



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10680.015090/2004-17
Recurso nº 232.750 Voluntário
Acórdão nº **3801-000.932 – 1ª Turma Especial**
Sessão de 7 de outubro de 2011
Matéria PIS/PASEP - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente SEMPER S/A SERVIÇO MÉDICO PERMANENTE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Data do fato gerador: 30/06/2000

PIS. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO - LEI Nº 9.718/98.
INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 pelo plenário do STF, em sede de controle difuso, e tendo sido, posteriormente, reconhecida por aquele Tribunal a repercussão geral da matéria em questão e reafirmada a jurisprudência adotada, deliberando-se, inclusive, pela edição de súmula vinculante, deixa-se de aplicar o referido dispositivo, conforme autorizado pelos Decretos nºs 2.346/97 e 70.235/72 e pelo Regimento Interno do CARF.

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)
Magda Cotta Cardozo - Presidente.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon - Relator.

EDITADO EM: 18/10/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Magda Cotta Cardozo (Presidente), Flávio de Castro Pontes, José Luiz Bordignon, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva, Jacques Maurício Ferreira Veloso de Melo e Evan Aguiar.

Ausente Justificadamente os conselheiros Sidney Eduardo Stahl e Daniela Ribeiro de Gusmão.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo a seguir:

“O Auto de Infração lavrado contra a empresa acima identificada (fls. 04/12) formaliza a exigência da Contribuição para o Programa de Integração Social — PIS - relativo aos anos-calendários de 1999, 2000, 2001 e 2002 no valor de R\$11.554,86 (onze mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e seis centavos), que, acrescidos de juros de mora e multa proporcional totalizam um crédito tributário de R\$27.226,29 (vinte e sete mil, duzentos e vinte e seis reais e vinte e nove centavos).

A autuação decorreu da constatação das seguintes irregularidades:

1-Falta/Insuficiência de Recolhimento do PIS referente ao Deságio na aquisição de créditos de terceiros, em junho de 2000, no montante de R\$ 538.019,24.

Fundamento Legal: Art. 1º e 3º da Lei complementar nº07/70; arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I e 9}, da Lei nº9.715, de 1998; arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998.

2- Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado - Cofins

No procedimento de verificações obrigatórias - cotejo entre valores escriturados e os declarados em DCTF - verificou-se diferença de recolhimento do PIS em diversos períodos compreendidos entre dezembro de 1999 a dezembro de 2002, fls. 18/21.

Fundamento Legal: artigo 77, inciso III do Decreto-Lei nº 5.844, de 1943; artigo 149 da Lei nº5.172, de 1966; artigo 1º c 3º, alínea "b" da Lei Complementar nº 07, de 1970; art. 1º, parágrafo único, da Lei Complementar nº17, de 1973, Títulos, capítulo 1, seção 1, alínea "b", itens I e II, do Regulamento do PIS/PASEP, aprovado pela Portaria MF nº 142, de 1982; arts. 2º, inciso I, 8º, inciso I e 9º, da Lei nº9.715, de 1998; arts. 2º e 3º da Lei nº9.718, de 1998.

Consta da "Descrição dos Fatos", fl. 06, que a autuada, inscrita no REPIS — Programa de Recuperação Fiscal — efetuou por meio do "Contrato de Cessão de Créditos Tributário" datado de 29 de junho de 2000, a compra de prejuízo fiscal correspondente a R\$ 4.075.903,40 junto à empresa EMTEC — Empresa Técnica de Construções Ltda, CNJ 17.168.923/0001-50, por R\$

73.366,27, adquirindo o direito de deduzir dos valores das multas e juros dos seus débitos consolidados no REFIS, o montante de R\$ 611.385,51. A diferença, verificada — deságio — no montante de R\$ 538.019,24 (R\$611, 385,51 — R\$ 73.366,27) não foi contabilizada e tampouco oferecida à tributação, no dizer da fiscalizada, por não haver configurado fato gerador de tributo federal.

A empresa foi cientificada em 09/12/2004, conforme declaração de ciência e recebimento (fl. 05) e apresentou, tempestivamente, impugnação em 06/01/2005 (fls. 89/95), juntando, entre outros documentos, o de fl. 145 — PIS — DIFERENÇAS APURADAS PELA SRF — RECOLHIDOS A MAIOR P/ SEMPER - manifestando-se contrariamente ao lançamento, a seguir sintetizada.

Da Preliminar de Nulidade

Argúi a nulidade do auto de infração, eis que lavrado por auditores fiscais que não possuíam poderes para fiscalizar o período objeto do trabalho de levantamento fiscal, com violação do devido processo legal administrativo tributário.

"O Mandado de Procedimento Fiscal nº 06.1.01.00-2004-00754-9-2, expedido originalmente em outubro de 2004, não incluía a fiscalização do PIS e COFINS, em especial referente ao período de 06/2000 (competência em que a fiscalização apropriou como receita tributável a deságio na aquisição de prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL)".

Alega que somente na data em que se intimou o contribuinte do auto de infração — 09/12/2004 — é que se intimou também da abertura do MPF complementar incluindo as contribuições, concluindo ser impossível tal procedimento.

Do Mérito

Invocando o artigo 3º da lei nº 9.718, de 1999, que prevê o conceito de faturamento equiparando-o ao conceito de receita bruta para fins de tributação do PIS e da COFINS, questiona se o prejuízo fiscal para fins de tributação das referidas contribuições tem a natureza jurídica de receita, concluindo, que não o tem.

Argúi que a lei de regência do REFIS — Lei nº 9.964, de 2000, reconheceu o direito do optante em utilizar créditos de terceiros, decorrentes de prejuízos fiscais, para abater de sua conta REFIS os valores a título de multa e juros, não impondo qualquer condição ao seu aceite, tampouco transmutando a sua natureza jurídica; que a referida lei tratou indistintamente do prejuízo fiscal e base de cálculo negativa da CSLL próprios do contribuinte ou adquiridos de terceiros.

Argúi que o prejuízo fiscal e a base de cálculo da CSLL não são e jamais foram consideradas receitas para fins de incidência de tributação. Alega, que ao contrário, "quando se utiliza o prejuízo fiscal (no limite de 30%) para o IRPJ a ser quitado ao final de cada exercício, este não é tratado como uma nova receita

compensável da pessoa jurídica tributável pela COFINS e pelo PIS".

Alega que nem mesmo no âmbito do Refis a utilização do prejuízo fiscal próprio da pessoa jurídica para quitação de multa e juros é tratado como receita bruta com incidência do PIS e COFINS.

E conclui:

"(..) não se pode tratar o prejuízo fiscal adquirido de terceiros (o deságio decorrente da aquisição) como receita, pois, a Lei nº 9.964/00 não modificou a natureza jurídica de tal crédito compensável. Aquele continua, mesmo na pessoa jurídica adquirente (cessionária), a ter a natureza jurídica de prejuízo fiscal, insuscetível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL por não se tratar de receita."

Socorre-se do Decreto nº 3.431, de 2000 (que regulamentou o REFIS), para afirmar que o deságio na aquisição de prejuízo fiscal e base negativa da CSLL, não tem natureza jurídica de receita.

Finalmente, discorda do enquadramento legal do auto de infração no § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pois tal dispositivo pressupõe a caracterização do prejuízo fiscal e da base de cálculo negativa da contribuição social — CSLL - como receita, o que não ocorre na espécie.

2- Diferenças entre o valor declarado e o valor escriturado, denúncia espontânea. Necessidade de apuração de créditos a favor do contribuinte.

Argumenta que a fiscalização, nas verificações obrigatórias deixou de considerar o valor a maior do recolhimento das contribuições sociais — PIS/COFINS para as outras competências dos mesmos anos de 1999, 2000, 2001, 2002.

Esclarece que as divergências identificadas entre o declarado na DCTF e o escriturado (indicando que esta última informação é mais apurada, pois leva em conta as informações definitivamente obtidas junto aos tomadores de serviços e registradas na contabilidade), como já informado à fiscalização, foram devidas a "um descompasso entre as informações recebidas do setor de faturamento do hospital e a realização da receita. Devido ao atraso no repasse informação (aprovação de contas) dos tomadores de serviços (sobretudo planos de saúde), e tendo em vista o prazo para recolhimento das contribuições sociais e entrega das DCTF's, o contribuinte efetuava o pagamento do tributo do mês e procedia aos ajustes de compensação nas competências seguintes".

Esclarece, ainda, que um levantamento dos valores recolhidos - a maior e a menor - demonstraria provavelmente a inexistência de crédito tributário devido, computando-se as diferenças "a

maior" e "a menor" de todas as competências dos anos fiscalizados.

Discorda da aplicação de multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), eis que houve um recolhimento espontâneo antes do início de qualquer fiscalização, configurando evidente denúncia espontânea, prevista no art. 138 do CTN.

3- Competência junho/2000 (06/2000). Apuração de Contribuição Social recolhida "a maior".

Alega que no mês de junho de 2000 os auditores incluíram como receita tributável o valor do deságio da aquisição de prejuízo fiscal de terceiro sem considerar que neste mesmo mês, a impugnante havia recolhido contribuição a maior."

A Delegacia de Julgamento em Belo Horizonte proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Data do fato gerador: 30/06/2000

Ementa: O deságio obtido na aquisição de prejuízo fiscal de terceiro para quitar parte do débito consolidado no Adis constitui receita não operacional.

As diferenças positivas e negativas decorrentes do cotejo entre os valores dos tributos declarados (DCTF) e os apurados pela fiscalização devem integrar o saldo do tributo devido.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 2000

Ementa: Nulidade — MPF complementar — ciência junto com o auto de infração. O MPF, criado por portaria do SRF, constitui-se em elemento de controle da administração tributária e a eventual inobservância de norma infralegal não pode gerar nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

DILIGÊNCIA. Indefere-se o pedido de diligência quando dos autos constam todos os elementos necessários para o deslinde da questão.

Lançamento Procedente em Parte".

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 195 a 205, reproduzindo, na essência, as razões apresentadas por ocasião da impugnação.

REQUER:

a)- sejam encaminhadas ao contribuinte as cópias dos cálculos (mencionados no item V - sistema SICALC) e reaberto o prazo para impugnação dos mesmos, sob pena de

nulidade do acórdão em vista da violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do Contraditório;

b) - seja acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração, invalidando o trabalho fiscal efetuado;

c) - sucessivamente, seja anulado o auto de infração em pauta, para cancelar apuração de PIS sobre deságio da aquisição de prejuízo fiscal de terceiro para utilização no REFIS, por não constituir receita bruta tributável;

d) sucessivamente, inacolhido pedido da alínea anterior, cancelar o auto de infração, uma vez que a receita decorrente do deságio da aquisição de prejuízo fiscal de terceiro para utilização no REFIS deve ser considerada apenas no exercício fiscal de 2004;

e) - Seja também determinada a retificação do trabalho fiscal com o levantamento de todas as competências do período de 1999 a 2002, identificando as diferenças de COFINS favoráveis à Receita Federal e favoráveis ao contribuinte, apurando-se, ao final, a existência de eventual saldo devedor de contribuição social, com a aplicação das penalidades cabíveis.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luiz Bordignon, Relator

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

Tendo em vista as questões trazidas pela interessada em seu recurso de fls. 194/205, notadamente àquelas relacionadas a solicitação de cópia de cálculos e retificação do trabalho fiscal, no sentido de efetuar levantamento de valores, faz-se necessário estabelecer o limite da presente lide.

Como visto anteriormente, trata-se da exigência da contribuição para o PIS/Pasep, relativo aos anos-calendários de 1999, 2000, 2001 e 2002, em razão de:

1. Falta/Insuficiência de Recolhimento do PIS referente ao Deságio na aquisição de créditos de terceiros, em junho de 2000, no montante de R\$ 538.019,24.
2. Diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado.

A DRJ/Belo Horizonte, no Acórdão DRJ/BHE nº 8.625, de 03 de junho de 2005, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pela autuada, excluindo os valores lançados em razão da diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado. Manteve-se, assim, o valor lançado que teve como base de cálculo o valor do deságio na aquisição de crédito de terceiros, referente ao período de apuração 06/2000.

Esta é, portanto, a matéria em litígio a ser apreciada no presente processo.

Desse modo, faz-se necessário analisar, em razão das recentes decisões proferidas pelo STF, relativas à constitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, aplicável ao período lançado, se a receita originada do deságio na aquisição de créditos de terceiros compõe a base de cálculo do PIS/Pasep.

Para o presente caso, deve-se ter em mente que a Lei nº 9.718/98 (conversão da Medida Provisória nº 1.724/98), ampliou o conceito de faturamento - base de cálculo das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins - definindo-o no §1º do art. 3º como sendo “a *totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas*”.

Por sua vez, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos Recursos Extraordinários n.ºs 357.950/RS, 358.273/RS, 390840/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, e n.º 346.084-6/PR, do Ministro Ilmar Galvão, pacificou o entendimento da inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo das contribuições destinadas ao PIS e à COFINS, promovida pelo § 1º, do artigo 3º, da Lei n.º.718/98, conforme ementa abaixo colacionada:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 -

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Destaca-se, nesse aspecto, que a matéria foi reconhecida como de “Repercussão Geral” e julgada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decisão proferida no RE 585235, abaixo colacionado:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.09.2008.

Assim, considerando-se o disposto no art. 62-A da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, alterada pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (¹Regimento

¹ Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (alterações introduzidas pela Port. MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010–DOU de 22.12.2010).

Interno do CARF), deve-se afastar a tributação do PIS exigida com base no disposto no art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998.

Diante do acima exposto, encaminho meu voto no sentido de julgar procedente o recurso voluntário apresentado.

É assim que voto.

(assinado digitalmente)
José Luiz Bordignon