



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24/10/2008.
Sílvia Siqueira Barbosa
Mat.: Siage 91745

CC02/C01
Fls. 82

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10825.001062/2004-21
Recurso nº 152.818 Voluntário
Matéria Cofins
Acórdão nº 201-81.371
Sessão de 08 de agosto de 2008
Recorrente BAURUCAR AUTOMÓVEIS E ACESSÓRIOS LTDA.
Recorrida DRJ em Ribeirão Preto - SP

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL - COFINS**

Período de apuração: 01/07/1994 a 30/06/1998

COFINS. PRESCRIÇÃO.

O prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS.

As concessionárias de veículos estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins sobre o valor de seu faturamento ou receita, o que inclui o valor total da venda ao consumidor, não se podendo falar em contrato de consignação ou agenciamento.

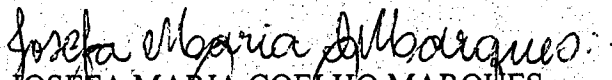
Recurso voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

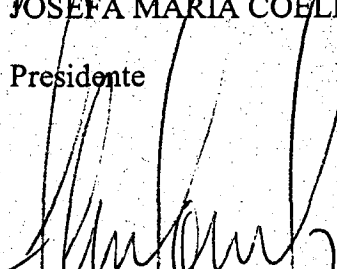
ACORDAM os Membros da PRIMEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em negar provimento ao recurso da seguinte forma: I) por maioria de votos, para reconhecer a ocorrência da prescrição do direito de solicitar

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/10/2008
Silvio P. de A. Barbosa	
Mat.: Sipe 91745	

restituição. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes (Relator); e II) por unanimidade de votos, quanto às demais matérias.


JOSEFA MARIA COELHO MARQUES

Presidente


ALEXANDRE GOMES

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, Maurício Taveira e Silva, Ivan Allegretti (Suplente), José Antonio Francisco e Gileno Gurjão Barreto.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/10/2008
Silvio Siqueira Barbosa Mat.: Siapo 91745	

Relatório

Trata-se de pedido de restituição de Cofins, no valor de R\$ 1.745.195,80, que teriam sido recolhidos em valores acima do efetivamente devido.

Em seu Despacho Decisório a DRF em Bauru - SP julgou no seguinte sentido:

"Assunto:

Pedido de Restituição de COFINS no período de 04/94 a 09/98.

Ementa:

A incidência da COFINS é sobre a receita bruta da venda de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, e não sobre o lucro obtido com a operação realizada. O faturamento da empresa concessionária não é composto apenas pela margem de lucro referente a seus negócios, mas sim pelo produto total obtido com a comercialização de suas mercadorias.

O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com decurso do prazo de 5 anos contados da data do pagamento indevido ou maior."

Inconformada, a recorrente apresentou sua manifestação de inconformidade, arguindo, em síntese, que exerce atividade de comissária, operando em nome próprio, porém, por conta e ordem de outrem, de forma que seu faturamento é a comissão recebida da concedente, ou seja, a diferença entre o valor atribuído ao veículo pela fábrica de automóveis e aquele pelo qual este é repassado ao comprador do automóvel, o consumidor final.

Ademais, sustenta que o prazo prescricional para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de 10 (dez) anos (cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para apuração do tributo devido).

O Acórdão proferido pela 4ª Turma da DRJ/RPO teve o seguinte entendimento:

"ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/01/2007

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário,

assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

COFINS. PIS. BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIAS DE VEÍCULOS.

As concessionárias de veículos estão sujeitas ao PIS e à COFINS sobre valor de seu faturamento ou receita, o que inclui o valor total da venda ao consumidor, admitindo-se apenas as exclusões previstas em caráter geral pela legislação.

Solicitação Indeferida".

A recorrente apresentou recurso voluntário basicamente com os mesmos fundamentos de sua manifestação de inconformidade, apenas acrescentou a Súmula nº 162 do STJ.

É o Relatório.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24. 10. 2008
Silvio Siqueira Barbosa	
Mat.: Siapc 91745	

Voto

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

O presente recurso é tempestivo, reúne os demais requisitos legais e dele tomo conhecimento.

Duas são as questões debatidas neste processo, sendo uma delas questão preliminar que passo a tratar neste momento.

I - Prescrição.

Como já me manifestei em outra oportunidade, coaduno com o entendimento de que, até o advento da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

Ou seja, considero que somente após a homologação é que se inicia o curso do prazo prescricional quinquenal, de modo que, na prática, o prazo total fixado para restituição é de dez anos após o recolhimento indevido.

Neste sentido, o Egrégio STJ, após inúmeras reviravoltas, já pacificou seu entendimento, senão vejamos:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO: CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INAPLICABILIDADE DO ART. 3º DA LC Nº 118/2005. INÍCIO DA VIGÊNCIA SOMENTE APÓS 120 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA MESMA LEI.

Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

O disposto no artigo 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005 é inaplicável, uma vez que ainda não iniciada a sua vigência, a qual somente terá início após 120 dias contados da publicação, a teor do artigo 4º da mesma lei.

Agravó regimental não conhecido."

E ainda:

¹ AgRg no Agravo de Instrumento nº 653.771-SP (2005/0009539-6). Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 05/05/2005.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 24/10/2008	
Sílvia Siqueira Barbosa	
Mat.: SIAPE 91745	

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 3º DA LC Nº 118, DE 9.2.2005. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp nº 435.835/SC, relator Ministro José Delgado, sessão de 24.3.2004, firmou o entendimento de que, no tocante à prescrição dos tributos sujeitos à homologação, aplica-se a teoria dos 'cinco mais cinco'.

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresse, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita.

3. A Seção de Direito Público, no julgamento dos EREsp nº 327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC nº 118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos."²

Da análise do processo, verifica-se que o protocolo do pedido de restituição ocorreu em 28/07/2004 e abrange as competências de 07/1994 a 06/1998, restando, portanto, afastada a prescrição alegada.

II - Da Base de Cálculo do PIS e da Cofins na venda de veículos novos.

A segunda questão, de mérito, trata de alegação da recorrente de que a base de cálculo devida pelas concessionárias de veículos não pode ser sua receita bruta, uma vez que estas operam verdadeiros contratos de comissão, devendo somente sobre estas comissões incidir a contribuição para o PIS e a Cofins.

Em sua manifestação de inconformidade alega que coloca no mercado uma mercadoria em nome de terceiro, no caso a montadora, operando como mero intermediário, numa negociação mercantil única, com plenas características de uma venda em consignação.

Os contratos de concessão realizados entre a Montadora e os distribuidores de veículos encontram-se regulados pela Lei nº 6.729/79 e, ao contrário do que afirma a recorrente, tem característica inquestionável de compra e venda.

Veja o que diz a referida lei:

"Art. 2º Considera-se:

I - Produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II - distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência

² EREsp nº 541540/SC. Ministro João Otávio de Noronha.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24/10/2008
Silvio Sérgio Barbosa
Mat.: SIAPE 91745

técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

Art. 3º Constitui objeto de concessão:

I - a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes fabricados ou fornecidos pelo produtor;”

Ao analisar estes contratos assim lecionou Maria Helena Diniz (Tratado Teórico e Prático dos Contratos, vol. 3, p. 386, 2ª Ed.):

“É uma espécie de contrato de agência, mas dele se destingue, visto que na distribuição, o fabricante vende o produto ao distribuidor, para posterior revenda, e na agência o fabricante vende o produto diretamente ao consumidor, por meio de intermediação do agente.

(...)

No contrato de distribuição, uma pessoa assume a obrigação de revender, com exclusividade e por conta própria, mediante retribuição, mercadorias de certo fabricante, em zona determinada.”

Assim, resta-nos claro que se trata de compra de mercadorias para revenda, não sendo possível alegar-se a existência de agenciamento ou consignação, posto que ocorreu a transferência efetiva da propriedade da mercadoria do Montador para o revendedor, inclusive com a respectiva emissão dos documentos fiscais de venda.

Na verdade, são duas as operações realizadas, onde a Montadora vende os veículos para a Concessionária, que, por sua vez, os vende aos consumidores finais.

Não é outra a interpretação do Egrégio STJ, que assim tem decidido:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. INAPLICABILIDADE DA NORMA PREVISTA NO ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.716/98 À HIPÓTESE DOS AUTOS. TRIBUTÁRIO. PIS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. FATURAMENTO. REVENDEDORA DE VEÍCULOS. — CARACTERIZAÇÃO — DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, dos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai a incidência da Súmula 282/STF.

2. Restando esclarecida a diversidade entre a situação fática ocorrida no caso concreto, em que há operação de venda de peças e veículos novos, e a prevista no dispositivo legal apontado como violado (norma de aplicabilidade restrita às pessoas jurídicas que desempenhem atividade de venda de veículos usados, equiparada pela lei à operação de consignação - art. 5º, caput, da Lei 9.716/98), não há que se falar em violação ao parágrafo único do art. 5º da Lei 9.716/98.

3. Não se tratando de intermediação de veículos, mas sim de concessionária revendedora dos automóveis comercializados, deve ser

[Assinatura]

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/10/2008
Sílvia S. Barbosa	
Mat.: SIAPE 91745	

aplicado o entendimento desta Corte quanto à matéria, no sentido de que a base de cálculo das contribuições para o PIS e para a COFINS é o faturamento, ou seja, a receita bruta da pessoa jurídica, sem qualquer abatimento. Precedentes: REsp 438797/RS, 1ª T., Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 03.05.2004, REsp 382680/SC, 2ª T., Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.12.2005, REsp nº 714008/RJ, 1ª T., Ministro José Delgado, DJ de 04/04/2005; AgRg no REsp nº 616571/MG, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 29/11/2004 e REsp nº 346524/PR, 2ª T., Minª Eliana Calmon, DJ de 09/09/2002 4. É vedada a apreciação de matéria fática no âmbito do recurso especial (Súmula 07/STJ).

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido." (Recurso Especial nº 809.913-SC (2006/0005078-1) Relator: Ministro Teori Albino Zavascki)

E mais:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULO. PIS. FATURAMENTO. BASE DE CÁLCULO. LC Nº 70/91. LEI Nº 9.718/98. PRECEDENTES.

1. Recurso especial contra acórdão segundo o qual a empresa concessionária de veículo deve recolher a contribuição para o PIS na forma da lei, ou seja, sobre a receita bruta e não sobre a margem de lucro.

2. Decisão a quo clara e nítida, sem omissões, obscuridades, contradições ou ausência de motivação. O não-acatamento das teses do recurso não implica cerceamento de defesa. Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide.

Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131), usando fatos, provas, jurisprudência, aspectos atinentes ao tema e legislação que entender aplicáveis ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há vício para suprir. Não há ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria é abordada no aresto a quo.

3. A base de cálculo do PIS/COFINS é o faturamento da empresa ou a renda bruta, nos termos do art. 2º da LC nº 70/91.

4. De acordo com a Lei nº 9.718/98, tanto o PIS como a COFINS mantiveram o faturamento como sua base de cálculo; no entanto, ampliou-se o conceito (faturamento correspondente à receita bruta). A referida Lei elevou a base de cálculo do PIS e da COFINS e aumentou a alíquota desta última.

5. Operações realizadas pela recorrente referentes a contratos de compra e venda mercantis (comércio de veículos automotores), e não de compra e venda em consignação.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/10/2008
Sérvio Antônio Barbosa Mat. São 91745	

6. Ausência de 'remessa' ou 'entrega' de bens pelo fabricante a serem alienados pela concessionária, mas, sim, transferência de domínio desses por meio da compra e venda.

7. A recorrente, em momento algum, suportou tributação sobre faturamento em conta alheia, uma vez que, ao realizar operações de compra e venda mercantil, e não de consignação, o faturamento por ela percebido é do valor total da venda, restando devida a cobrança do PIS e da COFINS sobre este valor.

8. Precedentes das 1ª e 2ª Turmas do STJ: REsp nº 714008/RJ, deste Relator, DJ de 04/04/2005; AgRg no REsp nº 616571/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29/11/2004; REsp nº 438797/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 03/05/2004; REsp nº 417009/SC, deste Relator, DJ de 14/04/2003; REsp nº 346524/PR, Relª Minª Eliana Calmon, DJ de 09/09/2002.

9. Recurso não-provido." (Recurso Especial nº 836.404-CE [2006/0065370-0], Relator: Ministro José Delgado)

Por fim, em relação ao precedente favorável à tese da recorrente originado nesta Egrégia 1ª Câmara, cumpre-nos esclarecer que, em consulta ao site do Conselho de Contribuintes, verificamos que ocorreu, em sede de Embargos de Declaração, alteração na ementa do acórdão, que passou a constar o seguinte:

"EMBARGO DE DECLARAÇÃO 201-75328

Resultado: DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, foram acolhidos os Embargos de Declaração para retificar a ementa do Acórdão nº 201-75.328, nos termos do relatório e voto do Relator.

Ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RETIFICA-SE O ACÓRDÃO Nº 201-75.328, QUE PASSA A TER A SEGUINTE EMENTA. 'COFINS. VALORES DECLARADOS EM DIRPJ. LANÇAMENTO. RECURSO DE OFÍCIO. Descabe o lançamento, em Auto de Infração, de valores já declarados em Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (DIRPJ). Para a exigência de débitos confessados o Fisco não necessita proceder à autuação do contribuinte, tendo em conta ser o débito declarado passível de cobrança direta. Recurso de ofício negado.'

Embargos acolhidos para retificar o acórdão. (Número do Recurso: 115478. Câmara: PRIMEIRA CÂMARA Número do Processo: 10730.000723/98-41 Data da Sessão: 18/09/2002 09:00:00 Relator: Gilberto Cassali)"

Por todo o exposto, vencido quanto à preliminar de prescrição, voto para, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

Sala das Sessões, em 08 de agosto de 2008.

ALEXANDRE GOMES