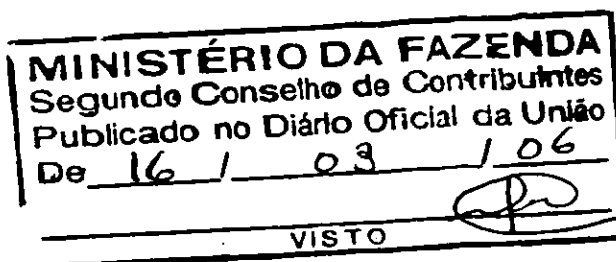




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



2ª CC-MF
Fl. _____

Recorrente : AUTO VANESSA LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

NORMAS PROCESSUAIS. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Não resta caracterizada a preterição do direito de defesa, a suscitar a nulidade da decisão recorrida, quando nesta são apreciadas todas as alegações contidas na peça impugnatória. Tampouco resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa, a anular o lançamento, quando os demonstrativos elaborados pela fiscalização detalham o *quantum* apurado e a infração imputada é descrita com precisão. **Preliminares rejeitadas.**

PERÍCIA. DESNECESSIDADE. SOLICITAÇÃO INDEFERIDA. A perícia é reservada à análise técnica dos fatos, não cabendo realizá-la quando as informações contidas nos autos são suficientes ao convencimento do julgador e a solução do litígio dela independe.

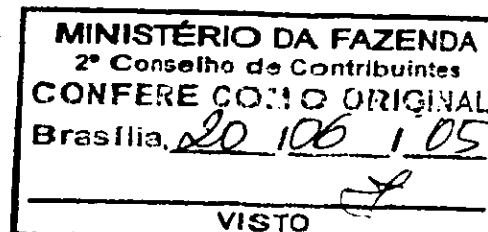
COFINS. BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. A COFINS devida pelas empresas concessionárias de veículos é calculada sobre o faturamento total obtido com a comercialização das mercadorias, não se admitindo a exclusão dos valores pagos aos fabricantes, exceto aqueles referentes à aquisição de automóveis novos, em que havida a substituição tributária determinada pelo art. 44 da MP nº 1.991-15, de 10/03/2000, afinal MP nº 2.158-35, de 24/08/2001.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. Suposto caráter confiscatório da multa de ofício fixada pela legislação, bem como alegações de ofensa a outros princípios constitucionais, são matérias que não podem ser apreciadas no âmbito deste Processo Administrativo Fiscal, sendo da competência exclusiva do Poder Judiciário.

JUROS DE MORA. Nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, apenas se a lei não dispuser de modo diverso os juros serão calculados à taxa de 1% ao mês, sendo legítimo o emprego da taxa SELIC, nos termos da legislação vigente.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: AUTO VANESSA LTDA.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares de nulidade, por cerceamento do direito de defesa; e no mérito, em negar provimento ao recurso.

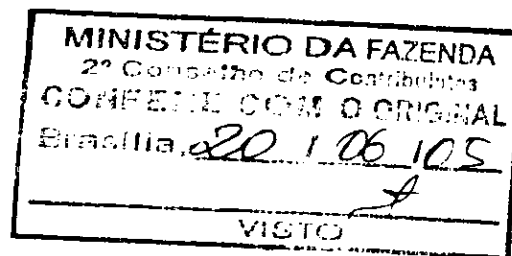
Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.

Leonardo de Andrade Couto
Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis
Relator

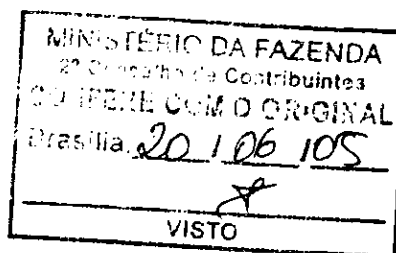
Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Maria Teresa Martínez López, Cesar Piantavigna, Evandro Francisco Silva Araújo (Suplente), Valdemar Ludvig e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/mdc





Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097
Recorrente : AUTO VANESSA LTDA.



RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração de fls. 04/18, relativo à Contribuição para Financiamento de Seguridade Social (COFINS), períodos de apuração 05/1997 a 02/2002, no valor total de R\$3.285.972,72, incluindo juros de mora e multa de ofício de 75%.

A autuação decorre de diferenças entre os valores declarados e os registrados na escrita fiscal e contábil.

Na impugnação de fls. 75/92, a autuada argúi basicamente o seguinte, conforme o relatório da primeira instância que bem os resume (fls. 113/117):

Como preliminares:

1) a presente exigência fiscal estaria escorada no fato de a empresa fiscalizada não ter sido capaz de cumprir à risca e no exíguo tempo determinado no Termo de Início de Fiscalização, o fazendo apenas em parte. Apesar de não ter ficado demonstrado no procedimento fiscal a existência de qualquer desinteresse em atender a pretensão fiscal, optou o auditor fiscal pela cobrança;

2) os valores foram extraídos aleatoriamente dos registros fiscais o que os torna imprecisos na definição e quantificação da base imponible. Ocorreu imprecisa exação, a partir de dados aleatórios e por consequência inconsistentes, restou comprometida inquestionavelmente a segurança jurídica da exigência fiscal. Aponta-se a imprecisão decorrida do indevido e injustificado atropelo na conclusão da fiscalização onde foi alegada pelo autuante à empresa, a existência de exíguo prazo para conclusão dos trabalhos, o que corroborou para a sua indiscutível precariedade; a imprecisão consta da afirmação no Termo de Encerramento de que na consecução da ação fiscal a verificação efetuou-se "por amostragem". Uma exigência fiscal absurdamente elevada, equivalente a R\$ 3.285.972,72, quando o patrimônio líquido da empresa não atinge 50% desse valor, compromete a certeza da exigência se essa não se assentar em elementos contundentemente precisos;

Acrescenta que a clara manifestação do Fisco de impor exigência fiscal à autuada a qualquer custo ficou o agente fiscal tolhido da racionalidade indispensável ao desempenho do seu mister, deixando de observar, desse modo, os princípios constitucionais, dentre outros, o princípio da legalidade que é a base para desempenho satisfatório do trabalho fiscal, não podendo o agente do fisco arvorar-se em legislador, tentando com o fiscalismo enérgico, ampliar as normas legais vigentes;

3) o excesso de carga tributária implica nítido agravamento da situação da empresa, fere o inciso IV, do art. 150, da Constituição Federal que proíbe às pessoas jurídicas de Direito Público a utilização de tributo, com efeito, de confisco;

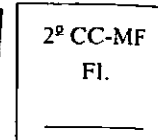
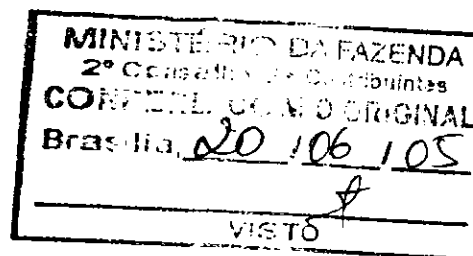
4) à luz do princípio da estrita legalidade não há previsão legal para a cobrança de juros remuneratórios sobre débitos de natureza tributária.

Menciona a posição do Ministro Franciulli Netto, para quem a utilização da taxa SELIC como fator de correção monetária dos tributos ofende os princípios da legalidade, da anterioridade, da indelegabilidade da competência tributária e, ainda, o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



princípio da segurança jurídica, estampado em diversos incisos do artigo 5º da Constituição;

5) a inclusão dos débitos já havia sido feita através das declarações do Imposto de Renda (DIRPJ/DIPJ) sendo suficientes para a Fazenda Pública promover a execução fiscal, faltando os pagamentos correspondentes. Configura-se para a empresa, diante da reconhecida falta de articulação da SRF e PFN, os seguintes problemas a resolver, quais sejam: 1) inscrição em Dívida Ativa da União dos débitos do PIS/COFINS declarados e confessados nas DCTF, haja vista constituírem-se confissão de dívida e instrumentos capazes para cobrança e execução fiscal; 2) inscrição em Dívida Ativa da União dos débitos do PIS/COFINS gerados pelo auto de infração, ora contestado; 3) inscrição provável em Dívida Ativa da União dos débitos do PIS/COFINS declarados e confessados nas DIRPJ/DIPJ.

Em respaldo às suas razões, transcreve texto do Professor Zelmo Denari e cita Recursos Especiais do STF;

6) iniciando em julho de 2000, o dever de recolher a Contribuição, por substituição, é da empresa montadora (GM). Em 05/05/2002 foram apresentadas as referidas DCTF e em 13/05/2002 foram retificadas por erro inicial na quantificação das bases de cálculo mensais da contribuição. Desse modo, está injustificado o lançamento em auto de infração de valores já lançados através das DCTF; inclusive, relativamente aos meses de janeiro e fevereiro de 2002, foi feita a entrega das DCTF de forma espontânea, não cabendo neste caso, o lançamento de ofício;

7) mais importante do que as razões expostas é o reconhecimento da necessidade de uma apuração bem mais minuciosa e cuidadosa na definição do "quantum debeatur", mensal, principalmente quando a exigência fiscal é suficiente para inviabilizar ou extinguir o negócio da autuada, consequência dessa tentativa da Fazenda Pública de incursão no patrimônio privado, procedimento incompatível com o constitucional direito de propriedade. Exigência de uma obrigação sem fato gerador explícito (real) é uma desapropriação sem justa causa e prévia indenização (CF/88, inc. XXIV, do art. 5º);

8) na formalização da exigência fiscal restou maculado o princípio constitucional da segurança jurídica, previsto no art. 5º da CF/88. Restam comprometidas as prerrogativas constitucionais de que desfruta o contribuinte brasileiro, de ser gravado apenas nos exatos termos em que a lei tributária especificar;

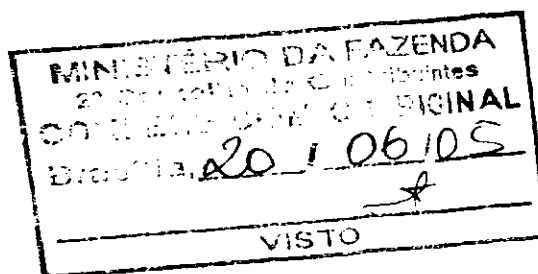
Prossegue, indicando que restou comprometido o constitucional direito de ampla defesa, (art. 5º, inc. LV da CF/88), haja vista que faltou à autuada, informações e dados do trabalho fiscal, fundamentais para a elaboração de uma defesa com a consistência que o fato estaria a merecer, haja vista não constar do procedimento fiscal, um esclarecedor relatório da fiscalização ou um termo de encerramento mais circunstanciado, onde constasse como teria o fisco conseguido identificar e quantificar as bases de cálculo mensais lançadas no auto de infração. Transcreve ementas de decisões sobre o assunto.

9) além de nítidas afrontas a princípios constitucionais tributários imprescindíveis na legitimação do ato jurídico do lançamento, com respeito à legalidade, não houve no procedimento fiscal, a pertinência absoluta da obrigação fiscal, a qual restou formalizada em evidente conflito com os termos do art. 142 e seu parágrafo único, do CTN.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



2º CC-MF
Fl.

Prossegue indicando que restou maculado além do princípio da estrita legalidade, princípios constitucionais concernentes à certeza e segurança jurídica, da proibição de tributo, com efeito, de confisco, objeto do art. 150, inc. IV da CF/88, comprometendo o legítimo direito de defesa da autuada, nos termos do inciso LV, do art. 5º da CF/88; diante do exposto e dos insuficientes elementos de prova carreados para o procedimento fiscal, formadores da acusação, inquestionavelmente insuficientes para legitimar o lançamento fiscal em todos os seus termos, é de ser reconhecida a improcedência da autuação sendo a mesma inválida nos termos do art. 59, inc. II do Decreto 70.235/72, porquanto elaborada em desconformidade aos comandos do sistema positivo tributário brasileiro;

Quanto às razões de mérito:

10) reconhece a possibilidade de existirem resíduos da contribuição a serem recolhidos, relativamente a alguns períodos mencionados no auto de infração, afirmando não corresponderem aos absurdos valores apontados, principalmente, porque reconhece eventuais valores não recolhidos, fazendo-os constar devidamente informados em suas DIRPJ/DCTF. Não houve a identificação e quantificação com precisão das bases de cálculo mensais dos períodos apurados; na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal, restariam discriminadas divergências tidas como base de cálculo mensal da COFINS, contudo é de ser reconhecido que a identificação desses valores mensais não tem qualquer base consistente, não reconhecendo a empresa qualquer semelhança com a realidade operacional;

11) na identificação e quantificação precisa das bases de cálculo foi desconsiderado que a obrigação do recolhimento da contribuição, a partir de julho de 2000, é no caso, da montadora General Motores – GM, nos termos do art. 44, da M.P. 1991-16, de 11/04/2000, portanto, inexistente parcela da contribuição a serem exigidas. Principalmente a partir de julho de 2000, haja vista que já houve o recolhimento correspondente, de exclusiva responsabilidade, por substituição legal, da empresa General Motores. De tal fato não consta qualquer referência no questionado auto de infração e nos seus anexos, deixando transparecer que o fato passou despercebido pelo autuante;

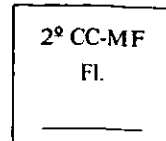
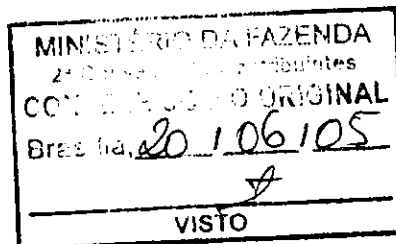
12) relativamente aos períodos anteriores a Julho de 2000, não reconhece pertinência nas bases de cálculo, formadas pelo faturamento bruto, haja vista que, embora as revendedoras recebam os veículos novos, não existe a efetiva e real transferência da titularidade dos veículos novos para estas, atuando as concessionárias como meras vendedoras por consignação, inclusive o art. 5º da Lei 9716/98, definiu que, relativamente à comercialização de veículos usados, a operação é de consignação, sendo a base de cálculo da contribuição, a diferença entre os custo e o preço de venda (IN/SRF nº 152/98).

13) a crise do setor automobilístico, sem precedentes na história econômica brasileira, fato que a impediu de cumprir alguns de seus deveres fiscais. As concessionárias de veículos têm, na sua totalidade, se insurgido contra a forma de incidência desse tributo, reconhecendo ser indevida e injusta a incidência sobre o valor bruto das vendas, porquanto se constituem em meros intermediários entre as montadoras e o consumidor final, caracterizando-se, mais uma operação de consignação e não uma operação de compra e venda de mercadoria;

14) a exigência fiscal ter-se-ia originado de uma Operação de Cobrança do Fisco, razão da existência no procedimento de confusos Demonstrativos poucos



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

esclarecedores e tecnicamente insuficientes na definição da base de cálculo do lançamento. O arbitramento das bases de cálculo mensais do tributo se deu a partir da indicação de presumidos indícios, razão pela qual não se verifica no procedimento fiscal qualquer elemento consistente que aponte com absoluta certeza serem efetivas e reais as bases de cálculo indicadas no auto de infração. Não cuidou o Fisco em provar a ocorrência de consistentes indícios e de demonstrar a relação de causalidade entre esses indícios e o fato presumido, em decorrência do qual surgiria a inquestionável certeza da ocorrência do fato tributável.

Prossegue, indicando que das bases tributáveis lançadas mensalmente, constam valores que legalmente não integram a base de cálculo da COFINS (parágrafo único do art. 2º da Lei Complementar nº 70/91); a partir do momento que toma o fisco federal para quantificar a base de cálculo mensal da COFINS, elementos fiscais de exigência de tributo diverso (IRPJ), restou comprometida a exação fiscal, porquanto assentada em base legal indevida em razão de serem absurdamente diversas as bases de incidência desses tributos, a saber, PIS, IRPJ, ICMS, ISS, apesar de originalmente decorrentes das vendas de mercadorias e/ou da prestação de serviço, divergem fundamentalmente após os ajustes, através de dedução, exclusões, não incidências etc. próprios de cada um desses tributos;

15) a auditoria fiscal deixou de observar a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS, de que trata a Lei nº 9718/98, art. 3º, § 2º, dos valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas as normas reguladoras expedidas pela Fazenda Nacional. Tal exclusão vigorou de fevereiro de 1999 a agosto de 2000, quando foi revogada pela M.P. 1991-8.

Como conclusão, requer: 1) caso não sejam acolhidas as preliminares, o que não se cogita, que sejam acolhidos os argumentos descaracterizadores da ilegítima exigência adicional da COFINS, referente a períodos dos anos 1997 a 2000, porquanto restam demonstrada a improcedente e ilegal exigência fiscal; 2) se antes não houver sido reconhecida a improcedência da exação, a realização de diligências e de perícia contábil, art. 18, caput do Decreto 70.235/72 com a redação dada pela Lei 8748/93 com o justo e indispensável objetivo de deixar claramente identificadas as bases de cálculo mensais da COFINS dos períodos listados no auto de infração, maio de 1997 a janeiro de 2002. Em cumprimento à determinação constante do inciso IV, art. 16 do Decreto 70.235/72, nomeia o seu perito e formula os quesitos a serem verificados durante a auditoria pericial; o reconhecimento da absoluta improcedência da exigência fiscal, rogando inclusive, a adoção de todas as providências legais e técnicas que se fizerem ainda necessárias ao completo restabelecimento da primitiva situação fiscal da empresa;

A DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 111/126, por unanimidade de votos, julgou o lançamento procedente.

Rejeitou as preliminares, por entender que não houve preterição do direito e a autuação ocorreu de acordo com as formalidades legais do Decreto nº 70.235/72, tendo a fiscalização sido desenvolvida no período de 09/04/2002 (data do termo de início) e 28/05/2002 (ciência do Auto de Infração), com utilização de dados fornecidos pela própria empresa, inclusive por seu contador. No tocante às arguições de inconstitucionalidades, não as considera passíveis de apreciação no âmbito deste processo administrativo.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2ª SEÇÃO DE CONTRIBUINTES COM O SEU ORIGINAL Brasília, 20.06.105 VISTO
--

2º CC-MF
FL.

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

Tratando da taxa Selic, afirmou estar estabelecida em lei, sem contrariar nem o art. 161, § 1º, do CTN, nem o art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Também verificou que os valores declarados foram excluídos do lançamento, tendo sido considerados pela fiscalização e informados na coluna de Débito Declarado/REFIS do quadro Demonstrativo Apuração de Débito, às fls. 40 e 41, e ainda na coluna Créditos Apurados do quadro Demonstrativo de Situação Fiscal, fls. 47 e 48.

No mérito, constatou que os valores considerados na apuração da base de cálculo, indicados nos Demonstrativos de Situação Fiscal Apurada (fls. 47/52), coincidem com os valores informados nas informações prestadas à SRF, assinadas pelo contador da empresa, sendo que tais valores não são questionados pela impugnante.

Com relação às vendas de veículos usados, equiparadas às vendas em consignação, afirmou não ter ficado demonstrado que os registros da empresa tivessem ocorrido de maneira diversa.

Quanto às exclusões da base de cálculo, reportou-se ao Ato Declaratório SRF nº 56/20000, segundo o qual o art. 3º, § 2º, III, da Lei nº 9.718/98, não produziu eficácia, por ter sido revogado antes de regulamentado.

Por último, reputou desprovida a perícia solicitada por não restar dúvidas acerca das questões suscitadas, uma vez que os elementos utilizados na apuração fiscal são aqueles apresentados pela empresa às fls. 56 a 71, os quais não foram contestados especificamente.

No Recurso Voluntário de fls. 131/144, tempestivo (fls. 127, 130 e 131), a autuada insiste na improcedência do lançamento, com as mesmas alegações preliminares e de mérito da peça impugnatória, que é repetida na maior parte do Recurso.

Refutando a decisão recorrida, ao tratar da possibilidade de duplicidade na cobrança do crédito tributário afirma que “O julgador (relatora), talvez por nunca ter atuado na Receita Federal, no controle de processos fiscais, principalmente junto à PFN, desconhece o fato corriqueiro relativo a duplicidades de execuções fiscais, do mesmo crédito fiscal.” (fl. 135).

Mais adiante aduz da parcialidade do julgador de primeira instância, “como se a Delegacia de Julgamento fosse um apêndice da fiscalização da Secretaria da Receita Federal.” (fl. 136).

Requer, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida, porque “contraria valores fundamentais incrustados na Carta Política de 1988”. Do contrário, que seja acolhida a nulidade do lançamento, em razão das preliminares suscitadas. Finalmente, se não anulados nem o lançamento nem a decisão recorrida, que seja provido o Recurso, pelas razões de mérito.

Também repete, ao final, se não reconhecida a improcedência da exigência, a solicitação de realização de perícia contábil, visando identificar claramente as bases de cálculo da Contribuição lançada.

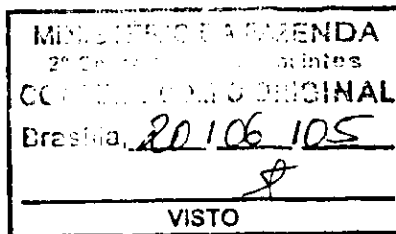
Informações às fls. 145/173 dão conta do arrolamento de bens necessário, realizado por ocasião do encerramento da fiscalização e objeto do Processo nº 10410.003114/2002-11.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



~ VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

Inicialmente cabe tratar das preliminares, que rejeito por não verificar o alegado cerceamento do direito de defesa. Daí não caber perquirir da nulidade da decisão recorrida, nem da do lançamento.

A decisão recorrida aprecia todas as alegações contidas na peça impugnatória, com exceção das relativas a inconstitucionalidades, por entender que estas são privativas do Judiciário.

Reafirmo tal entendimento, de que arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal é matéria que não pode ser apreciada no âmbito deste processo administrativo, porque somente o Judiciário é competente para julgá-la, nos termos da Constituição Federal, arts. 97 e 102, I, "a", III e §§ 1º e 2º deste último.

No âmbito do Poder Executivo o controle de constitucionalidade é exercido *a priori* pelo Presidente da República, por meio da sanção ou do veto, conforme o art. 66, § 1º, da Constituição Federal.

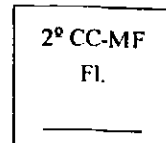
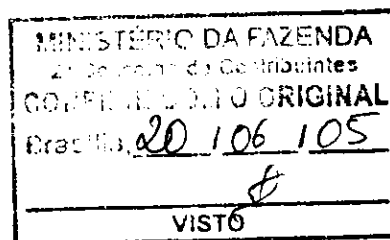
A posteriori o Executivo Federal, na pessoa do Presidente da República, possui competência para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, tudo conforme a Constituição Federal, arts. 103, I e seu § 4º, e 102, § 1º. Também atuando no âmbito do controle concentrado de inconstitucionalidades, o Advogado-Geral da União será chamado a pronunciar-se quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo (CF, art. 103, § 3º).

No mais, *a posteriori* o Executivo só deve se pronunciar acerca de inconstitucionalidade depois do julgamento da matéria pelo Judiciário. Assim é que o Decreto nº 2.346/97, com supedâneo nos arts. 131 da Lei nº 8.213/91 (cuja redação foi alterada pela MP nº 1.523-12/97, convertida na Lei nº 9.528/97) e 77 da Lei nº 9.430/97, estabelece que as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, devem ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos.

Consoante o referido Decreto o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida pelo Judiciário em caso concreto. Também o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, ficam autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que não mais sejam constituídos ou cobrados os valores respectivos.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

O Decreto nº 2.346/97 ainda determina que, **havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça**, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Na forma do citado Decreto, e conforme os textos negritados, aos órgãos do Executivo competem tão-somente observar os pronunciamentos do Judiciário acerca de inconstitucionalidades, quando definitivos e inequívocos. Não lhes compete apreciar inconstitucionalidades. Assim, não cabe a este tribunal administrativo, como órgão do Executivo Federal que é, deixar de aplicar a legislação em vigor antes que o Judiciário se pronuncie. Neste sentido já informa, inclusive, o art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55, de 16/03/98, com a alteração da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002.

Por outro lado, o lançamento foi efetuado com base nos dados e valores fornecidos pela autuada, incluindo informações fornecidas pelo seu contador, que não são refutadas. A fiscalização elaborou o Demonstrativo de Situação Fiscal de fls. 47/48, tendo excluído dos valores lançados os declarados espontaneamente.

Os fatos são pormenorizados no Auto de Infração, que com seus anexos é suficiente para demonstrar o pressuposto fático da exação, consistente nas diferenças apuradas entre os valores declarados e os registrados na escrita fiscal e contábil.

Destarte, o lançamento atende plenamente aos requisitos do art. 142 do CTN, descabendo cogitar de sua nulidade.

Também rejeito o pedido de perícia formulado ao final da peça recursal.

Esta se mostrou desnecessária na primeira fase do processo e continua assim nesta etapa recursal, porque o seu objetivo - identificar as bases de cálculo mensais da COFINS nos períodos lançados, como afirmado na peça impugnatória -, já foi alcançado pela fiscalização, como está demonstrado nos autos.

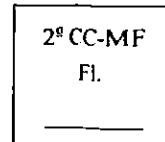
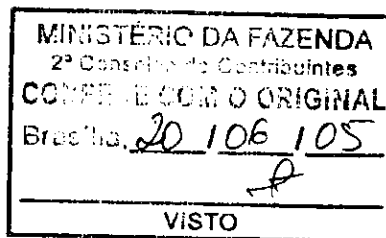
A recorrente não aponta, com precisão, erros ou incorreções no trabalho fiscal. Apenas produz alegações genéricas, absolutamente insuficientes para infirmarem o lançamento, que não é refutado concretamente.

Assim, levanta a possibilidade de duplicidade de cobrança do crédito tributário lançado, mas não informa com relação a quais valores. A fiscalização, contudo, demonstra ter excluído dos valores lançados aqueles já declarados, como informa no Demonstrativo Apuração de Débito (fls. 40 e 41), que contém a coluna Débito Declarado/REFIS.

Também de modo genérico a recorrente afirma que teria sido desconsiderada pela fiscalização, a partir de julho de 2000 (na verdade 11/06/2000, como destaca a decisão recorrida, reportando-se à IN SRF nº 54, de 19/05/2000), a substituição tributária implantada na revenda de automóveis, por meio da qual as montadoras passaram a recolher as Contribuições devidas por suas concessionárias, no caso dos automóveis novos. Todavia, o lançamento, também nesse período, foi efetuado com base nas informações prestadas pela autuada, que já excluía os valores da substituição tributária em tela.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

No tocante ao período anterior a julho de 2000, a recorrente aduz que as operações de revenda de automóveis novos também seriam sob consignação. Assim só acontece, contudo, com relação aos automóveis usados.

A referendar que as vendas de automóveis novos não se realizam sob consignação, tem-se neste Conselho de Contribuintes inúmeras decisões, a exemplo das seguintes:

ACÓRDÃO 201-77294 – (...) BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS. *A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais. A base de cálculo da Cofins das empresas revendedoras de veículos novos é o faturamento mensal, ou seja, o valor total constante da nota fiscal de venda ao consumidor.*

ACÓRDÃO 201-76569 - COFINS. REVENDEDORA DE VEÍCULOS NOVOS. BASE DE CÁLCULO. NATUREZA DA OPERAÇÃO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. *A base de cálculo da COFINS das revendedoras de veículos novos é o faturamento mensal, ou seja, o valor total constante das notas fiscais de venda ao consumidor, ainda que tais bens tenham sido adquiridos mediante financiamento. Não se pode autorizar a incidência da contribuição apenas sobre a diferença financeira entre o preço de aquisição e o preço de venda, tal como pretendido, visto que o faturamento, para tal efeito, é o resultado final e global da operação comercial. O bem adquirido ingressa no patrimônio da revendedora, não podendo, assim, excluir-se da base de cálculo da COFINS os valores relativos aos bens adquiridos junto à montadora, ainda que financiados. Prevalência do princípio da constitucionalidade e legalidade das leis. Recurso negado.*

ACÓRDÃO 203-09088 – (...) COFINS - BASE DE CÁLCULO - *A base de cálculo da COFINS será o faturamento mensal, entendendo-se como tal a receita bruta da pessoa jurídica. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS - As empresas concessionárias de veículos devem recolher a contribuição para o PIS e a COFINS com base no valor total das vendas, conforme emissão das respectivas notas fiscais, e não apenas sobre a margem de lucro auferida.*

As vendas de automóveis são realizadas pelas concessionárias, em seu nome, por sua própria conta e sob sua exclusiva responsabilidade, caracterizando compra e venda. Daí não se poder cogitar de vendas em consignação.

O contrato de concessão comercial existente entre montadoras e revendedoras de automóveis, embora regulado pela Lei nº 6.729/79, alterada pela Lei nº 8.132/90, contém todas as propriedades do contrato de compra e venda.

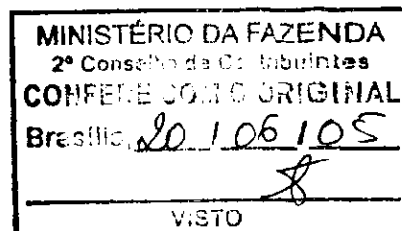
Como ensina Maria Helena Diniz, *in Curso de Direito Civil*, Saraiva, 7ª ed., 1992, 3º vol, p. 375 e 376, “No contrato de distribuição ou de concessão comercial, uma pessoa assume a obrigação de revender, com exclusividade e por conta própria, mediante retribuição, mercadorias de certo fabricante, em zona determinada.”

Orlando Gomes, por sua vez, *in Contratos*, Forense, 13ª ed., 1994, p. 374 a 376, informa o seguinte:

O exercício da profissão de agente confunde-se, às vezes, com a do distribuidor ou concessionário de venda, mas as duas figuras são distintas. O distribuidor é comerciante autônomo. Negocia por sua conta e risco.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

(...)

A atividade distribuidora, economicamente mais importante no país, é a que consiste na revenda autorizada de veículos automotores...

(...)

O contrato de distribuição é sinalagmático, oneroso, comutativo, simplesmente consensual, formal, de adesão.

(...)

A venda ao concessionário para que este revenda as unidades compradas é, afinal, a causa do contrato.

Destarte, as revendedoras de automóveis realizam operações típicas de compra e venda, inseridas num contexto de distribuição ou concessão comercial. Para que a operação fosse de conta alheia, e ensejasse a tributação na forma pretendida pela impetrante, precisaria que as vendas aos consumidores fossem realizadas por conta e à ordem da fábrica, ou em consignação, o que, absolutamente, não acontece.

Na lição de De Plácido e Silva, *in Vocabulário Jurídico*, Forense, 3ª ed., 1991, consignação, no "sentido do Direito Comercial, serve, em regra, para indicar certo contrato de comissão mercantil." Na hipótese dos autos, a impetrante não é remunerada através de comissão, nem tampouco existe contrato de comissão, que tem como característica a ação do comissário em nome e por conta do terceiro comitente, isto é, o comissário operando por conta alheia.

Aqui cabe estabelecer as diferenças entre quatro contratos previstos na legislação comercial: compra e venda, representação, mandato e comissão mercantil. Assim será elucidada de vez a questão.

Como é cediço, entende-se por compra e venda o contrato segundo o qual uma das partes se obriga a transferir o domínio de uma coisa a outra, mediante pagamento. Assim, entre a montadora e a revendedora ocorre compra e venda.

No contrato de representação mercantil o contratado representa quem o tenha contratado para agenciar negócios. Com isso, se resume ele a entabular as negociações, encaminhando, através de pedidos, os contratos cujas conversações inicia. Não tem poderes de mandato, ao atuar na conclusão dos negócios que promove. Mesmo quando o contratado atua com autonomia, no caso do chamado representante comercial autônomo, cuja profissão é regulada pela Lei nº 4.886/65, ainda assim atua por conta alheia, recebendo comissão.

No mandato mercantil o mandatário age em nome e no interesse do mandante, não se vinculando na obrigação. Contrata em nome deste último, sendo inerente ao contrato de mandato a representação. Quando o chamado representante comercial dispõe de poderes para concluir as operações mercantis, agindo em nome do mandante, a relação é de mandato, e não de representação comercial.

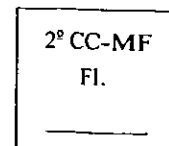
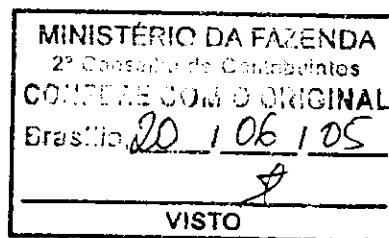
O contrato de comissão mercantil, por sua vez, era tratado nos artigos 165 e 166 do Código Comercial, equivalentes aos arts. 693 e 694 do novel Código Civil de 2002, que informam:

Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.

Verifica-se de imediato que o contrato de comissão assemelha-se ao do mandato, mas dele se diferencia porquanto neste o mandatário deve receber o poder de negociar em nome do mandante, obrigando-o para com terceiros e obrigando terceiros para com ele. O contrato de comissão também não se confunde com o de representação, pois o comissário age em seu próprio nome, sem necessidade de indicar o do comitente, e obriga-se diretamente para com a pessoa com a qual contrata, como se o negócio fosse seu.

No contrato de comissão, sem representação, o comitente não tem ação contra as pessoas com as quais o comissário contratou, nem elas têm ação contra o comitente. O comissário não é um representante, nem um mandatário, pois contrata no seu próprio nome e assume responsabilidades pessoais.

Se a mercadoria for remetida ao comissário previamente à venda, dá-se o nome de consignação a essa modalidade de comissão. Neste caso, comitente e comissário passam a ser denominados de consignante e consignatário, respectivamente. O comitente deve ao comissário a comissão relativa ao seu trabalho, que pode ser fixa ou variável. No geral, consiste numa importância calculada sobre o valor da operação.

Observe-se que na venda em consignação o produto das vendas não pertence a quem a realiza, que é o comissário ou consignatário. Este apura o resultado das referidas operações e presta contas ao comitente, proprietário das mercadorias. A receita do comissário ou consignatário é representada pela comissão, sendo o restante receita do comitente ou consignante.

Por força da sistemática do contrato de vendas em consignação, periodicamente o consignatário presta contas ao consignante dos resultados obtidos na venda de mercadorias a ele consignadas (resultados em operações de conta alheia). Tais resultados somente serão conhecidos pelo consignante após a referida prestação de contas, posto que as vendas são realizadas em nome do consignatário. Para fins de base de cálculo do PIS e COFINS, o consignante computa como receita sua todo o valor das vendas, com exclusão apenas da comissão paga ao consignatário, que é a receita deste. Da receita do consignante não podem ser deduzidos, para efeito da base de cálculo das duas Contribuições, os gastos realizados pelo consignatário, que até podem ser de responsabilidade do consignante, tais como frete, seguro, manutenção, etc.

Aqui, cabe um registro. Várias operações atualmente denominadas de consignação na verdade não o são. Tem-se utilizado o termo para designar modalidade de contrato diferente do contrato de comissão mercantil referido no código comercial. Menciono, por exemplo, os contratos relativos a veículos que são entregues a agências, para venda. Ou os contratos relativos a mercadorias vendidas com previsão de devolução na hipótese em que não sejam revendidas pelo adquirente. No primeiro caso, nada mais há do que um contrato de intermediação em que o comerciante se compromete, por uma remuneração certa, a encontrar comprador para o veículo destinado à venda. Trata-se de mera representação, em que quem realiza a operação de venda é o proprietário do bem ofertado (mandante ou representado). No segundo caso, o que há é um pacto entre o fornecedor da mercadoria e o adquirente, dispondo-se o primeiro a recebê-la em



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097

MINISTÉRIO DA FAZENDA 2º Conselho de Contribuintes CONFIRMAÇÃO DO ORIGINAL Emissão: 20/06/05 VISTO
--

2º CC-MF
Fl.

devolução caso a venda a terceiros não se proceda. Neste caso também não há contrato de comissão mercantil: realiza-se contrato de compra e venda, com direito do adquirente à devolução de mercadorias não revendidas. O comerciante adquirente negocia mercadorias em conta própria, sendo proprietário das mercadorias e se beneficiando, ou não, dos resultados das operações.

Conforme se infere da síntese aqui descrita, somente no caso de comissão mercantil, envolvendo consignação ou não, se verifica que terceira pessoa contrata em seu próprio nome, mas por conta de outra. Na representação e no mandato uma terceira pessoa age não em nome próprio, mas em nome de outra. Na compra e venda, finalmente, cada pessoa age em seu nome, sem ser por conta de outrem, tal como acontece com as revendedoras de automóveis e as montadoras.

Destarte, na concessão comercial ou distribuição operada pelas revendedoras de automóveis não há venda em consignação, pelo que descabe a exclusão, no cálculo do PIS e COFINS, dos valores pagos às fábricas.

Quanto à existência de penhor mercantil, numa operação em que a revendedora dá como garantia à instituição financeira que a financia os veículos comprados da montadora, em nada altera a natureza da compra e venda original. O fato de o Banco ser ligado, ou mesmo pertencer, à montadora, também não tem qualquer importância, não cabendo confundir a compra e venda entre a recorrente e a montadora, com o financiamento para tanto.

As distribuidoras realizam operações de compra e venda por conta própria, e não por conta alheia, devendo o total do montante recebido dos varejistas compor o faturamento ou receita bruta, base de cálculo das duas contribuições, na forma da Lei nº 9.718/98, arts. 2º e 3º.

A recorrente também se refere ao inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, para afirmar que as exclusões previstas no referido dispositivo, não tendo sido computadas pela fiscalização, teriam elevado a base de cálculo da Contribuição lançada, presumidamente "inflada". Todavia, o inciso em questão foi revogado sem que tenha tido qualquer eficácia, por não ter sido regulamentado. Neste sentido cabe atentar para o julgado abaixo do STJ, a referendar o Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal nº 56, de 20/07/2000, segundo o qual o referido dispositivo, tendo sido revogado pelo art. 47, IV, "b", da MP nº 1.991-18, de 09/06/2000, atual MP 2.158-35, de 24/08/2001, não produziu eficácia no período em que vigente. Observe-se:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. LEI N.º 9.718/98, ARTIGO 3º, § 2º, INCISO III. NORMA DEPENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 1991-18/2000.

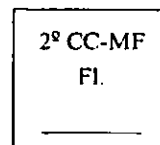
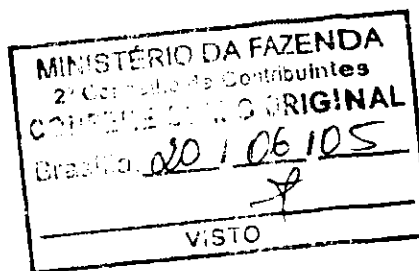
AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 97, IV, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DESPROVIMENTO.

1. Se o comando legal inserto no artigo 3º, § 2º, III, da Lei n.º 9718/98 previa que a exclusão de crédito tributário ali prevista dependia de normas regulamentares a serem expedidas pelo Executivo, é certo que, embora vigente, não teve eficácia no mundo jurídico, já que não editado o decreto regulamentador, a citada norma foi expressamente revogada com a edição de MP 1991-18/2000. Não comete violação ao artigo 97, IV, do Código Tributário Nacional o decisório que em decorrência deste fato, não reconhece o



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



direito de o recorrente proceder à compensação dos valores que entende ter pago a mais a título de contribuição para o PIS e a COFINS.

2. "In casu", o legislador não pretendeu a aplicação imediata e genérica da lei, sem que lhe fossem dados outros contornos como pretende a recorrente, caso contrário, não teria limitado seu poder de abrangência.

3. Recurso Especial desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 445.452 - RS (2002/0083660-7) - DJ de 10/03/2003, Relator Min. José Delgado).

Por último a questão dos juros de mora com base na taxa Selic.

Essa taxa não padece do mesmo vício da Taxa Referencial (TR), no que a partir de 01/01/95 substituiu os juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês com amparo no art. 13 da Lei nº 9.065/95. Este dispositivo legal, que consta de uma lei tributária, determina que os juros de mora incidentes sobre os tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal sejam equivalentes à taxa Selic a partir de 01/04/1995. Antes os juros de mora já eram equivalentes à taxa média mensal de captação do Tesouro Nacional relativa à Dívida Mobiliária Federal Interna, nos termos do art. 84, I, da Lei nº 8.981, de 20/01/1995.

Estatuído em lei que a Selic será empregada para fins tributários, inclusive no caso dos indébitos (os arts. 16 e 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, determinaram a incidência da referida taxa também sobre as restituições e compensações, a partir de 01/01/96), tornou-se irrelevante saber se, originalmente, possuía natureza remuneratória (decorrente de convenção, lei ou sentença, a título de rendimento do capital ou do bem), compensatória ou indenizatória (devida para indenizar danos ocasionados pelo devedor no caso de apropriação compulsória de bens), ou ainda moratória (devida em virtude do atraso do devedor, no cumprimento de obrigação de pagar).

A discussão é estéril porque, se fora do plano jurídico trata-se de taxa média praticada no mercado financeiro, juridicamente ela tem a natureza de juros de mora, a teor dos dispositivos legais retrocitados.

Outrossim, quem argúi que a taxa Selic não tem natureza tributária mas financeira, incorre em dois erros: um jurídico, dado que a matéria foi objeto de lei (e lei versando exclusivamente sobre tributos, cabe ressaltar); e outro erro, lógico, face a que não existe uma taxa de juros que não seja financeira. A taxa Selic, como índice financeiro que é, pode ter diversas aplicações, incluindo a sua utilização como juros de mora para fins tributários.

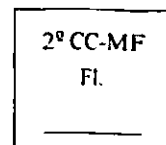
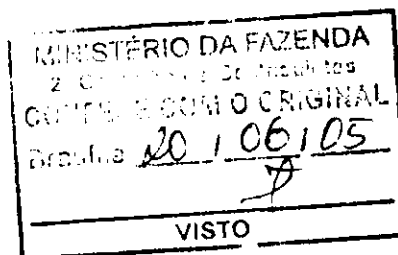
Por outro lado, os juros de mora podem ser superiores a 1% ao mês, pois o art. 161 do CTN, no seu parágrafo único, determina que "Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês". Este dispositivo não impede que o percentual seja superior a 1%, quando a lei assim dispõe.

A referendar o emprego da taxa Selic, trago à colação decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, onde já é pacífico o seu emprego nas restituições e compensações, a partir de 01/01/96. O julgado abaixo deixa assentado que o mesmo tratamento deve ser dado aos créditos tributários em favor da Fazenda Nacional. Observe-se:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10410.003115/2002-58
Recurso nº : 126.454
Acórdão nº : 203-10.097



PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. TAXA SELIC. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. CDA. CERTEZA E LIQUIDEZ. SÚMULA N. 7/STJ. COTEJO ANALÍTICO NÃO DEMONSTRADO.

1. Não cabe a esta Corte Superior de Justiça intervir em matéria de competência do STF, tampouco para prequestionar questão constitucional, sob pena de violar a rígida distribuição de competência recursal disposta na Lei Maior.

2. O artigo 161 do CTN, ao estipular que os créditos não pagos no vencimento serão acrescidos de juros de mora calculados à taxa de 1%, ressalva, expressamente, "se a lei não dispuser de modo diverso", de modo que, estando a SELIC prevista em lei, inexistente ilegalidade na sua aplicação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, aplicado a taxa SELIC a favor do contribuinte, nas hipóteses de restituições e compensações, não sendo razoável deixar de fazê-la incidir nas situações inversas, em que é credora a Fazenda Pública.

4. Para se verificar a liquidez ou certeza da CDA ou, ainda, a presença dos requisitos essenciais a sua validade, seria necessário reexaminar questões fático-probatórias, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ).

5. O conhecimento de recurso interposto com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da suposta divergência, não bastando a simples transcrição de ementa.

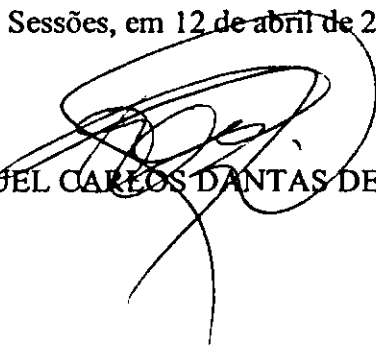
6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, Segunda Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2003/0046623-9, Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgamento em 18/05/2004, DJ de 28/06/2004 PG:00252, negritos ausentes no original).

Destarte, a decisão recorrida não merece reparos, devendo ser mantida *in totum*.

Pelo exposto, rejeito as preliminares de nulidade da decisão recorrida e do Auto de Infração e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 12 de abril de 2005.


EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS