



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

Processo n° 10675.002278/2007-17
Recurso n° 501.428 De Ofício e Voluntário
Acórdão n° **3302-01.280 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 09 de novembro de 2011
Matéria Cofins e PIS
Recorrentes UNIMED ARAGUARI COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2002

PIS E COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO.

Existindo pagamentos antecipados, o prazo de decadência do PIS/Pasep é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/07/2002 a 31/12/2004

DILIGÊNCIA E PERÍCIA. NEGATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

É incabível a realização de diligência ou perícia para responder a quesitos de natureza legal, cujo conhecimento seja elementar ou que se refiram a prova passível de produção unilateral pelo contribuinte.

SOCIEDADES COOPERATIVAS. PIS/PASEP E COFINS. ATOS NÃO COOPERATIVOS. FATURAMENTO. APURAÇÃO E INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA E NÃO EM JULGADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. EFEITOS.

Em relação às matérias discutidas em ações judiciais não transitadas em julgado, ocorre a renúncia às instâncias administrativas, não cabendo sua discussão no âmbito de processo administrativo. Em relação às já decididas em decisão transitada em julgado, descabe sua rediscussão na esfera administrativa, aplicando-se os termos da decisão judicial.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2002 a 31/12/2004

BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADE COOPERATIVA.

A base cálculo da contribuição é o faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões e deduções previstas em lei.

BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO.

Corrige-se o erro demonstrado na apuração da base de cálculo da contribuição em relação a um período específico.

OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. DEDUÇÕES ESPECÍFICAS.

As deduções especificamente destinadas às operadoras de plano de assistência à saúde não autorizam a exclusão dos custos decorrentes do atendimento a seus usuários, como despesas hospitalares, honorários médicos, custos com exames, etc., para fins de apuração da base de cálculo da contribuição.

INTERCÂMBIO A PAGAR. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO.

Os valores do intercâmbio a pagar devem ser excluídos da base de cálculo das contribuições a partir de dezembro de 2001, por terem o mesmo tratamento contábil, nas operações entre cooperativas, das responsabilidades cedidas.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

É incabível a incidência da contribuição sobre as receitas financeiras, por não se enquadrarem no conceito de faturamento, à vista da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal da majoração da base de cálculo efetuada pela Lei nº 9.718, de 1998.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/07/2002 a 31/12/2004

BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO.

Corrige-se o erro demonstrado na apuração da base de cálculo da contribuição em relação a um período específico.

BASE DE CÁLCULO. SOCIEDADE COOPERATIVA.

A base cálculo da contribuição é o faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões e deduções previstas em lei.

OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. DEDUÇÕES ESPECÍFICAS.

As deduções especificamente destinadas às operadoras de plano de assistência à saúde não autorizam a exclusão dos custos decorrentes do atendimento a seus usuários, como despesas hospitalares, honorários médicos, custos com exames, etc., para fins de apuração da base de cálculo da contribuição.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS.

É incabível a incidência da contribuição sobre as receitas financeiras, por não se enquadrarem no conceito de faturamento, à vista da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal da majoração da base de cálculo efetuada pela Lei nº 9.718, de 1998.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator, e por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator. Vencido, quanto ao recurso voluntário, o conselheiro Alexandre Gomes. Ausente, justificadamente, o conselheiro Gileno Gurjão Barreto. A conselheira Fabiola Cassiano Keramidas declarou-se impedida de votar, em razão da matéria. O conselheiro Alexandre Gomes fez declaração de voto.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz e Alexandre Gomes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 1411 a 1477) apresentado em 13 de agosto de 2009 contra o Acórdão nº 09-24.632, de 25 de junho de 2009, da 1ª Turma da DRJ / JFA (fls. 1351 a 1632), cientificado em 14 de julho de 2009, que, relativamente a auto de infração de Cofins e PIS dos períodos de fevereiro de 1999 a dezembro de 2004, considerou procedente em parte o lançamento, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

LANÇAMENTO. DECADÊNCIA.

Com a edição da Súmula Vinculante n.º 8, do STF, a constituição dos créditos da seguridade social, aí incluídos a Cofins e o PIS/Pasep, passa a obedecer as regras contidas no CTN, observando no caso de lançamento por homologação àquela contida no § 4º do art. 150.

A base cálculo da Cofins e do PIS/Pasep é o faturamento, que corresponde à receita bruta, assim entendida como a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo permitidas somente as exclusões e deduções previstas em lei.

OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. DEDUÇÕES ESPECÍFICAS.

As deduções especificamente destinadas às operadoras de plano de assistência à saúde não autorizam à exclusão dos custos decorrentes do atendimento a seus usuários, como despesas hospitalares, honorários médicos, custos com exames, etc, para fins de apuração da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004

LANÇAMENTO. NULIDADE. INCORREÇÃO DE CÁLCULO.

O erro de cálculo na apuração do crédito tributário lançado de ofício é passível de ser sanado na fase contenciosa, com o respectivo cancelamento do valor exigido a mais, não implicando a nulidade do lançamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA.

Falece competência à autoridade julgadora de instância administrativa para a apreciação de aspectos relacionados com a constitucionalidade ou legalidade das normas tributárias, tarefa privativa do Poder Judiciário.

PEDIDO DE PERÍCIA.

Deve ser indeferido o pedido de perícia quando esse procedimento for considerado prescindível para a solução da lide.

Lançamento Procedente em Parte

O auto de infração foi lavrado em 01 de agosto de 2007, de acordo com o termo de fls. 526 a 540.

A Interessada apresentou mandado de segurança (fls. 289 e seguintes), com o objetivo de afastar a incidência da Cofins sobre “os atos cooperativos próprios” de suas finalidades e lhe garantir “o direito líquido e certo de não efetuar o recolhimento da Cofins”.

Em relação ao PIS, apresentou mandado de segurança (inicial de fls. 365 em diante), para recolher a contribuição somente sobre a folha de salários.

A Fiscalização concluiu o seguinte:

Portanto, até 31/10/99, as sociedades cooperativas que observassem o disposto em legislação específica, gozavam de isenção da COFINS relativamente aos atos cooperativos próprios. Os atos não-cooperativos, ou seja, os atos praticados

com não-associados ficavam sujeitos à COFINS, de acordo com as mesmas normas aplicáveis as demais pessoas jurídicas.

[...]

Dessa forma, a partir de 01/11/99, a contribuição ao PIS e COFINS das sociedades cooperativas passou a incidir sobre o total da receita bruta, como definido na Lei 9.718/98, não se diferenciando os atos cooperativos dos não-cooperativos, ou seja, as sociedades cooperativas passaram à condição de contribuintes da COFINS e do PIS/FATURAMENTO também sobre as receitas oriundas de atos cooperativos, sendo admitidas, entretanto, além das exclusões comuns a todas as pessoas jurídicas, as exclusões expressas no artigo 15 da MP 1858-7/99 e suas reedições.

Entretanto, as exclusões expressas no dispositivo legal acima citado não alcançam as atividades cooperativas em geral, tendo em vista que essas exclusões decorrem das atividades típicas das cooperativas de produção agropecuária.

Logo, tratando-se o contribuinte em questão de uma sociedade cooperativa de trabalho médico, não faz juz às exclusões expressas no artigo 15 da MP 1858-7/99 e suas reedições.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Contra a contribuinte retro identificada foram lavrados os Autos de Infração às fls. 552/593, que lhe exige um crédito tributário no valor total de R\$ 3.744.986,22, com juros de mora calculados até 29/06/2007, sendo: R\$ 1.199.773,57 de Cofins; R\$ 928.940,31 de juros de mora; R\$ 899.829,91 de multa proporcional (passível de redução); R\$ 280.715,62 de PIS; R\$ 225.190,37 de juros de mora; R\$ 210.536,44 de multa proporcional (passível de redução).

Segundo a Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal(is) constantes dos Autos de Infração, os lançamentos decorreram de “Falta / Insuficiência de Recolhimento” das contribuições, conforme valor apurado no Termo de Verificação Fiscal - TVF e demonstrativos.

No TVF a fiscalização informou que a contribuinte impetrou dois Mandados de Segurança. No primeiro, de n.º 2000.38.03.000912-7, a impetrante pediu a suspensão da exigibilidade da Cofins sobre atos cooperativos próprios de sua finalidade. No mérito o pedido foi considerado procedente em parte eximindo a impetrante do recolhimento da Cofins com a alteração da base de cálculo, permanecendo a obrigação de recolhê-la na forma da LC 70/91 e alterações posteriores, inclusive da MP 1858, e revogando a liminar concedida. A União impetrou recurso de apelação, recebido no efeito devolutivo em Junho/2001, e em Maio/2003, acórdão da 4ª Turma do TRF da 1ª Região deu provimento à apelação, julgando prejudicada a remessa oficial, tendo o referido acórdão transitado em julgado em Dezembro/2003.

O segundo Mandado de Segurança, de n.º 2002.38.03.003760-0, foi impetrado com pedido para recolher o PIS com base na folha de pagamentos. O pedido de liminar foi indeferido, a segurança denegada e o recurso de apelação interposto pela impetrante teve provimento negado. A impetrante entrou com Recurso Extraordinário e Recurso Especial, tendo o processo sido remetido ao STJ em dezembro de 2005.

Contra os lançamentos de ofício efetuados, a autuada apresentou impugnações às fls. 724/846, com juntada de documentos às fls. 847/1.343, na qual, após aduzir seus argumentos, pediu:

“Em preliminar:

- i. o recebimento da presente Impugnação Administrativa, uma vez que é tempestiva, pois conforme demonstrado, o prazo para seu protocolo fora prorrogado para o primeiro dia útil subsequente em função do feriado municipal no Município de Uberlândia (local do protocolo).*
- ii. a nulidade do Auto de Infração, ou a necessidade de correção dos valores considerados erroneamente na base de cálculo apurada pelo fiscal, nos períodos de novembro de 2000 e junho de 2004, conforme explicitado.*
- iii. a realização da perícia/diligência acima requerida;*

No mérito:

- iv. a anulação parcial do auto de infração em relação às competências de fevereiro de 1999 a julho de 2002, tendo em vista a decadência do direito da Fazenda Pública lançar o crédito fiscal combatido, eis que passados 05 (cinco) anos da data da ocorrência do pretense fato gerador da contribuição e da notificação do lançamento, tal qual prevê o art. 150, § 4º do CTN;*
- v. a nulidade e improcedência parcial do auto de infração, já que os valores de PIS [COFINS] relativos às competências anteriores a novembro de 1999 não poderiam ser exigidos da Cooperativa, conforme prevê o Ato Declaratório SRF n.º 88/99 (DJU 22/11/1999);*
- vi. a nulidade e improcedência do auto de infração, invocando-se a regra geral de não incidência tributária que respaldam os atos cooperativos das sociedades cooperativas (artigos 79, 87 e 111 da Lei n.º 5.764/71), e na extensão em que postulado na presente defesa (atendimento médico e pela rede credenciada, intercâmbio e integralidade das sobras);*
- vii. requer-se, ainda, a exclusão no Auto de Infração combatido dos valores lançados a título de sobras, pois representam valores restantes após o pagamento dos médicos cooperados e dos demais custos prestados, sendo de fácil percepção, no texto da Lei n.º 10.676/03, a permissão de sua exclusão, inclusive com efeito retroativo para os fatos geradores ocorridos a partir de outubro de 1999;*

- viii. *a nulidade e improcedência do auto de infração, ante a definição jurídica-econômica de operadora de planos de saúde da Impugnante, reconhecendo-se a possibilidade de se proceder a necessários ajustes na base de cálculo do PIS [COFINS], de forma a colher somente o que se configurar efetiva receita (comissão/taxa de administração), destacando-se a previsão contida no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, com redação dada pelo art. 2º da MP n.º 2.158-35/2001, anulando-se, em consequência, o auto de infração guerreado;*
- ix. *a nulidade e improcedência do auto de infração, afastando-se a exigência da COFINS [PIS] sobre receitas financeiras uma vez que excluídas do conceito de faturamento (artigo 3º da lei 9.718/98). Para instrução do presente processo, anexei, às fls. 1345/1350, extrato e acórdão retirados do sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça – STJ.*

A DRJ considerou parte do lançamento decaído e demonstrado erro na apuração da base de cálculo das contribuições de junho de 2004.

No recurso, a Interessada abordou apenas as questões de mérito, alegando, inicialmente, que o PIS não incidiria sobre o ato cooperativo, nos termos dos arts. 79, 87 e 111 da Lei nº 5.764, de 1971, devido à “inexistência de elemento econômico” tributável, ressaltando que a cooperativa agiria por conta e ordem de seus associados.

A seguir, tratou do “atendimento médico-hospitalar”, para “delimitar a abrangência da não incidência” da contribuição.

Segundo a Interessada, “além de ter negado vigência à Lei n.º 5.764/71 a partir de novembro/99, a fiscalização incorreu ainda em equívoco, ao ignorar a correta extensão do ato cooperativo incluindo na base de cálculo as receitas oriundas de contratação de planos de saúde e de prestação de serviços de não cooperados que não correspondem a atos cooperativos, mas tomando-se o cuidado de excluir a produção dos cooperados (...), ou seja, os repasses pagos aos médicos cooperados, que correspondem aos serviços efetivamente prestados por eles aos seus pacientes, portanto, enquadrados no conceito de ato cooperado.”

Analizou os tipos de cooperativas e de atos cooperativos, para concluir que, em relação às cooperativas de trabalho, “será ato cooperativo tudo aquilo que a cooperativa receber do usuário e repassar para o corpo associativo dela, incluindo os custos com hospitais e congêneres, e desde que o atendimento se dê através de cooperado”. Ainda afirmou que a cooperativa não prestaria serviços aos usuários, mas aos médicos associados; e estes, sim, que prestariam serviços aos usuários e “o Plano de Saúde é apenas forma de conseguir clientes para os cooperados, em típica ação pertinente às cooperativas de prestação de serviços”.

Na sequência, tratou do “ato cooperativo puro”, citando entendimentos judiciais. Tratou ainda das sobras, que, nos termos da Lei nº 10.676, de 2003, seriam deduzidas da base de cálculo das contribuições.

Contestou a conclusão do acórdão de primeira instância de que, “no que tange às sobras, para as cooperativas médicas a exclusão ficou restrita aos valores destinados à formação do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES)”, uma vez que a exclusão perfar-se-ia pela própria natureza jurídica da parcela, que denotam não um acréscimo

patrimonial à cooperativa, como se viu, mas mero reembolso aos cooperados das despesas incorridas na prestação de serviços, pois 'decorrem necessariamente dos valores pagos a maior pelos cooperados à cooperativa, para fins de custear as despesas administrativas da sociedade.'"

Abordou, a seguir, as exclusões concedidas às sociedades que operam planos de saúde, alegando que *"os 'custos assistenciais' com os quais arca a Recorrente tratam-se, de fato, de receitas de terceiros, despesas da Recorrente, e como tal não devem compor a base de cálculo do PIS e da COFINS. Do contrário estar-se-ia tributando o que receita não é (eis que não se trata de entrada tendente a agregar ao patrimônio)."*

De acordo com a Interessada, segundo a disposição da Lei nº 9.656, de 1998, art. 1º, I, o plano de saúde efetuará o pagamento "por conta e ordem do consumidor" (de terceiro).

Nesse contexto, alegou que as exclusões seriam permitidas pelo art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718, de 1998, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001.

Assim, a remuneração das operadoras de planos de saúde ocorreria por comissão. Citou ementa do REsp nº 227.293/RS, para concluir que, no caso do ISS, o valor da prestação de serviço exigiria a exclusão da "base de cálculo daquele mesmo imposto devido pela pessoa a quem forem destinados". Ademais, citou outras decisões judiciais que, segundo suas alegações, confirmariam sua tese.

Citou, além disso, decisão da DRJ BHE que teria reconhecido o direito às exclusões previstas no dispositivo anteriormente citado, *"sem as injustificadas limitações que o Fisco Federal insiste em fazer no artigo 2º da MP 2.158-35/2001"*.

A seguir, expôs detalhadamente a forma como entende ocorrer a obtenção de receitas e a incidências das deduções, relativamente ao atendimento aos conveniados próprios, à cessão ou transferência de responsabilidades (atendimento a conveniados de outras operadoras) e à constituição de provisões técnicas.

Detalhou, também, as formas de caracterização da co-responsabilidade, dos eventos ocorridos, da transferência de responsabilidades (relativamente ao que teria havido equívoco de interpretação da Fiscalização)

Citou as exposições de motivos da MP nº 2.158-35, de 2001, para concluir que *"os custos (eventos) efetivamente pagos somente lhe transitam pelo caixa, representando receita de quem efetivamente presta tais serviços (médicos, fisioterapeutas, psicólogos, hospitais, clínicas, laboratórios, home care etc.)."*

No item seguinte do recurso, tratou da diferença entre entradas e receitas, do princípio da equivalência de tratamento entre contribuintes, afirmando que, *"ao ingressar na sociedade, o dinheiro já está destinado ao bolso dos médicos/prestadores de serviços e demais gastos imanentes"*. Citou entendimento da doutrina e de decisões judiciais.

Questionou, ainda, a incidência sobre receitas financeiras, em face da inconstitucionalidade da majoração da base de cálculo das contribuições promovida pela Lei nº 9.718, de 1998.

Por fim, tratou do pedido de perícia ou diligência, alegando que seria necessária para demonstrar os ajustes na base de cálculo, representando cerceamento de defesa sua denegação pela primeira instância.

Formulou os quesitos conforme fls. 1475 e 1476, após o que requereu a nulidade e improcedência da autuação pela não tributação dos atos cooperativos, pela exclusão das sobras, pelos ajustes das bases de cálculo, pela exclusão das receitas financeiras e, ainda, a realização da perícia ou diligência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

Inicialmente, analisa-se o recurso de ofício.

Conforme acórdão de primeira instância, cancelaram-se, em razão da decadência os valores relativos aos fatos geradores ocorridos até 31/07/2002 e parcela dos lançamentos da Cofins e do PIS, decorrente de erros, referentes aos fatos geradores ocorridos em novembro de 2000 e julho de 2004.

Quanto à decadência, o acórdão aplicou a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal, que considerou o prazo da Lei nº 8.212, de 1991, inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária de 12 de junho de 2008, aprovou a Súmula Vinculante nº 8, do seguinte teor:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A Súmula teve origem no julgamento do RE nº 559.882-9, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que reconheceu as referidas inconstitucionalidades.

O texto da decisão que tratou da modulação temporal dos efeitos da decisão foi o seguinte (<http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2393382&tipoApp=RTF>):

***Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, deliberou aplicar efeitos ex nunc à decisão, esclarecendo que a modulação aplica-se tão-somente em relação a eventuais repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11/06/2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.06.2008.*

A decisão, portanto, atribuiu efeito preclusivo aos casos não litigiosos na data da decisão, aplicando-se aos casos em julgamento.

A referida súmula, nos termos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, art. 2º, tem efeito vinculante “*em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal[...]*”.

Em relação às regras do CTN, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o prazo de decadência depende de haver ou não pagamentos antecipados (REsp 512840 / SP; Relatora: Ministra Eliana Calmon; DJ 23.05.2005 p. 194):

TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO (ART. 150 § 4º E 173 DO CTN).

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CNT).

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

3. Em normais circunstâncias, não se conjugam os dispositivos legais.

4. Precedentes das Turmas de Direito Público e da Primeira Seção.

5. Recurso especial provido.

Como houve pagamentos antecipados, o prazo é contado na forma do art. 150, § 4º, do CTN. O lançamento ocorreu em 1º de agosto de 2007, ocorreu a decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2002, conforme decidido pela Primeira Instância.

Quanto aos erros relativos aos fatos geradores ocorridos em novembro de 2000 e julho de 2004, o primeiro foi abrangido pela decadência.

Já em relação ao segundo, a Primeira Instância constatou pela análise do Balancete de Verificação (Anexo I, fl. 499) e do Demonstrativo de Base de Cálculo do PIS/Cofins (fl. 546) que houve um erro de fato, tendo a fiscalização majorado a base de cálculo das contribuições em R\$ 500.000,00.

Dessa forma, deve-se manter o acórdão de primeira instância em relação a tais itens, negando-se provimento ao recurso de ofício.

Quanto ao recurso voluntário, é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Inicialmente, registre-se que as alegações de nulidade apresentadas pela Interessada são inadequadas, uma vez que se referem a questões de mérito da exigência.

A realização de perícia ou diligência é, da forma como decidido pela primeira instância, desnecessária. Veja-se que os quesitos pretensamente formulados pela Interessada ou são questões de direito, a serem decididas pela convicção da autoridade julgadora, como o caso do 1º quesito, ou são questões já sabidas, como os casos do 2º, 3º e 4º.

Ademais, a realização de diligência somente poderia caracterizar cerceamento de defesa numa situação em que o contribuinte não pudesse realizar prova por sua conta própria, o que não se verifica no caso, pois poderia perfeitamente apresentar e demonstrar o resultado requerido no quesito nº 5.

A seguir, cabe analisar a situação das ações judiciais.

Na ação relativa à Cofins, apesar de haver obtido medida liminar, a segurança somente foi concedida em relação à Lei nº 9.718, de 1998. Na relativa ao PIS, a liminar e a segurança foram denegadas.

Em tais ações, a Interessada buscou discutir a não tributação dos atos cooperativos pela Cofins e a tributação exclusiva do PIS sobre a folha de salários, no que não obteve sucesso.

No primeiro caso, há que se esclarecer que a sentença claramente considerou possível a tributação do próprio ato cooperativo, além de considerar não exigível lei complementar para revogar a isenção prevista na LC nº 70, de 1991. Ademais, afastou o pretense tratamento isonômico com o benefício previsto no art. 15 da MP nº 1.858.

Sobre a questão da abrangência dos atos cooperativos, considerou o seguinte a sentença:

As cooperativas de trabalho medico, como a impetrante autorizadas que foram pela Lei n. 9.656/98, vendem Planos Privados de Assistência à Saúde diretamente aos interessados a preço pré ou pós estabelecido. Disponibilizam aos adquirentes dos Planos o acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente por eles escolhidos.

Como se vê, essas cooperativas não são meras intermediárias de serviço médico, mas vendem Planos Privados de Assistência à Saúde que disponibilizam também, além de outras, a internação hospitalar, arcando com os custos, integral ou parcialmente.

Também não são repassadas aos cooperados as sobras líquidas do exercício. Recebem eles, na verdade, diretamente da cooperativa, pagamento mensal ou quinzenal pelos serviços prestados.

Portanto, essas cooperativas têm sim faturamento, que é fonte de custeio previstas no art. 195, I, "b", da CF. e base de cálculo da COFINS, consoante a Lei Complementar n. 70/91.

Aliás, saliento que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que "incide contribuição previdenciária sobre os honorários médicos autônomos", asseverando que "a cooperativa de trabalho é equiparada à empresa". (STJ - REsp 205383 - SP - 1ª T. - Rel. Min. Garcia Vieira - DJU 28.06.1999 - p. 65)

Na segunda ação, relativa ao PIS, a sentença concluiu o seguinte:

À luz de tais dispositivos, constata-se que as cooperativas, como pessoas jurídicas que são, sujeitam-se ao recolhimento do PIS, com alíquota incidente sobre a base de cálculo neles prevista.

[...]

A ação relativa à Cofins transitou em julgado em dezembro de 2003.

A relativa ao PIS foi objeto de recurso especial, que ainda se encontra no Superior Tribunal de Justiça, mas com acórdão não transitado em julgado no REsp nº 817.852 - MG, cuja ementa foi a seguinte:

TRIBUTÁRIO. PIS. ISENÇÃO DE COFINS. ENFOQUE CONSTITUCIONAL DO ARESTO RECORRIDO. COOPERATIVA MÉDICA. ATOS COOPERATIVOS E NÃO-COOPERATIVOS.

1. Não cabe a análise em recurso especial de matéria solvida sob enfoque nitidamente constitucional.

2. O ato cooperativo não gera faturamento ou receita para a sociedade cooperativa. Inexistência de base imponible para a PIS. Não-incidência pura e simples.

3. Os atos não-cooperativos se revestem de nítida feição mercantil, gerando receita à sociedade. Existência de base imponible à tributação.

4. Recurso especial não provido.

Do voto do relator, constaram as seguintes considerações:

As sociedades cooperativas não estão sujeitas à tributação, apenas no que se refere aos atos cooperativos peculiares de sua finalidade. In casu, a UNIMED presta serviços privados de saúde - ficando evidenciada, assim, sua natureza mercantil na relação com terceiros - ou seja, vende serviços de assistência médica. Ademais, como acima exposto, os atos praticados com terceiros, não-associados, são considerados atos não-cooperativos.

Assim, os atos cooperados da sociedade cooperativa não são suscetíveis de tributação, por configurarem hipótese de não-incidência, ao passo que os atos não-cooperados, conforme explanação acima, deverão ser tributados.

No mesmo, sentido cabe trazer à baila o REsp 778.099/MG [...] (Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=4230974&formato=PDF>.)

Vale dizer, segundo o acórdão, ainda não transitado em julgado, o PIS incide sobre o faturamento, relativamente aos atos não cooperativos.

Dessa forma, é inevitável concluir, à vista de decisões judiciais transitadas em julgado, que a Interessada submete-se à incidência de Cofins e de PIS sobre seu faturamento, esse representado pelas receitas de vendas de planos de saúde ou, pelo menos, na

parcela de tal receita que seja destinada a não associados, uma vez que as operações com não associados não são atos cooperativos.

Nesse contexto, em relação a tais matérias, incide a renúncia às instâncias administrativas, nos termos da Súmula Carf nº 1:

Súmula CARF nº 1

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Consequentemente, não há que se discutir aqui a abrangência do ato cooperativa e a negativa de vigência aos dispositivos da Lei nº 5.764, de 1971.

Feitas as observações acima, esclareça-se que, em seu recurso, claramente ora a Interessada pretende ser vista como cooperativa que presta serviço somente aos médicos associados e ora pretende ser vista como plano de saúde, dependendo do tratamento legal a que esteja almejando.

Nesse contexto, há que se esclarecer que, ao contrário do afirmado pela Interessada, a cooperativa presta, sim, serviços aos usuários do plano de saúde.

O contrato de plano de saúde, em sua integralidade, é efetuado com os usuários, que pagam a contraprestação à cooperativa e não aos médicos associados e aos terceiros, que a cooperativa contrata para poder cumprir o prévio contrato de plano de saúde com seus usuários, e não somente para prestar serviços aos médicos cooperados. A própria Interessada afirmou o seguinte:

[...] o objeto social da Recorrente abrange muito mais do que o simples atendimento médico pelo cooperado ao usuário, mas envolve toda a aparelhagem e instrumental necessários à prestação plena do serviço de assistência médica realizado pelo médico.

Nada obstante, cabe ressaltar o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão, abaixo demonstrado:

COFINS. COOPERATIVAS MÉDICAS. CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DE ATO COOPERATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A TERCEIROS. CARÁTER EMPRESARIAL.

I - É assente o entendimento nesta Corte, no sentido de não ser cabível a isenção da COFINS sobre os atos das sociedades cooperativas médicas, relacionados à intermediação entre cooperados e terceiros, estes adquirentes de Plano de Saúde, visto que a prestação de tais serviços não se configura como ato tipicamente cooperativo, mas mercantil, sendo, portanto, cabível a incidência da referida exação. Precedentes: AgRg no REsp nº 788904/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 15/09/2008; REsp nº 729.947/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA,

DJ de 24/05/07; REsp nº 807.690/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01/02/2007; e REsp nº 778.135/MG, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 13/02/2006.

II - Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 1033732 / SP. Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO; PRIMEIRA TURMA; 20/11/2008; DJe 01/12/2008.)

Portanto, o que se pode discutir, no âmbito do presente recurso, são as deduções a que a Interessada entende ter direito.

Quanto às sobras, o § 2º do art. 1º da Lei nº 10.676, de 2003, diz o seguinte:

§ 2º Quanto às demais sociedades cooperativas, a exclusão de que trata o caput ficará limitada aos valores destinados a formação dos Fundos nele previstos.

Portanto, as sobras são dedutíveis antes da destinação, mas ficam limitadas aos valores efetivamente transferidos aos fundos.

Não se trata, assim, de uma não incidência generalizada em relação às sobras. A respeito da matéria, constou o seguinte do acórdão de primeira instância:

Dessa forma, no que tange às sobras, para as cooperativas médicas a exclusão ficou restrita aos valores destinados à formação do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES).

Compulsando os autos, verifico que, conforme Demonstrativo de Base de Cálculo do PIS/Cofins, a fiscalização considerou os valores de sobras destinados ao Fundo de Reservas e ao Fates. Os valores adotados pela fiscalização refletem aqueles constantes da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido (fls. 286 e 288), na Proposta da Destinação da Sobra, e nos Balancetes de Verificação juntados no Anexo I deste processo.

Sendo assim, reputo como corretas as exclusões efetuadas no lançamento, a título de sobras.

Descabe, assim, razão à Interessada.

Quanto à alegação de que os custos assistenciais seriam de terceiros, tal afirmação não é verdadeira. Veja-se que a Interessada tem contrato de plano de saúde com os usuários, que devem as mensalidades a ela, independentemente dos contratos celebrados com terceiros para prestarem serviços aos usuários.

Portanto, como já dito anteriormente, há dois contratos, sendo da Interessada as receitas recebidas dos usuários e, em relação a cada serviço prestado pelos terceiros aos usuários, a Interessada tem uma despesa.

Ademais, ao destinar tais receitas a terceiros, e não aos médicos associados, configura-se, em relação a essa parcela, a prática de atos não cooperativos e, portanto, a incidência sobre elas das contribuições.

A alegação de que os pagamentos seriam efetuados por conta e ordem do consumidor improcede, uma vez que o numerário pago pelos usuários pertence à cooperativa.

A Lei nº 9.656, de 1998, art. 1º, diz que, no “plano privado de assistência à saúde”, a operadora contratada efetua o pagamento relativo à assistência médica, hospitalar e odontológica, “mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

Desse dispositivo, a Interessada pretendeu demonstrar que o numerário recebido do usuário não lhe pertenceria.

Entretanto, não é o que diz o dispositivo.

De fato, o que está dito lá é que, havendo atendimento ao usuário do plano, a operadora efetua o pagamento por conta e ordem do consumidor, o que significa que o profissional recebe os honorários como se pagos pelo paciente.

Entretanto, isso é assim feito por conta da responsabilidade financeira decorrente dos contratos realizados.

De fato, há três contratos nestas operações: o primeiro entre o usuário e o plano de saúde; o segundo, entre o plano de saúde e o médico (associado à cooperativa); o terceiro, entre o usuário e o médico, pelo atendimento, consulta, exames etc.

Segundo o dispositivo legal citado, o usuário não deve nada ao prestador de serviço, mas, sim, a operadora, que efetua o pagamento por sua conta, ou seja, em nome do usuário, mas com recursos próprios.

Obviamente, o pagamento do usuário à operadora tem uma natureza completamente diversa do pagamento efetuado ao prestador de serviço pela operadora. Tanto é assim que o § 1º do dispositivo em questão refere-se a “garantia de cobertura de riscos de assistência médica”.

Em relação ao citado § 9º, III, que consta do art. 25, III, do Regulamento da Cofins e do PIS/Pasep (Decreto nº 4.524, de 2002), as exposições de motivo citadas pela Interessada falaram em tratamento isonômico com as entidades de seguro, para evitar a deterioração patrimonial das operadoras, pela constituição de reservar técnicas.

O art. 27 do Regulamento citado trata das empresas de seguros privados e dispõe o seguinte:

Art. 27. As empresas de seguros privados, para efeito de apuração da base de cálculo das contribuições, podem excluir ou deduzir da receita bruta o valor (Lei nº 9.701, de 1998, art. 1º, inciso IV, e Lei nº 9.718, de 1998, art. 3º, §§ 5º e 6º, inciso II, com a redação da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 2º):

I - do co-seguro e resseguro cedidos;

II - referente a cancelamentos e restituições de prêmios que ~~houverem sido computados como receitas;~~

III - da parcela dos prêmios destinada à constituição de provisões ou reservas técnicas; e

IV - referente às indenizações correspondentes aos sinistros ocorridos, efetivamente pagos, após subtraídas as importâncias recebidas a título de co-seguros e resseguros, salvados e outros ressarcimentos.

Parágrafo único. A dedução de que trata o inciso IV aplica-se somente às indenizações referentes a seguros de ramos elementares e a seguros de vida sem cláusula de cobertura por sobrevivência.

Portanto, os seguros do ramo saúde, conforme classificação do Decreto nº 60.589, de 1967, não admitem as exclusões.

Muito embora a comparação com o art. 27 acima transcrito pudesse resultar em interpretação favorável à Interessada, não é esse o entendimento que tem prevalecido no Carf.

A leitura do citado § 9º, III, do dispositivo em análise pode ser efetuada de duas formas.

Em ambos os casos, as importâncias recebidas acabam sendo, por via reversa, adicionadas à base de cálculo das contribuições. Dessa forma, se a operadora atender a um usuário de outro plano de saúde, adicionará à base de cálculo das contribuições o valor recebido (indenizado) pela outra operadora.

Mas, no tocante aos valores pagos, a primeira interpretação, que é a da Interessada, considera que as “indenizações correspondentes aos eventos ocorridos” referem-se a todos os eventos e as “importâncias” recebidas referem-se somente àquelas a título de transferência de responsabilidade.

Já a segunda considera que tanto as indenizações pagas quanto as importâncias recebidas referem-se às relativas a transferência de responsabilidades.

Conforme esclarecido pelo acórdão de primeira instância e por citações já transcritas no presente voto, a admissão da primeira interpretação resultaria na tributação pelas contribuições sociais não do faturamento, mas da receita líquida da cooperativa.

Correta é a interpretação dada pela primeira instância, nos seguintes termos:

Ocorre que o inciso III do § 9º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98 trata de diferença entre duas quantias, ou seja, a quantia efetivamente paga referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos e a quantia relativa às importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. Daí, o minuendo da subtração a que se refere o inciso em questão alcança o valor dos desembolsos efetivamente realizados por uma OPS para indenizar seus conveniados, profissionais e empresas de saúde, por eventos (consultas, exames, internações etc.) realizados em associados de outra operadora, ao passo que o subtraendo

primeira OPS, oriundas da segunda, a quem caberia a responsabilidade pelos eventos que se transferiram, para ressarcir-la por aqueles desembolsos. Aceitar a dedução de todos os eventos ocorridos, independentemente de esses estarem atrelados a associados de outra operadora, implicaria dizer que não há qualquer correlação entre o minuendo e subtraendo da subtração indicado no inciso III.

Na verdade, pelo teor da impugnação, infiro que a defendente quer é a dedução de valores correspondentes a despesas e custos que lhe são próprios e que não têm a natureza das deduções citadas no § 9º do art. 3º da Lei n.º 9.718/98. Ocorre que a base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins é o faturamento, correspondente à receita bruta, consoante define o caput do próprio art. 3º da Lei n.º 9.718/98, em conformidade com o disposto na Constituição da República. Ao se aceitar a dedução dos custos e despesas relativos a consultas médicas/odontológicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc, como quer a contribuinte, estaríamos apurando o resultado e, por conseguinte, transfigurando, especificamente para as OPS, a base de cálculo da contribuição. Não é sem razão que nas planilhas juntadas à impugnação há períodos em que a base de cálculo é negativa. Ora, as OPS se sujeitam à incidência cumulativa do PIS/Pasep e da Cofins, nos termos dos arts. 8º, inciso I, da Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10, inciso I, da Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003, devendo apurar e recolher essas contribuições segundo esse regime.

Por oportuno, trago excerto do voto proferido pelo conselheiro-relator Jorge Freire, no Acórdão n.º 204-02.084, de 6/12/2006, da então Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em julgamento de recurso voluntário, de outra Unimed da região, contra decisão desta Turma de Julgamento:

“Quanto às supostas exclusões a que se refere o parágrafo 9º do artigo 3º da Lei 9.718, embora a recorrente tenha pugnado pelas mesmas, aduzindo que sua contabilidade as demonstrariam, também são improcedentes, pois o ônus é seu de prová-los. Todavia, pelos termos de sua peça impugnatória, me leva a crer que o que ela quer ver excluído são seus custos decorrentes do atendimento a seus usuários, como despesas hospitalares, honorários médicos, custos com exames, etc. Ocorre que a referida norma não se presta a excluir tais valores, mas sim os referentes a valores que foram pagos por outra operadora de saúde com a qual seja conveniada. E para fazer valer-se destas exclusões deveria demonstrá-los articuladamente, o que não fez.” [Grifei].

Também em julgamento de recurso voluntário de outra Unimed da região, contra outra decisão desta Turma, o conselheiro-relator Maurício Taveira e Silva, da então Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, no Acórdão n.º 201-81.455, de 7/10/2008, assim se manifestou em seu voto:

“Sobre o tema este Conselho já se manifestou, conforme se verifica da ementa do Acórdão nº 203-10.836, datado de 28/03/2006, de relatoria do Conselheiro Emanuel Carlos Dantas de Assis, o qual se transcreve, parcialmente:

“PIS/FATURAMENTO. COOPERATIVAS. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO. PERÍODOS DE APURAÇÃO A PARTIR DE NOVEMBRO DE 1999. INCIDÊNCIA. EXCLUSÕES NA BASE DE CÁLCULO. A partir de novembro de 1999, com o fim da isenção concedida de forma ampla às cooperativas, as receitas auferidas por tais sociedades compõem a base de cálculo do PIS Faturamento, com as exclusões elencadas estabelecidas na legislação de regência.

“UNIMED. BASE DE CÁLCULO. PERÍODOS DE APURAÇÃO DE 01/2002 A 12/2002. DEDUÇÕES PRÓPRIAS DAS OPERADORES DE PLANOS DE SAÚDE. LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 9º. MP Nº 2.158-35/2001, ART. 2º. Aplicam-se às cooperativas de trabalho que operam com planos de saúde o disposto no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, introduzido pelo art. 2º da MP nº 2.158-35/2001, que permite deduzir da base de cálculo do PIS Faturamento e da Cofins, a partir de dezembro de 2001, as co-responsabilidades cedidas, a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas e o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. Todavia, em tais deduções não se incluem custos e despesas relativos aos eventos com os próprios associados, mas com associados de outras operadoras.”

“Recurso negado.” (grifei)

Em suas considerações o Conselheiro-Relator se manifestou de forma clara e precisa, motivo pelo qual transcrevo e adoto suas razões de decidir nos seguintes termos:

“Por último o inciso III, igual à diferença entre duas quantias: 1) a efetivamente paga, pela operadora de plano de saúde cessionária, aos seus conveniados, profissionais e empresas de saúde, relativamente aos eventos realizados com associados de outras operadoras (as cedentes) e 2) a quantia correspondente às importâncias recebidas, pela cessionária, das operadoras cedentes, a título de transferência de responsabilidade ou intercâmbio. Aqui, um esclarecimento: evento é toda e qualquer utilização, pelo beneficiário, das coberturas proporcionadas pelo plano, tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc.

“A diferença entre 1 e 2 deve ser, necessariamente, positiva, para que a dedução estabelecida no inciso III seja permitida. É que, se negativa, os recebimentos da cessionária já cobrem os dispêndios com os eventos praticados com associados das cedentes, descabendo a dedução em análise.

“O que a recorrente pretende deduzir, supostamente amparada no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, é a soma dos valores correspondentes a todos os eventos com os seus associados, clientes do plano de saúde. Como afirma, almeja tributar, quando muito, apenas o valor do seu custo operacional. Admitir as deduções pretendidas implica, na prática, em transformar a Contribuição em não-cumulativa, sem qualquer resguardo na legislação em vigor. Ademais, e como visto acima, o inciso III § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 não contempla custos e despesas relativos aos eventos com os associados da recorrente, mas sim com associados de outras operadoras (cessionárias).”

Portanto, também em relação a este tópico não há reparos a fazer na decisão recorrida.

Registro que as deduções referentes ao inciso III adotadas no Demonstrativo de Base de Cálculo do PIS/Cofins, elaborado pela fiscalização, advêm dos valores apresentados pela contribuinte em resposta ao Termo de Intimação Fiscal n.º 0001 (fls. 222/227) e consolidados pelos fiscais autuantes na planilha Transferência de Responsabilidade (fl. 547).

A Fiscalização efetuou apuração, de acordo com fls. 547, do saldo entre a “produção da rede conveniada” e o “intercâmbio recebido”, o que faria supor que os valores de intercâmbio teriam sido corretamente apurados, a partir de agosto de 2002.

A diferença de base de cálculo corresponde à soma da conta do grupo 2.2.1 e da conta 22373, exceto pela adição da recuperação de despesas assistenciais.

A Fiscalização esclareceu, na fl. 540, que, entre dezembro de 2001 e julho de 2002, “ficou prejudicada a dedução prevista no inciso III do § 9º do art. 3º Lei nº 9.718”, de 1998, pela impossibilidade de segregação dos custos com eventos realizados em usuários de outras operadoras e com eventos realizados em usuários locais (subgrupo 2.2.1.1). Tal situação aplica-se somente a partir de dezembro de 2001, porque a alteração foi efetuada pelo art. 2º da MP nº 2.158-35, de 2001.

A apuração, a partir de agosto de 2002, foi possível (fl. 547), uma vez que, a partir de tal mês, a Interessada passou a contabilizar separadamente os custos.

Portanto, em relação ao inciso III, descabe razão à Interessada.

Quanto ao inciso I do referido parágrafo, de acordo com a apuração de fl. 543, comparativamente ao demonstrativo da Interessada de fl. 91, os valores registrados na conta 22373 não foram excluídos pela Fiscalização.

Segundo o que consta das fls. 91 e seguintes, a Interessada efetuou a exclusão de intercâmbio a pagar da conta 22373.

Sobre tal matéria, a Fiscalização considerou que, “Como a Unimed Araguari adota o plano de contas da Agência Nacional de Saúde/ANS, as co-responsabilidades cedidas e as provisões técnicas (incisos I e II) são facilmente identificadas na contabilidade, subgrupo de receitas, sob os códigos 3317 e 3121”.

Dos demonstrativos da Interessada (fls. 91 e seguintes), não consta o grupo de receitas 3.1.1.7, mas somente o grupo 3.1.2.1.

No entanto, segundo a Interessada, haveria duas contas que registrariam as cessões de responsabilidade, as de n^{os} 3117 (“corresponsabilidades cedidas”) e 22373 (“intercâmbio a pagar”), sendo que esta última referir-se-ia ao intercâmbio eventual e a primeira ao continuado.

Portanto, a Fiscalização não analisou especificamente a exclusão em questão, mas apenas considerou que somente o grupo de contas 3.1.1.7 seria passível de exclusão com base no inciso I.

Segundo o plano de contas da ANS (fl. 918), o intercâmbio a pagar deve constar da conta 22373, como efetuado pela Interessada.

O tratamento dado à conta 22373, como enfatizado pela Interessada, é o mesmo dado à conta 31171 (http://www.ans.gov.br/portal/upload/perfil_operadoras/informacoescastraisoperadora/planosdecontas/planosdecontas_baixar_arquivos/perguntasfrequentes.pdf).

Nesse contexto, cabe razão à Interessada, uma vez que, embora o intercâmbio não seja registrado no grupo 3.1.1.7, seu tratamento contábil é equivalente, em função da mesma causa, como demonstrado pela Interessada nos autos.

Por fim, em relação às receitas financeiras, seja em função do trânsito em julgado da ação relativa à Cofins de forma favorável à Interessada, seja à vista da declaração de inconstitucionalidade efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, cabe a sua exclusão, por não se enquadrarem no conceito de faturamento.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício e por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo das contribuições as receitas financeiras e, para os períodos a partir de dezembro de 2001, também as receitas da conta 22373.

(assinado digitalmente)

José Antonio Francisco

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Gomes

Pedi vista do processo para melhor analisar a questão relacionada à exclusão de valores da base de cálculo uma vez que a alegação do contribuinte é de que havia promovido as deduções efetuadas com amparo na Lei nº 9.718/98 alterada pela MP 2158/01, que assim prescreve:

Art.2º - O art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.3º -

(...)

§ 9º - Na determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, as operadoras de planos de assistência à saúde poderão deduzir:

I - co-responsabilidades cedidas;

II - a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas;

III - o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades.

A Instrução Normativa SRF nº 635, de 24 de março de 2006, dispõe:

Art. 17- A base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, apurada pelas sociedades cooperativas de médicos que operem plano de assistência à saúde, pode ser ajustada, além do disposto nos arts. 9º e 10, pela:

I- exclusão dos valores glosados em faturas emitidas contra planos de saúde;

II - dedução dos valores das co-responsabilidades cedidas;

III - dedução das contraprestações pecuniárias destinadas à constituição de provisões técnicas; e

IV - dedução do valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades.

A controvérsia registrada no presente processo está relacionada aos conceitos aplicáveis ao inciso IV acima mencionado uma vez que não se encontram explicitados no texto da lei, ou ainda, no corpo da Instrução Normativa citada.

A questão é eminentemente técnica, e deve ser desta forma analisada.

Deve-se buscar o real significado das disposições legais mencionadas para que se possa definir o que são: ***indenizações correspondentes aos eventos ocorridos,***

efetivamente pago,” e “importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades”.

Nos termos ditados pelo Código Tributário Nacional – CTN, também devem ser utilizadas normas complementares para a interpretação da legislação tributária, *vebis*:

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Logo, se a lei não é clara o suficiente, busca-se nas normas complementares auxílio para a interpretação. Ocorre que quando se trata de questões técnicas este “auxílio” deve vir de conhecedores técnicos. No caso sob análise, por se tratar de uma atividade regulada, cabe à Agência Nacional de Saúde a conceituação técnica dos temas relacionados a operação de planos de assistência.

Por outro lado, o próprio CTN, também impõe limitações ao alcance dos conceitos previstos na legislação tributária, como vemos:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

A UNIMED DO BRASIL (entidade de âmbito nacional que congrega todas as UNIMED's singulares), promoveu formalmente uma consulta ao órgão regulador (ANS) visando obter esclarecimentos em relação à interpretação que deveria ser dada ao disposto no inciso IV, que assim foi respondida:

"3 - VALOR REFERENTE ÀS INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES AOS EVENTOS OCORRIDOS, EFETIVAMENTE PAGO, DEDUZIDO DAS IMPORTÂNCIAS RECEBIDAS A TÍTULO DE TRANSFERÊNCIA DE RESPONSABILIDADES:

Eventos Ocorridos: são os custos assistenciais decorrentes da utilização, pelos beneficiários, da cobertura oferecida pelos planos de saúde, ou seja, são os custos com os atendimentos feitos aos beneficiários do plano de saúde da operadora, tais como consultas médicas/odontológicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc. que estejam diretamente ligados ao ato assistencial, os quais a operadora reconhecerá contabilmente na data de apresentação da conta médica ou do aviso pelos prestadores, em atenção ao regime de competência. A classificação será nas contas 4111, 4112, 4113, 4114, 4115, 4116, 4117 e 4118 (Capítulo V, Anexo 1, da IN nº 08/2006; ou Capítulo IV do Anexo II da RN nº 27/2003); Esses e ventos serão escriturados em Controles Gerenciais" conforme definido no

item 7, Capítulo I, Anexo I, da IN nº 08/2006, ou item 6, Capítulo I do Anexo II, da RN nº 27/2003;

Valor dos Eventos Efetivamente Pagos: são os eventos conhecidos, ocorridos, líquidos das recuperações por glosas, ressarcimentos ou outras deduções, como descontos obtidos, classificados nas contas 4121, 4122, 4128, 4129, 4131 e 4132, ou seja, é o que efetivamente a operadora saldou, pagou no mês. Pode-se dizer que serão consideradas as contas 4111, 4112, 4113, 4114, 4115, 4116, 4117, 4118, (-) 4121, (-)4122, (-)4128, (-)4129, (-)4131 e 14132 4118 (Capítulo V, Anexo I, da IN nº 08/2006; ou Capítulo IV do Anexo II da RN nº 27/2003)"

Importâncias Recebidas a Título de Transferência de Responsabilidades: são os valores de repasse recebidos a título de transferência de responsabilidade, ou seja, os valores recuperados de eventos em decorrência do compartilhamento de risco, classificados nas contas 4123 e 4124 do Plano de Contas Padrão ANS (Capítulo V, Anexo I, da IN nº 08/2006; ou Capítulo IV do Anexo II da RN nº 27/2003).

Essas importâncias recuperadas de eventos serão escrituradas em "Controles Gerenciais" conforme definido no item 7, Capítulo I, Anexo I, da IN nº 08/2006, ou item 6, Capítulo I do Anexo II, da RN nº 27/2003.

Por fim, enfatizamos que para a escrituração contábil, codificação e nomenclatura das contas, a Operadora deverá observar o conjunto de informações constantes dos capítulos I a VIII do plano de contas Padrão ANS (IN 08/2006)."

Não resta dúvida que a ANS, órgão responsável por regular o setor, é quem tem competência para realizar a interpretação dos termos técnicos utilizados pela legislação tributária. Da mesma forma, não resta dúvida que a competência para legislar sobre as regras do setor de saúde é da ANS.

Assim, mesmo que a resposta à consulta do contribuinte não seja exatamente um "ato normativo", resta claro que pode ser considerada como uma decisão de órgão singular com força normativa ou, no mínimo, consiste uma prática reiterada das autoridades administrativas que regulamentam as atividades relacionadas à área da saúde, sendo aplicável o que determina o art. 100 do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Vale esclarecer que o setor de saúde realmente tem uma regulação própria, tanto que possui, até mesmo um Plano de Contas específico, constituído pelas normas da ANS. E o plano de contas é explicado, a Agência é bastante cuidadosa nos esclarecimentos, suprindo as divergências técnicas de interpretação, vejamos uma das contas que é indicada pela ANS para fim de dedutibilidade da base de cálculo:

CONTA 4123 (-) RECUPERAÇÃO / RESSARCIMENTO DE EVENTOS / SINISTROS EM CORESPONSABILIDADE DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR
SUBCONTA 41231 Consultas
DESDOBRAMENTO 412311 Cobertura Assistencial com Preço Pré-estabelecido
DESDOBRAMENTO 412311100 Pessoal Próprio (Assalariado) / Cooperado
DESDOBRAMENTO 412311200 Contratados
DESDOBRAMENTO 412311900 Outros
DESDOBRAMENTO 412312 Cobertura Assistencial com Preço Pós-estabelecido
DESDOBRAMENTO 412312100 Pessoal Próprio (Assalariado) / Cooperado
DESDOBRAMENTO 412312200 Contratados
DESDOBRAMENTO 412312900 Outros
CONCEITUAÇÃO
<p>FUNÇÃO: Registrar, por período de implantação do plano, por natureza jurídica da contratação e por segmentação assistencial oferecida, utilizando o 3º código, o valor das recuperações de eventos de assistência médico-hospitalar com consultas, em decorrência de compartilhamento de risco, com base em registros auxiliares</p> <p>FUNCIONAMENTO: Creditada - pelo valor da recuperação em decorrência de co-participação de beneficiários nos atendimentos feitos ou por recuperação de eventos passíveis de recuperação por haver seguro de carteira junto a uma seguradora/resseguradora.</p> <p>OBSERVAÇÕES: 1) O valor dos eventos conhecidos/indenizações avisadas deverá considerar todos os gastos com procedimentos inclusos ou não no "rol" definido pela ANS. 2) Consultas - corresponde ao valor dos atendimentos prestados por profissional habilitado pelo Conselho Regional de Medicina, com fins de diagnóstico e orientação terapêutica, em regime ambulatorial, de caráter eletivo, urgência ou emergência, em que a despesa seja restrita ao ato da consulta.</p>

Fica claro que o conceito que deve ser utilizado é o conceito apresentado pela Agência Reguladora e que qualquer outra interpretação, salvo se vier absolutamente comprovada e justificada - o que não ocorreu no presente caso, onde a glosa não foi realizada a partir de uma análise técnica e conceitual dos termos legais e sim pela simples convicção ao agente fiscalizador - não pode ser aceita, sob pena de negar-se aplicação ao artigo 100 do CTN.

Neste sentido, entendo passível de dedução o saldo positivo obtido a partir da dedução do valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades, nos estritos termos definidos e conceituados pela ANS.

Por fim, em relação à alegação relacionada à ausência de exclusão da base de cálculo das mencionadas contribuições, nos termos do artigo 32, do Decreto nº4.524, de 17 de dezembro de 2002, também com razão a Recorrente.

Assim dispõe o Decreto 4.524/02:

Artigo. 32. As sociedades cooperativas, para efeito de apuração da base de cálculo das contribuições, podem excluir da receita bruta o valor:

(...)

VI - das sobras apuradas na Demonstração do Resultado do Exercício, antes da destinação para a constituição do Fundo de Reserva e do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, previstos no art. 28 da Lei nº 5.764, de 1971.

Dos documentos juntados aos autos só é possível verificar que as únicas deduções realizadas pela fiscalização dizem respeito às receitas de intercâmbio.

Quanto às sobras apuradas na DRE, em que pese serem perfeitamente identificáveis, não houve qualquer exclusão, medida que deve ser adotada pela autoridade fiscal responsável.

Por todo o exposto, peço vênias ao nobre Relator para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para determinar a exclusão das sobras apuradas em DRE, bem como a dedução do valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades.

(Assinado digitalmente)

Alexandre Gomes