



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

Processo nº 10675.002929/2005-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3102-002.035 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de setembro de 2013
Matéria Contribuição para o PIS/Pasep
Recorrente Unimed Patrocínio Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

DECADÊNCIA.

Nos termos da Súmula Vinculante 8 do Supremo Tribunal Federal, de 20/06/2008, o artigo 45 da Lei nº 8.212, de 1991 é inconstitucional. Assim, a regra que define o termo inicial de contagem do prazo decadencial para a constituição de créditos tributários dos tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação é a do § 4º do artigo 150, caso o sujeito passivo tenha promovido a antecipação dos recolhimentos ou, caso contrário, do art. 173, I do Código Tributário.

Ausente alegação de dolo, fraude ou simulação e restando demonstrado que se passaram mais de 5 anos da realização dos recolhimentos, considera-se o pagamento homologado.

BASE DE CÁLCULO. RECEITAS FINANCEIRAS E OUTRAS RECEITAS.

A base de cálculo da Contribuição para o PIS é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. DEDUÇÕES

A operadora de plano de saúde poderá deduzir da base de cálculo os valores relativos às indenizações com eventos, assim entendidos os procedimento relacionado à assistência à saúde de beneficiário do próprio plano ou em razão da transferência de responsabilidade.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso voluntário para a) reconhecer a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos entre 28/02/1999 e 31/10/2000; b) reconhecer a possibilidade de se deduzir, da base de cálculo da contribuição, o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, independentemente de se tratar da cobertura de eventos relativos a beneficiários do próprio plano ou relativos à coberturas decorrentes da responsabilidade transferida; e c) afastar a incidência da contribuição sobre Receitas Financeiras, Receitas Patrimoniais e Receitas Não Operacionais.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Rosa, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, José Fernandes do Nascimento, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro. A Conselheira Andréa Medrado Darzé declarou-se impedida.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Contra o interessado foi lavrado em 11/11/2005, auto de infração no valor de R\$ 150.891,73 de contribuição e R\$ 113.168,55 de multa proporcional, mais juros de mora a ser calculado no pagamento, relativo a falta/insuficiência de recolhimento de PIS/Pasep nos períodos de apuração de 02/1999 a 12/2004 (fls. 232 a 237);

A empresa apresenta impugnação (fls. 255 a 333), na qual em preliminar e quanto ao mérito alega que:

a) A não aplicação do conceito fiscal de ato cooperativo após outubro/99, gerou tributação indevida de PIS/Pasep;

b) O cálculo relativo ao inciso III, do § 9º, do artigo 3º, da Lei 9.718/1998, resultou na aplicação inversa do entendimento da DRJ, pois usou como minuendo o que era subtraendo e vice-versa,

c). A decadência atingiu os fatos geradores anteriores a 01/12/2000, tendo em vista que o lançamento foi efetuado em 01/12/2005,

d) Não foi observada a anterioridade nonagesimal, para aplicação dos preceitos da MP 1.838-6/99, como previsto no Ato Declaratório SRF nº 88/99;

e) Os valores deduzidos a título de “custos assistenciais”, encontram-se abrangidos no inciso III do § 9º, do artigo 3º, da Lei 9.718/1998;

f) Os atos cooperativos estão amparados da incidência tributária em face da regra dos artigos 79, 87 e 111 da Lei 5.764/71;

g) Deve se excluído do auto de infração o valor lançado a título de sobras, como determina a Lei nº 10.676/2003;

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão a quo pela manutenção integral da exigência, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

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

DECADÊNCIA.

Em se tratando de sociedade cooperativa, o prazo decadencial para o lançamento da contribuição para o PIS/Pasep é de dez anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

SOCIEDADE COOPERATIVA.

As sociedades cooperativas estão sujeitas ao recolhimento do PIS/Pasep, sobre todos os atos por elas praticados, sejam eles classificados de cooperativos ou não.

BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÕES. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE - Na apuração da base de cálculo da Contribuição para o PIS, para os fatos geradores ocorridos a partir de dezembro de 2001, as operadoras de planos de assistência à saúde, poderão deduzir de sua receita bruta o valor da diferença positiva entre os desembolsos efetivamente realizados para indenizar seus conveniados por eventos realizados em associados de outra operadora e as quantias recebidas desta outra operadora a título de ressarcimento por aqueles desembolsos.

Lançamento Procedente

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a interessada mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, essencialmente, reforçar as alegações manejadas por ocasião da instauração da fase litigiosa e acrescer suas considerações acerca da impossibilidade de alargamento da base de cálculo da contribuição.

Em face do encerramento do mandato do Relator originalmente designado, em 25/04/2013, os autos foram redistribuídos a este Conselheiro, mediante o competente sorteio.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que preenche os requisitos de admissibilidade e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção

Analiso separadamente os aspectos acerca dos quais cabe a este Colegiado se manifestar.

1- Prejudicial de Decadência

Conforme é possível extrair da leitura do relatório, há questão prejudicial a ser enfrentada antes de qualquer alegação de caráter meritório, a decadência do direito de promover o lançamento.

Com efeito, o auto de infração litigioso diz respeito a exigência relativa aos períodos de apuração 01/1999 a 12/2004 e se aperfeiçoou em 22/11/2005, data em que se realizou a ciência pela via postal¹.

Ocorre que, apesar de hígido sob o prisma da lei que vigia à época da sua lavratura (art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991), com o advento da Súmula Vinculante nº 08, do Egrégio Supremo Tribunal Federal², passou o julgador, administrativo ou judicial, a não mais poder apoiar sua decisão em tal dispositivo.

Nessa ordem de consideração, a decadência do lançamento da Contribuição para o Programa de Integração Social passou a ser disciplinada pelo arcabouço normativo que rege os demais tributos: os artigos 150, § 4º³ e 173, I⁴ do Código Tributário Nacional, conforme se verifique ou não a antecipação de recolhimento ou, ainda, reste identificado que o autuado tenha agido com dolo, fraude ou simulação.

No caso em discussão, deve ser aplicada a regra do § 4º do art. 150 do CTN, pois, segundo extratos de DCTF colacionados aos autos⁵, em todo o período fiscalizado, a recorrente promoveu o recolhimento da contribuição. A acusação do Fisco, destaque-se, é a de que tais recolhimentos foram inferiores ao devido.

Acolho, portanto, a prejudicial para reconhecer a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos entre 28/02/1999 e 31/10/2000.

Consequentemente, resta prejudicada a alegação de violação da anterioridade nonagesimal, supostamente perpetrada pela tributação de atos anteriores a novembro de 1999.

2 - Incidência do PIS

Como já exposto, sustenta a recorrente, com base no art. 79, caput e § único da Lei nº 5.764, de 1971, que esses serviços não se sujeitam à incidência da contribuição litigiosa, na medida em que não representariam uma operação mercantil, consequentemente,

¹ Aviso de Recebimento à fl. 257 (numeração digital)

² Súmula vinculante nº8 - São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1 977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

³ § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

⁴ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

⁵ Doc às fls 223 a 234 (numeração digital) 08/2001

não haveria que se falar em receita bruta ou faturamento, sabidamente a base de cálculo da Contribuição litigiosa.

Dizem os dispositivos:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Por outro lado, a incidência da contribuição para o PIS/Pasep é regulada, regra geral, pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, assim redigidos:

Art.2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art.3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

Em uma primeira análise, poder-se-ia até concluir que a Lei nº 5.674, específica para as sociedades cooperativas, prevaleceria sobre a regra geral, de modo a, na esteira do que foi defendido pelo sujeito passivo, excluir as receitas litigiosas do campo de incidência da Cofins.

Ocorre, a meu ver, que tal dúvida é dirimida quando se leva em consideração os demais dispositivos legais que regem a matéria.

Com efeito, como é cediço, a isenção da Contribuição para o PIS sobre os atos cooperativos próprios de suas finalidades, outrora gizada no art. 6º, I da Lei Complementar nº 70, de 1991⁶, foi revogada pelo art. 23, II Medida Provisória nº 1858-6, de junho de 1999, que, após seguidas reedições e renumerações, atingiu sua versão final quando da edição da Medida Provisória nº 2.158-35, em cujo art. 93, II se lê:

Art.93.Ficam revogados:

(...)

II - a partir de 30 de junho de 1999:

a) os incisos I e III do art. 6º da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991;

Evidentemente, só se isenta o que se insere no campo de incidência.

⁶ Art. 6º - Selo isentas da contribuição:

I — as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

Por outro lado, igualmente relevante é o tratamento diferenciado outorgado ao ato cooperativo pelo art. 15 da mesma medida provisória 1.858 de 1999, atualmente reproduzido no art. 15 da Medida Provisória nº 2.158-35:

Art.15.As sociedades cooperativas poderão, observado o disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.718, de 1998, excluir da base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP:

I - os valores repassados aos associados, decorrentes da comercialização de produto por eles entregue à cooperativa;

II - as receitas de venda de bens e mercadorias a associados;

III - as receitas decorrentes da prestação, aos associados, de serviços especializados, aplicáveis na atividade rural, relativos a assistência técnica, extensão rural, formação profissional e assemelhadas;

IV - as receitas decorrentes do beneficiamento, armazenamento e industrialização de produção do associado;

V - as receitas financeiras decorrentes de repasse de empréstimos rurais contraídos junto a instituições financeiras, até o limite dos encargos a estas devidos.

Ora, se o Ordenamento não previsse a incidência da contribuição sobre a totalidade das receitas auferidas pelas sociedades cooperativas, ainda que parcialmente repassadas a seus associados, não haveria razão para que se previsse quais são as hipóteses em que esses repasses podem ser deduzidos e, por via indireta, quais seriam as hipóteses em que não se permite tal dedução. Só se pode falar em dedução se a base de cálculo estiver sujeita a incidência.

Ademais, para que não hajam dúvidas, é imperioso que se analise a mensagem de veto nº 1.243, mais especificamente no que se refere aos artigos 9ª e 33 do projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 66, de 2002, na Lei nº 10.637, de 2002⁷, por meio dos quais o Congresso Nacional pretendeu restabelecer tratamento diferenciado em termos análogos aos pleiteados pelo Recorrente.

Confira-se:

"Art. 9º As sociedades cooperativas pagam a contribuição para o PIS/Pasep à alíquota de 1% (um por cento) sobre a folha de pagamento mensal, relativamente às operações praticadas com associados, e à alíquota de 0,65% (sessenta e cinco centésimos por cento), sobre o faturamento do mês, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados, conforme dispõe o § 1º do art. 2º da Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998."

"Art. 33. São isentas da Cofins as sociedades cooperativas, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades, de acordo com o disposto no art. 6º, inciso I, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991."

(...)

Razões do veto

"Os arts. 9º e 33 restabelecem normas de incidência, respectivamente, da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins aplicáveis às sociedades cooperativas, vigentes até meados de 1999, as quais foram alteradas por darem ensejo a graves distorções concorrenciais, principalmente por alcançar todas as atividades tidas como cooperativas, inclusive consumo e crédito.

Ressalte-se que as alterações objetivaram construir um modelo de tributação onde apenas às cooperativas de produção passou a ser dado justo privilégio.

Assim, tais dispositivos, que retroagiriam aos fatos geradores ocorridos a partir de junho de 1999 (art. 67), produziram uma perda de arrecadação, em 2003, da ordem de R\$ 1,2 bilhão, sendo que, destes, R\$ 445 milhões se referem a arrecadação corrente, que se reproduziria nos anos subseqüentes.

Com efeito, a iniciativa do legislador buscava exatamente conferir ao ato cooperado o tratamento diferenciado almejado pelo recorrente e o Presidente da República, como é possível perceber, usou seu poder de veto para delimitar as cooperativas que sujeitariam a tratamento diferenciado e quais, em nome do equilíbrio da concorrência, não receberiam tal tratamento.

Finalmente, penso que o comando do § 2º, do art. 174 da Constituição Federal de 1988⁸ não teria o efeito almejado pelo Recorrente, na medida em que tal dispositivo só pode ser aplicado em conjunto com o art. 146, III, "c" da mesma Constituição⁹.

De fato, como é possível perceber, o tratamento diferenciado almejado, genericamente previsto na Constituição, depende de lei para sua implementação.

Cabe aqui destacar a manifestação do Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Injunção nº 701-DF:

"MANDADO DE INJUNÇÃO - OBJETO. O mandado de injunção pressupõe a inexistência de normas regulamentadoras de direito assegurado na Carta da República. Isso não ocorre relativamente às sociedades cooperativas e ao adequado tratamento tributário previsto na alínea 'c' do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal."

No intuito de dar mais clareza aos fundamentos que orientaram o aresto, registro as anotações consignadas no Informativo Semanal do Pretório Excelso nº 363¹⁰.

⁸ § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

⁹ Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

¹⁰ <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo363.htm>

O Tribunal não conheceu de mandado de injunção impetrado pela Unimed Paulistana - Cooperativa de Trabalho Médico em que se alegava omissão legislativa caracterizada pela não edição de lei complementar estabelecendo "adequado tratamento tributário dos atos cooperativos", nos termos do art. 146, III, c, da CF, e se requeria a concessão da ordem para afastar a "exigibilidade da retenção das contribuições alcançadas pela Lei nº 10.833/83 - COFINS, PIS e CSLL" (CF: "Art. 146. Cabe à lei complementar:... III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:... c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas."). Entendeu-se, com base na jurisprudência do STF, inadequado o manejo do writ injuncional, em face da inexistência de situação configuradora de lacuna técnica que inviabilizasse o exercício de direitos e liberdades constitucionais (CF, art. 5º, LXXI), tendo em vista haver, no cenário jurídico, diversas leis ordinárias disciplinando sobre tributação das cooperativas (Lei 10.684/2003, art. 17; Lei 10.833/2003, art. 10, VI; Lei 10.865/2004, arts. 39 e 48; MP 9.718/98, art. 3º, §9º e art. 15). Ressaltou-se que, apesar dessas normas não terem a envergadura complementar a que alude o art. 146, III, c, da CF, a discussão em torno da constitucionalidade das mesmas haveria de ser formulada em ação direta de inconstitucionalidade, sob pena de se conferir ao mandado de injunção contornos próprios de processo objetivo. MI 701/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 29.9.2004. (MI-701)

A transcrição do excerto demonstra que o Pretório Excelso partiu do pressuposto de que há, no ordenamento jurídico, dispositivos legais que disciplinam o tratamento diferenciado ao ato cooperativo. Assim, a ausência de previsão legal que contemple o tratamento almejado não configura omissão, mas de silêncio eloquente do legislador.

Em outras palavras, o tratamento diferenciado previsto na Constituição é aquele que o legislador previu. Se não o fez, há que se aplicar o tratamento geral, dispensado a qualquer outra pessoa jurídica.

Merece destaque, finalmente, o fato de que parte da receita da recorre não decorre da sua atuação como cooperativa, intermediando a atuação do médico cooperado e o tomador do serviço.

Como demonstrado, a recorrente também atua como operadora de plano de saúde, assim definida pelo art. 1º da Lei nº 9.659/98.

"Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I-Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços

de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

II- Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo;

Tratando-se de atividade mercantil, não vejo como pretender empregar qualquer tratamento diferenciado, exceto as deduções previstas na legislação.

3- Deduções

A partir de dezembro de 2001, as operadoras de planos de saúde passaram a deter o direito de realizar as deduções elencadas no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, assim redigido:

§ 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: (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

I - co-responsabilidades cedidas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

II - a parcela das contraprestações pecuniárias destinada à constituição de provisões técnicas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

III - o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001)

A glosa litigiosa, destaque-se, diz respeito exclusivamente dedução fixada no inciso III. Segundo a peça acusatória, a recorrente teria deduzido parcelas que não se enquadrariam em tal dispositivo¹¹.

Em síntese, alega o Fisco que a recorrente teria deduzido indevidamente da base de cálculo a totalidade dos desembolsos relativos às coberturas contratuais inerentes às operadoras de planos de saúde, pois a legislação de regência só permitiria deduzir o valor das indenizações relativas a valores inerentes a associados de outras operadoras.

Já a recorrente, em sentido oposto, defende que a legislação não tem o alcance defendido pelas autoridades fiscais. Ou seja, defende o direito de deduzir a totalidade dos valores incorridos, independentemente de se tratar de cobertura própria ou de terceiro.

¹¹ Vide trecho do Termo de Verificação à fl. 205 (numeração digital)

Com relação a esse ponto, penso que também assiste razão ao Sujeito Passivo.

A meu ver, a obrigatoriedade de se reduzir o valor recebido a título de transferência de responsabilidade, não autoriza concluir que só se admite deduzir os custos incorridos com eventos decorrentes da responsabilidade transferida.

A meu ver, com a devida vênua às manifestações em sentido contrário, imagino que a determinação de reduzir, do valor da dedução, os valores recebidos de terceiro decorre do fato de que esse valor reduz o ônus suportado pelo operador. Seria um contrassenso permitir que o contribuinte reduzisse a sua base de cálculo em razão de uma despesa que ele não suportou.

Outro ponto que é alvo de dissenso é o alcance da expressão *indenizações correspondentes aos eventos ocorridos*.

Há quem argumente, com efeito, que os desembolsos relativos às coberturas, inerentes à atividade regular do operador do plano de saúde, não se confundiriam com essa rubrica.

Com relação a esse ponto, adoto o voto proferido pela Conselheira Fabiola Cassiano Keramidas no Acórdão 3302-001.765, que expõe com proficiência os conceitos envolvidos:

Este é, seguramente, dos conceitos trazidos pela legislação, o de mais difícil interpretação. As maiores divergências estão justamente no entendimento de sua significação.

Isso porque, a despeito de, assim como nos itens analisados anteriormente, existir uma rubrica contábil indicando quais seriam/onde estariam os eventos ocorridos, fato é que os agentes administrativos têm apresentado o entendimento de que esta não pode ter sido a intenção do legislador, uma vez que o PIS e Cofins incidem sobre o faturamento e ao praticar a exclusão de toda a rubrica contábil, estar-se-ia tributando apenas a receita líquida. Neste sentido, entende a administração que como não é possível a “mudança do conceito de faturamento”, não se admite, ao contribuinte, qualquer exclusão referente a este inciso. De acordo com este raciocínio a fiscalização proferiu várias interpretações no sentido de não permitir aos contribuintes a exclusão das bases de cálculos do PIS e COFINS do valor pago aos credenciados.

A meu ver é impossível esta interpretação, sob pena de expressa negativa à aplicação do dispositivo legal, o que não pode ser feito pela administração pública. Que o dispositivo estabeleceu alguma espécie de exclusão, não resta dúvida, e para tal conclusão basta ler os termos da lei.

Vejamos os exatos termos trazidos sobre este assunto no parágrafo 9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, a saber:

“§ 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**:

(...)

III — o valor referente às indenizações correspondentes aos **eventos ocorridos, efetivamente pagos**, deduzido das importâncias recebidas a título de **transferência de responsabilidades**.”

Da análise do texto citado, parece-me que para decifrar a intenção do legislador é preciso repartir o dispositivo em duas partes: **(a) indenizações de eventos ocorridos e efetivamente pagos e (b) valores recebidos a título de transferência de responsabilidades**.

A simples leitura do inciso III é suficiente para constatar que se trata de uma DEDUÇÃO seguida de uma ADIÇÃO. Poderão ser **excluídas** as referidas indenizações, mas deverão ser **incluídos** os valores recebidos a título de transferência de responsabilidades.

A expressão “... poderão deduzir o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pagos...” é óbvia. Inconteste que é possível a exclusão de algum valor, a questão, a meu ver é: **qual valor?**

Ao meu sentir, impedir a exclusão de **qualquer** valor em relação a este inciso por entender que seria “tributação de receita líquida” é uma discussão que não pertence a este tribunal administrativo e uma interpretação defesa às autoridades administrativas. Se o questionamento é sobre a regularidade/constitucionalidade da lei, no sentido do desvirtuamento da intenção do legislador, é preciso que os órgãos competentes (no caso a Advocacia Geral da União – AGU) tomem as medidas cabíveis para obter a invalidade do dispositivo normativo.

Não compete ao auditor fiscal, assim como ao julgador administrativo, deixar de aplicar a lei, sob pena de responsabilidade funcional.

É preciso que, ao menos, seja feita a interpretação do dispositivo mencionado. Somente se permite a restrição da redução definida pelo legislador se ela for pautada na interpretação do dispositivo legal. Assim, minha questão quanto ao posicionamento adotado pela fiscalização é: se os agentes administrativos entendem que o pagamento aos credenciados e a rede própria não consistem em indenizações dos eventos ocorridos, **o que consiste?**

De pronto, afasto o entendimento de que o inciso III está vinculado aos eventos decorrentes de “cessão de responsabilidade”. Em primeiro lugar porque não existe evento com “cessão de responsabilidade”, esta apenas é possível,

inclusive por determinação da ANS, quando se opera a “transferência da responsabilidade pelo beneficiário”. Inclusive, o pagamento por cessão da responsabilidade independe de qualquer evento, é devido simplesmente porque a responsabilidade foi transferida. O simples fato do pagamento para CONGÊNERES e para simples CREDENCIADOS ser realizado de forma diferente (o primeiro fixo por mês, o segundo por evento ocorrido e comprovado) já é suficiente para se constatar a diferença do inciso I e III neste particular.

Neste diapasão, em termos operacionais, quando se trata de indenização por evento, automaticamente se exclui a cessão de responsabilidade, razão pela qual todos os valores referentes à transferência de responsabilidade estão localizados no inciso I do citado § 9º.

Por idêntica forma, aparto a interpretação de que o legislador não pretendeu excluir da base de cálculo o valor pago a terceiros, pois não resta dúvida de que o inciso I do §9º refere-se a terceiros (CONGÊNERES), que como dito alhures são espécie de credenciados contratados de forma indireta. Neste sentido, que é possível a exclusão da base de cálculo de valores pagos a terceiros, não tenho dúvida, e em afirmação a isto está o próprio inciso I do dispositivo legal analisado.

Com este raciocínio questiono: qual o conceito de eventos ocorridos? O que o legislador pretendeu, ao expressamente conceder a possibilidade de redução da base de cálculo dos tributos em discussão?

A despeito do entendimento que vêm sendo apresentado pela fiscalização, conforme se depreende do Plano de Contas da ANS, os eventos ocorridos estão sim definidos na conta “4.1. EVENTOS INDENIZÁVEIS LÍQUIDOS / SINISTROS RETIDOS”. E trata-se de identidade de classificação, é exatamente este termo – eventos – que permite a interpretação que a intenção da lei é alcançar esta rubrica contábil.

Várias OPS aplicam este entendimento de forma genérica e excluem da base de cálculo o valor referente ao inteiro teor da conta “4.1.1. EVENTOS CONHECIDOS / INDENIZAÇÕES AVISADAS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR”.

Todavia, também não coaduna com este entendimento. É que entendo que, como se trata de benefício fiscal, a lei deve ser analisada em seus termos literais, lembrando que no ordenamento jurídico não há palavras inúteis.

A rubrica 4.1.1. contém registros dos custos incorridos com a rede própria e a rede contratada (no caso terceiros simplesmente credenciados, não congêneres). Ocorre que entendo que os custos com a rede própria não estão incluídos no dispositivo de desoneração legal. Explico.

Conforme se depreende do texto legal, o inciso III permite a dedução do “...valor referente às indenizações correspondentes

aos eventos ocorridos, efetivamente pagos...” O que significa indenizações de eventos ocorridos efetivamente pagos? Mais uma vez socorro-me dos aspectos técnicos específicos do setor.

É cediço que o setor da saúde é diverso dos demais setores da sociedade, não apenas por tratar de serviço essencial e se sujeitar às regras definidas por Agência Reguladora, mas pela própria operação e exatamente por isso é que a legislação limitou à possibilidade de exclusão da base de cálculo aos eventos ocorridos efetivamente pagos.

Em aspectos práticos, para fim de atender as determinações da ANS, a sistemática de procedimento das empresas de saúde geralmente obedece ao seguinte critério:

(1)	<i>O credenciado presta o serviço para o beneficiário</i>	<i>Janeiro /X1</i>
(2)	<i>após o serviço prestado, este credenciado informa à OPS, apresentando a documentação suporte necessária para o ressarcimento do custo, já que a credenciada trabalha por evento (ao contrário da congênere). A OPS reconhece a despesa quando desse aviso/notificação.</i>	<i>Fevereiro/X1</i>
(3)	<i>apenas após validar a informação da credenciada a OPS realiza o pagamento.;</i>	<i>Março/X1</i>

As operadoras de saúde possuem sistemas de controles internos contábeis e extracontábeis, integrados com os controles da ANS, e toda esta informação é importante porque justamente com base nesta movimentação de faturamento/ pagamento/ despesas/ utilização de rede credenciada, que a ANS faz todos os seus controles, não necessariamente contábeis. Por exemplo, é com base nesta informação que são feitos os cálculos dos valores que precisarão ser provisionados (as mencionadas Provisões Técnicas que garantem o atendimento aos beneficiários); assim como são controladas as alterações de produto (descredenciamento/alteração de rede credenciada). Pode-se citar, ainda, o cruzamento de informações com o SUS (que é uma espécie de terceiro, uma vez que as operadoras precisam ressarcir-lo na hipótese da Rede pública de atendimento médico vir a atender beneficiários das OPS).

Neste diapasão, os eventos ocorridos em janeiro/X1, serão reconhecidos contabilmente em fevereiro/X1, quando AVISADOS, e efetivamente pagos a partir de março/X1, quando da validação e aprovação final das contas apresentadas para a OPS, sendo impossível qualquer outro procedimento.

Este procedimento específico tem uma razão de ser. Até o momento do pagamento podem ocorrer e efetivamente ocorrem – glosas. Assim, na hipótese de o legislador permitir a contabilização e dedução do valor AVISADO, estaria utilizando valor não definitivo. Por outro giro, ao utilizar o valor PAGO, a legislação adota o custo efetivo do evento, não o valor informado pelo credenciado, mas aquele efetivamente aceito pela OPS contratante e efetivamente pago.

Pode-se dizer que, com este procedimento, o legislador buscou os números finais mais objetivos possíveis, pois a partir do

pagamento entende-se incabível qualquer tipo de reajuste. Esta “apuração do número final”, inclusive, permite a rastreabilidade dos valores envolvidos, por ser um número definitivo. Procedimento diverso significaria a contabilização de números preliminares sujeitos a ajustes nos meses seguintes, o que macularia a objetividade da apuração da referida exclusão.

*É uma espécie de exceção aos regimes de caixa e competência, e por isso que se tornou imperioso ao legislador reconhecer a especificidade do setor e determinar que apenas poderia ser deduzido o valor das **“indenizações referentes a evento ocorrido efetivamente pago”**, sob pena de (i) o benefício não poder ser aplicado ao setor; (ii) causar grande confusão nos controles ou, no limite, (iii) serem deduzidos valores preliminares, ainda não pagos, e reconhecidos contabilmente.*

É exatamente em razão desta especificidade de procedimento do setor que discordo do raciocínio de exclusão total e genérica da conta 4.1.1. É que não são todos os eventos registrados naquela rubrica que podem, a meu ver, ser considerados como “indenizações” ou ‘eventos ocorridos, efetivamente pagos’. A Rede Própria consiste no exercício direto do serviço médico, incluindo portanto todos os custos e despesas operacionais decorrentes da utilização de hospitais, clínicas, ambulatórios, laboratórios, serviços de imagem, inclusive folha de salário dos empregados médicos e paramédicos, depreciação dos imóveis operacionais,...., das OPS. Para tais, não há como tratá-los nos limites de definição ao termo “indenização”.

*Estes eventos não são “indenizados” pelas OPS, mas sim **custeados** por ela. A folha de pagamento salarial não precisa ser avisada ou aguardar qualquer procedimento de confirmação para ser “efetivamente paga”, é simplesmente elaborada pelas OPS e paga, de forma automática, todos os meses, como em qualquer outra empresa.*

Não me parece, ao conhecer o procedimento do setor, que os valores referentes à rede própria estejam dentre aqueles imaginados pelo legislador, e esta interpretação decorre justamente da análise dos termos legais.

Todavia, é visível a identidade dos dizeres apostos no inciso III com o procedimento adotado para os credenciados. Indiscutível que são estes os valores cuja exclusão foi pretendida pelo legislador. Os credenciados – não congêneres – atuam por evento, e recebem o pagamento para cada serviço prestado, após estar efetivamente confirmado pela OPS contratante.

*Todavia, é preciso atentar para o fato de que não são todos os eventos AVISADOS pelos terceiros que serão deduzidos, mas apenas aqueles **efetivamente pagos**, por isso se considera a conta contábil de resultado.*

*Reitero que **não se trata de discutir o conceito de faturamento para as OPS, esta questão já foi superada quando definida a base de cálculo. Trata-se de dar efetividade à intenção do***

legislador que foi, claramente, beneficiar esse setor de saúde com a exclusão de determinados valores da base de cálculo constituída para pagamento dos tributos em tela (justamente do valor total do faturamento).

Ante os esclarecimentos expostos, entendo que o inciso III, do parágrafo 9º, do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98 determinou com absoluta clareza a exclusão dos valores efetivamente pagos aos terceiros (rede credenciada e SUS), não congêneres, os quais se coadunam exatamente com os dispositivos legais mencionados.

4- Alargamento da Base de Cálculo

Outro aspecto acerca do qual o recurso deve ser provido é inclusão, na base de cálculo, das receitas indicadas nos subitens 3.4, 3.5 e 3.6 (Receitas financeiras, Receitas Patrimoniais e Receitas não operacionais), dissociadas da atividade operacional do sujeito passivo, em princípio tributáveis, nos termos do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998¹².

Como é cediço, o Plenário do Pretório Excelso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 346.084-6¹³, concluiu que tal dispositivo viola o art. 195 da Constituição Federal e o art. 110 do Código Tributário Nacional, na medida em que incluía nas fontes de custeio seguridade social fonte não prevista na naquela Carta Política e ampliava o conceito de faturamento.

Veja-se sua ementa:

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. Sobrepõe-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

¹² Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º Entende-se por receita bruta 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.

¹³ Ministro Marco Aurélio, julgado em 09/11/2005.

da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Faço minhas as considerações do Min. Marco Aurélio de Mello acerca do descompasso entre o dispositivo que daria base para a tributação objeto do litígio e os artigos 195 da Constituição Federal de 1988, na versão que vigia anteriormente à Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Até porque, após votação de questão de ordem nos autos do RE 585235, foi reconhecida a repercussão geral sobre a matéria, tornando obrigatória a aplicação desse entendimento por parte deste Colegiado, ex vi do art. 62-A do Regimento Interno do CARF.

Dentro desse contorno, só seria possível fazer incidir a contribuição nos moldes do que dispunha o art. 2º da Lei Complementar 70, de 1991, que fixou:

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.

5- Conclusão

Ante a tais considerações, dou parcial provimento ao recurso voluntário para: a) reconhecer a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos entre 28/02/1999 e 31/10/2000; b) reconhecer a possibilidade de se deduzir, da base de cálculo da contribuição, o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, independentemente do fato de se tratar da cobertura de eventos relativos a beneficiários do próprio plano ou relativos à coberturas decorrentes da responsabilidade transferida; e c) afastar a incidência da contribuição sobre Receitas Financeiras, Receitas Patrimoniais e Receitas Não Operacionais.

Sala das Sessões, em 25 de setembro de 2013

Luis Marcelo Guerra de Castro