



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 09 / 09 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

Recorrente : CAMPINAS VEÍCULOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

COFINS – OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL – Ação judicial proposta pelo contribuinte contra a Fazenda Nacional – antes ou após o lançamento do crédito tributário – com idêntico objeto impõe renúncia às instâncias administrativas, determinando o encerramento do processo fiscal nessa via, sem apreciação do mérito.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PRELIMINAR DE NULIDADE – Não existe nulidade quando não comprovadas as hipóteses do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e a falta de apreciação da inconstitucionalidade alegada pela interessada não caracteriza cerceamento do seu direito de defesa, pois o juízo sobre inconstitucionalidade da legislação tributária é de competência exclusiva do Poder Judiciário. **Preliminar rejeitada**

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.

MULTA DE OFÍCIO – A aplicação da multa de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, visto que a exigência foi formalizada de ofício e que a exigibilidade do crédito tributário não estava suspensa, nos termos do art. 151 do CTN, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade porventura existente na lei.

JUROS DE MORA – São devidos desde a data de vencimento do tributo, nos percentuais da legislação que os regula.

Recurso não conhecido, em parte, por opção pela via judicial, e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CAMPINAS VEÍCULOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: **I) em não conhecer do recurso, em parte, por opção pela via judicial; e II) na parte conhecida: a) em rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida; e b) no mérito, em negar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003

Otacílio Dentas Cartaxo
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Roza da Costa, César Piantavigna, Valmar Fonsêca de Menezes, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López, Luciana Pato Peçanha Martins e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva.

Eaal/cf/ovrs



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

Recorrente : CAMPINAS VEÍCULOS LTDA.

RELATÓRIO

A empresa **CAMPINAS VEÍCULOS LTDA.** foi autuada em 27/09/2002 (doc. fls. 03/05) pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, nos períodos de outubro/1999 a dezembro/2000.

Exigiu-se no auto de infração lavrado a contribuição, juros de mora e multa, perfazendo o crédito tributário o total de R\$4.418.118,97.

Informou o autuante, às fls. 11/12, que a autuada excluiu das bases de cálculo da Cofins os valores referentes aos custos dos veículos novos vendidos. Esclareceu, ainda, que a contribuinte impetrou mandado de segurança para obter resguardo para o seu procedimento, mas teve negada a segurança pleiteada, em 01/06/2000.

Impugnando o feito, às fls. 61/82, a autuada alegou:

- preliminarmente, que:

- a imposição de multa de ofício e de juros de mora era inapropriada, visto que não estava encerrada toda a possibilidade de discussão administrativa da matéria objeto da autuação;

- a discussão judicial da matéria autuada operava como verdadeira denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do CTN, impedindo a incidência de multa de ofício,

- a multa de ofício representava impedimento à busca da tutela jurisdicional, na medida em que, na prática, era mais vantajoso, economicamente, aguardar "a movimentação da máquina administrativa", hipótese em que não teria o contribuinte sobre si a imposição daquela penalidade;

- a matéria posta em discussão, no mérito, devia ser apreciada consoante as normas do processo administrativo fiscal e o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pois não estava caracterizada a renúncia à via administrativa;

- no mérito, que:

- a autuação estava alicerçada em ato normativo manifestamente inválido. A Medida Provisória nº 1.991, de 14 de dezembro de 1999, e suas reedições, não tinha o condão de alterar a base de cálculo da Cofins, muito menos a sistemática de apuração. Carecia de eficácia, da mesma forma, o Ato Declaratório do Secretário da Receita Federal nº 44, de 13 de junho de 2000;



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

- era concessionária exclusiva da Volkswagen em Campinas e entre seus objetivos sociais estava a comercialização de veículos automotores novos. Por conseqüência, estava sujeita ao pagamento da Cofins nos exatos termos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991;

- a peculiar relação comercial existente entre a montadora e a impugnante justificava que a Cofins incidisse somente sobre a diferença entre os preços de venda ao consumidor final e aquele praticado pela montadora, sob pena de infringir princípios constitucionais tributários, notadamente o da capacidade contributiva, o do não confisco e o da isonomia;

- a análise do “Contrato de financiamento rotativo com garantia real e fiança” firmado entre a concedente e a concessionária revelava que não se estava diante de um pacto de compra e venda, mas de evidente venda por consignação. Conforme se depreendia das cláusulas desse contrato, a impugnante recebia diretamente do Banco Volkswagen S.A. um crédito rotativo destinado à consignação de veículos novos da montadora. Tão logo eram enviados os veículos, era liberado o crédito relativo, que deveria ser reembolsado pela concessionária – com incidência dos juros pertinentes – até dois dias após o pagamento pelo consumidor final. Ademais, não estavam presentes os elementos constitutivos do direito de propriedade previstos no art. 524 do Código Civil e em particular o domínio exclusivo e ilimitado previsto no art. 527. Também estavam ausentes todos os pressupostos do direito de propriedade que caracterizam a compra e venda:

- não havia emissão de certificado de propriedade de veículo em nome da impugnante;

- não havia a incidência do IPVA, cujo fato gerador era a propriedade;

- os veículos não integravam o patrimônio ativo da concessionária;

- depois de recebidos os veículos da montadora, a concessionária não podia utilizá-los diretamente, nem explorar seu uso por meio de locação, cessão a título gratuito ou oneroso;

- antes mesmo que o veículo estivesse fisicamente disponível na concessionária, havia a incidência de juros de permanência, a contar da data do faturamento;

- não era correto identificar como “compra e venda” o contrato em tela, de fornecimento de veículos novos, porque este não se inseria na previsão do art. 1.122 do Código Civil (livre negociação quanto à qualidade, à quantidade, ao preço, caso a caso, negócio a negócio);

- também pela aplicação do disposto na Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979, que tratava da concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre, restava a conclusão de que a concessionária não vendia veículos novos de sua propriedade, porque não lhes pertenciam, mas praticava atos de mediação de



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

negócios. Por isso, seu faturamento correspondia única e exclusivamente à diferença entre o preço de venda ao consumidor e o preço praticado pela montadora;

- conforme dispôs o art. 44 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, bem como o inciso III do § 2º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, as operações por conta alheia não integravam a receita bruta e, portanto, era indevida a exigência da Cofins sobre tal montante;

- a base de cálculo apontada no auto de infração era inconstitucional, visto ferir os princípios da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, da Constituição Federal), da isonomia (art. 150, II, da Constituição Federal) e da vedação ao uso de tributo com efeito confiscatório (art. 150, IV, da Constituição Federal); e

- a mudança de base de cálculo da Cofins, de faturamento para receita bruta, demandava lei complementar, conforme o art. 195, § 4º, da Constituição Federal, o que não sucedeu no presente caso. A sistemática da fiscalização para exigir a Cofins contrariou o art. 2º da Lei Complementar nº 70, de 1991. Isso sem olvidar, reflexamente, a ofensa frontal aos arts. 59, 68, § 1º, e 146, inciso III, da Constituição Federal.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve na íntegra o lançamento, em decisão assim ementada (doc. fls. 112/119):

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/12/2000

Ementa: CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO. Até o momento da inscrição, o crédito tributário, apurado em procedimento de ofício e disto cientificado o sujeito passivo, se diz regularmente constituído; após, definitivamente constituído. Juros de mora e multa de ofício devem ser consignados antes da inscrição.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. RENÚNCIA. A propositura de ação judicial, antes ou após o procedimento fiscal de lançamento, com o mesmo objeto, implica a renúncia ao litígio administrativo e impede a apreciação das razões de mérito pela autoridade administrativa a quem caberia o julgamento.

Lançamento Procedente”.



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

Inconformada com a decisão proferida, a autuada, às fls. 123/144, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Conselho de Contribuintes, onde, em suma:

- alegou a nulidade da decisão de primeira instância pela falta de apreciação das inconstitucionalidades argüidas;

- protestou contra a exigência da multa de ofício e dos juros de mora; e

- defendeu que a COFINS não poderia incidir sobre o total das vendas efetuadas, mas somente sobre a diferença entre o preço de compra e de venda dos bens comercializados pela autuada.

À fl. 162 o órgão local informou sobre o processamento do arrolamento de bens para seguimento do recurso voluntário apresentado pela contribuinte.

É o relatório.



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

O recurso cumpre as formalidades legais necessárias para o seu conhecimento.

Como relatado, a empresa CAMPINAS VEÍCULOS LTDA. foi autuada em 27/09/2002 (doc. fls. 03/05) pela falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, nos períodos de outubro/1999 a dezembro/2000.

No apelo apresentado a este Conselho, a recorrente alega a nulidade da decisão de primeira instância, pela falta de apreciação das inconstitucionalidades argüidas; protesta contra a exigência da multa de ofício e dos juros de mora; e defende que a COFINS não pode incidir sobre o total das vendas efetuadas, mas somente sobre a diferença entre o preço de compra e de venda dos bens comercializados pela autuada.

Primeiramente, para esclarecer qualquer dúvida, cabe ressaltar que a recorrente questionou judicialmente a base de cálculo da contribuição. Na decisão judicial, anexada às fls. 52/59, observa-se que o mandado de segurança – processo nº 1999.61.05.006072-4 – impetrado pela autuada objetivou a concessão de segurança para que, em relação ao veículos novos vendidos pela impetrante, o PIS e a COFINS sejam exigidos somente sobre a diferença entre os preços de venda ao consumidor final e os preços da montadora que representa.

Em relação à matéria discutida em ação judicial dispõe o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80, *verbis*:

“Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.” (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, que é a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.

A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência.



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

Também vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa por mandamento constitucional expresso.

Isso posto, não conheço da matéria discutida judicialmente.

A título de informação, cabe ressaltar que esta Câmara entende que 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. Dentre vários exemplos pode-se citar a decisão consubstanciada no Acórdão nº 203-08433, da Lavra da ilustre Conselheira Lina Maria Vieira, que assim está ementado:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Os princípios de vedação ao confisco, da capacidade contributiva e da isonomia consagrados em nossa Carta Magna são princípios dirigidos ao legislador. A instância administrativa não é competente para o exame de constitucionalidade de lei. DILIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. O contribuinte não pode pretender suprir mediante diligência o que era obrigação de sua parte. Preliminares rejeitadas. PIS. BASE DE CÁLCULO. CONCESSIONÁRIA DE VEÍCULOS. 1. A base de cálculo das Contribuições ao PIS é o faturamento (receita bruta) da pessoa jurídica. 2. Empresa concessionária de veículos automotores deve recolher tais contribuições sobre sua receita bruta, não apenas sobre a margem de lucro. 3. A concessionária de veículos novos, desde que emite nota fiscal de venda, não pode eximir-se de considerar o valor total da venda como base de cálculo da Contribuição para o PIS, face à cumulatividade instituída por lei. Recurso negado.”

Na parte conhecida do recurso, preliminarmente, a recorrente alega a nulidade da decisão de primeira instância.

Em relação às hipóteses de nulidade do auto de infração, o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, assim dispõe:

“Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.”

Na análise dos autos, verifico que não ocorreu nenhuma das hipóteses elencadas acima que possa suscitar a nulidade da decisão recorrida, pois a falta de apreciação das inconstitucionalidades argüidas pela recorrente não caracteriza cerceamento do seu direito de defesa, já que é pacífico nesse Colegiado o entendimento de que não compete à autoridade



Processo nº : 10830.008854/2002-95
Recurso nº : 123.858
Acórdão nº : 203-09.316

administrativa o julgamento acerca de inconstitucionalidade da legislação tributária, atributo exclusivo do Poder Judiciário, por expressa determinação constitucional.

Isso posto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade da decisão de primeira instância suscitadas.

No mérito da parte conhecida do recurso, a recorrente protesta contra a multa de ofício e os juros de mora.

A multa de ofício é plenamente aplicável ao caso em tela, visto que a exigência foi formalizada de ofício, considerando que a exigibilidade da contribuição não estava suspensa, nos termos do art. 151 do CTN, quando da formalização do auto de infração em lide. O percentual de 75% tem amparo no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96, e este não é o foro competente para discutir eventual inconstitucionalidade porventura existente na lei.

Sobre os juros de mora, vejo que não assiste razão à recorrente. A exigência dos juros de mora nos percentuais lançados se deu conforme dispositivos legais em pleno vigor e o artigo 161 do CTN diz que são devidos desde a data do vencimento do tributo:

"Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária."

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2003

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO