditoria em DCTF e foi lavrado com base na mesma interpretação que culminou na publicação do art. 90 da MP nº 2.158-35, de 24/08/2001.

Considerando que no caso concreto não está presente nenhuma das circunstâncias previstas na parte final do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, considero que deve ser aplicada a interpretação contida na Solução de Consulta Interna Cosit nº 03, de 08/01/2004, para excluir



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília-DF, em 21/12/2006

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 10950.004171/2001-11  
Recurso nº : 125.955  
Acórdão nº : 202-16.722

Cleuza Takafuji  
Secretária da Segunda Câmara

deste lançamento a multa de ofício (art. 18 da Lei nº 10.833/2004, combinado com o princípio da retroatividade benéfica – (art. 106, II, alínea “c”, do CTN).

Relativamente à taxa Selic, as alegações da recorrente exigem do julgador administrativo um juízo de inconstitucionalidade que não pode ser feito na esfera administrativa.

De fato, não existe lei ilegal. O que existe é lei inconstitucional. Tecnicamente falando, quando ocorre o choque entre lei ordinária e lei complementar o que se tem é uma hipótese de inconstitucionalidade e não de ilegalidade.

No direito pátrio, a lei complementar foi concebida pelo constituinte para integrar certas normas constitucionais caracterizadas pela doutrina norte-americana como *not-self executing*, ou como normas de eficácia limitada e normas de eficácia contida, caso se prefira adotar a classificação proposta pelo insigne José Afonso da Silva. Assim, a lei complementar no direito brasileiro tem natureza ontológico-formal, pois a par de o constituinte ter estabelecido *a priori* as matérias sobre as quais deveria dispor; a lei complementar passou a constar do processo legislativo da União, estabelecendo-se uma maioria qualificada para sua votação e aprovação no parlamento (art. 69 da CF/88). Pode-se dizer seguramente, como fez Paulo de Barros Carvalho, que a própria constituição concebeu uma hierarquia formal e uma hierarquia material entre a lei complementar e a lei ordinária, sendo que no caso de choque entre ambas, a solução deve se dar no âmbito do controle de constitucionalidade e não no âmbito dos critérios da Teoria Geral do Direito para dirimir antinomias. É o que alguns constitucionalistas chamam de inconstitucionalidade de segundo grau.

Esta questão já foi enfrentada pelo STJ conforme se observa na seguinte ementa:

**"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL – CTN – CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA - INCONSTITUCIONALIDADE.**

*Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ no 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário. Agravo regimental improvido" (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ - Agravo Regimental 165.452-SC - Relator Ministro Ari Pargendler - D.J.U. de 09.02.98)"*

Portanto, por envolver um juízo de inconstitucionalidade, o julgador administrativo não pode afastar a incidência da taxa Selic sobre os valores ora lançados.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para excluir a multa de ofício com base na retroatividade benéfica do art. 18 da Lei nº 10.833/2003, conforme a interpretação constante na SCI nº 03/2004.

Sala das Sessões, em 9 de novembro de 2005.

ANTÔNIO CARLOS ATULIM