

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

Processo nº 10675.003396/2005-81
Recurso nº 170.039 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.696 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de outubro de 2010
Matéria Cofins
Recorrente UNIMED PATOS DE MINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

DECADÊNCIA.

Uma vez que o STF, por meio da Súmula Vinculante nº 8, considerou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, há que se reconhecer a decadência em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional. Assim, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente à Cofins decai no prazo de cinco anos fixado pelo CTN, sendo, com fulcro no art. 150, § 4º, caso tenha havido antecipação de pagamento, inerente aos lançamentos por homologação, ou artigo 173, I, em caso contrário.

COFINS. COOPERATIVAS. BASE DE CÁLCULO.

A partir de novembro/1999 a contribuição passou a incidir sobre todo o seu faturamento, admitidas as exclusões estabelecidas na norma, sendo, portanto, a mesma aplicada às demais sociedades.

COFINS. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. 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. 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/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. Contudo, em tais deduções não se incluem custos e

despesas relativos aos eventos com os próprios associados, mas com associados de outras operadoras.

PROVAS DAS ALEGAÇÕES.

São incabíveis alegações genéricas. Os argumentos aduzidos deverão ser acompanhados de demonstrativos e provas suficientes que os confirmem, de modo a elidir o lançamento.

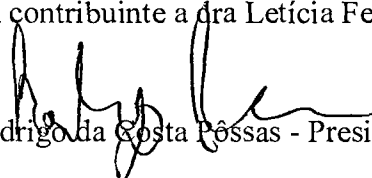
INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

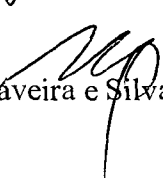
Decisão plenária definitiva do STF que tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 deve ser estendida aos julgamentos efetuados por este órgão julgador, de modo a excluir da base de cálculo do PIS e da Cofins as receitas que não decorram de seu faturamento.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos dar provimento parcial ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência em relação ao período de fevereiro de 1999 até março de 2000, inclusive e ainda, para excluir da base de cálculo do lançamento as receitas financeiras, vencidos os conselheiros Antonio Lisboa Cardoso, Maria Teresa Martinez Lopez e Rodrigo Pereira Mello que aplicavam a decadência pelo art. 150, parágrafo 4º do CTN e davam provimento quanto à não tributação das "sobras". Fez sustentação oral pela contribuinte a dra Letícia Fernandes de Barros, OAB/MG NR. 79562.


Rodrigo da Costa Possas - Presidente.

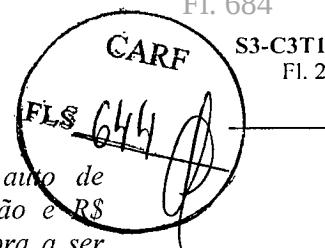

Maurício Taveira e Silva - Relator.

EDITADO EM: 27/10/2010

Participaram do presente julgamento: os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva (Relator), Rodrigo Pereira de Mello, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Possas (Presidente).

Relatório

UNIMED PATOS DE MINAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 531/602 contra o Acórdão nº 09-19.093, de 17/03/2008, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Juiz de Fora - MG, fls. 517/525, que julgou procedente o auto de infração de Cofins de fls. 284/289, relativo à falta/insuficiência de recolhimento da contribuição, referente a períodos de apuração compreendidos entre fevereiro/1999 e dezembro/2004, cuja ciência ocorreu em 01/12/2005 (fl. 284), conforme relatado pela instância *a quo*, nos seguintes termos:



Contra o interessado foi lavrado em 01/12/2005, auto de infração no valor de R\$ 2.122.680,27 de contribuição e R\$ 1.592.009,93 de multa proporcional, mais juros de mora a ser calculado no pagamento, relativo a falta/insuficiência de recolhimento de COFINS nos períodos de apuração de 02/1999 a 12/2004 (fls. 284 a 289);

A empresa apresenta impugnação (fls. 316 a 391), 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 da COFINS;

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) Existe divergência entre os valores constantes das planilhas elaboradas pela fiscalização e as respectivas informações prestadas por ela;

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

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

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

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

A DRJ julgou procedente o lançamento cujo acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

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

DECADÊNCIA.

Em se tratando de sociedade cooperativa, o prazo decadencial para o lançamento da contribuição para a COFINS 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 da COFINS, 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 COFINS, 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

Tempestivamente, em 02/05/2008, a contribuinte protocolizou recurso voluntário de fls. 531/602, no qual, em apertada síntese, repisa seus argumentos de defesa anteriormente apresentados, sintetizados em seu pedido nos seguintes termos (fls. 601/602):

IV — DO PEDIDO

Diante do exposto, requer a Recorrente a reforma do acórdão no que diz respeito à COFINS, declarando-se:

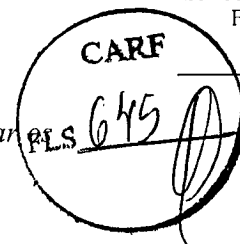
No Mérito

(i) — a nulidade e a improcedência do auto de infração quanto às competências de fevereiro de 1999 a dezembro de 2000, 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 exação e a notificação do lançamento, tal qual prevê o artigo 150, § 4º do CTN e em consonância com a patente inaplicabilidade do disposto no artigo 45 da Lei n.º 8.212/91;

(ii) — a nulidade e improcedência do auto de infração, invocando-se a regra legal de não incidência tributária que respalda 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, e intercâmbio e integralidade das sobras). Subsidiariamente, em se afastando a vigência daquela lei, a aplicação do Ato Declaratório n.º 88/99 na exata extensão do ato cooperativo, até a competência de outubro de 1999;

(iii) — a nulidade e improcedência do auto de infração, e independentemente do acima postulado, ante a definição jurídico-econômica de operadora de planos de saúde da Recorrente, reconhecendo-se a possibilidade de se proceder a necessários ajustes na base de cálculo da COFINS, de forma a se colher somente o que se configurar efetiva receita (comissão/taxa de administração), destacando-se a previsão contida no § 9º do artigo 3º da Lei n.º 9.178/98, com redação dada pelo artigo 2º da MP n.º 2.158-35/2001;

(iv) — a nulidade e improcedência do auto de infração, excluindo-se a exigência do COFINS sobre receitas financeiras, uma vez que excluídas do conceito de faturamento;



(v) — a realização de perícia/diligência visando demonstrar fatos alegados.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Maurício Taveira e Silva, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Preliminarmente a interessada aduz a ocorrência de decadência em relação aos fatos geradores anteriores ao quinquênio que antecede a ciência do lançamento datado de 01/12/2005, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN.

Tendo em vista a edição da Súmula Vinculante nº 8, pelo STF, publicada em 20/06/2008, considerando inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, há que se reconhecer a decadência da contribuição em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional.

Assim, a indigitada contribuição está sujeita às normas gerais da legislação tributária. Desse modo, o prazo para constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 150, § 4º, ou pelo artigo 173, I, ambos do CTN, consoante, respectivamente, ter havido pagamento antecipado ou não.

Portanto, tendo em vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 01/12/2005 (fl. 261), caso tenha havido pagamento, o lançamento de períodos anteriores a 01/12/2000 estaria fulminado pela decadência (art. 150, § 4º do CTN).

Conforme se verifica no “Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada” às fls. 278/279, houve pagamento da contribuição em relação aos fatos geradores de fevereiro de 1999 a março de 2000. Em relação aos períodos seguintes não houve pagamento.

Portanto, em relação a estes períodos em que houve pagamento, deve ser considerada a decadência consoante o disposto no art. 150, § 4º do CTN. Assim, em relação aos fatos geradores de fevereiro/1999 até março/2000, encontravam-se alcançados pela decadência, à época do lançamento.

Destarte, somente subsiste a autuação em relação aos fatos geradores de abril de 2000 em diante.

Em outro tópico, a contribuinte entende estar amparada pela Lei nº 5.764/71, devendo ser tributada somente em suas operações com não-cooperados. Não assiste razão à recorrente, conforme se demonstrará.

Inicialmente, cabe mencionar que, devido ao reconhecimento da decadência até março de 2000, fica prejudicada a aplicação do Ato Declaratório SRF nº 88/99 em relação às competências verificadas até de outubro de 1999. Contudo, há que se registrar a alteração do tratamento tributário dispensado às cooperativas, uma vez que a exação incidia apenas sobre os atos não-cooperados, ou seja, até outubro/1999 a receita proveniente dos atos cooperativos estava isenta da Cofins, devendo ser contabilizada em separado das demais receitas.

Numa cooperativa os custos se subdividem em custos com os associados, com os terceiros contratados e com atividades administrativas. Destarte, quando a cooperativa contrata serviços de terceiros para atender os clientes retira de suas receitas recursos para custeio do serviço, de modo a cumprir o contrato de plano de saúde, realizado com cliente da cooperativa. Esta operação se caracteriza como ato de mercancia.

Neste sentido já se posicionou a administração tributária por meio do Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação - CST nº 38/80, o qual assim dispõe:

"3. DAS COOPERATIVAS DE MÉDICOS

3.1 – Atos Cooperativos.

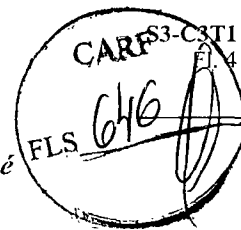
As cooperativas singulares de médicos, ao executarem as operações descritas em 2.3.1, estão plenamente abrigadas da incidência tributária em relação aos serviços que prestem diretamente aos associados na organização e administração dos interesses comuns ligados à atividade profissional, tais como os que buscam a captação de clientela; a oferta pública ou particular dos serviços dos associados; a cobrança e o recebimento de honorários; o registro, controle e distribuição periódica dos honorários recebidos; a apuração e cobrança das despesas da sociedade, mediante rateio na proporção direta da fruição dos serviços pelos associados; cobertura de eventuais prejuízos com recursos provenientes do Fundo de Reserva (art. 28, I) e, supletivamente, mediante rateio, entre os associados, na razão direta dos serviços usufruídos (art. 89).

3.2 – Atos Não-Cooperativos, Diversos dos Legalmente Permitidos.

Se, conjuntamente com os serviços dos sócios a cooperativa contrata com a clientela, a preço global não discriminativo, ainda o fornecimento, a esta, de bens ou serviços de terceiros e/ou cobertura de despesas com (a) diárias e serviços hospitalares, (b) serviços de laboratórios, (c) serviços odontológicos, (d) medicamentos e (e) outros serviços, especializados ou não, por não associados, pessoas físicas ou jurídicas, é evidente que estas operações não se compreendem nem entre os atos cooperativos nem entre os excepcionalmente facultados pela lei, resultando, portanto, em modalidade contratual com traços de seguro-saúde.

3.3 – Intermediação.

Como estas obrigações contratuais não poderão ser cumpridas diretamente pela cooperativa porque seu objeto social é voltado internamente aos associados, nem pelos associados na condição de prestadores de serviços médicos, torna-se logicamente imprescindível a aquisição daqueles bens/serviços de outras



sociedades ou de outros profissionais, o que, evidentemente, é característica da mercancia, ou seja a intermediação.

3.4 – Organização Mercantil.

Estas atividades, francamente irregulares para esse tipo societário, estão iniludivelmente contidas em contexto de modelo comercial, uma vez que seu perfil operacional, neste particular, envolve (1) atividade econômica, (2) fins lucrativos, (3) habitualidade, (4) organização voltada à circulação de bens e serviços e (5) assunção de risco. Esta afirmação melhor estará corroborada se abstrairmos, dentre as obrigações assumidas com a clientela, a de prestação de serviços médicos pelos próprios associados, percebe-se, então, que seria lógica e juridicamente insustentável considerar-se como cooperativa a entidade que tivesse como único objetivo a revenda de bens e serviços.” (grifei)

Acerca da alteração do tratamento tributário anteriormente mencionado, em relação à Cofins, de se ressaltar que o art. 6º, I, da LC nº 70/91, consigna a condição de “isenção” das sociedades cooperativas, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades. Contudo, a partir da Lei nº 9.718/98, e a continuar na MP 1.858-6, de 29/06/99, teve início uma série de alterações na legislação do PIS e da Cofins das sociedades cooperativas, culminando com a revogação da isenção de forma ampla para o ato cooperativo (art. 23 da MP 1.858-6) e a instituição de uma tributação incidente sobre uma base de cálculo reduzida por diversas exclusões (art. 15 da MP 1.858-7). Algumas outras alterações ocorreram, até a edição da MP nº 1.858-10, de 26/10/99, cujas disposições foram mantidas em reedições posteriores ultimando na MP nº 2.158-35, de 24/08/2001.

Tendo em vista o princípio constitucional da anterioridade nonagesimal insculpido no art. 195, § 6º da CF/88, a SRF emitiu o Ato Declaratório SRF nº 88/99, o qual determina que as contribuições para o PIS/Pasep e Cofins devidas pelas sociedades cooperativas, “*serão apuradas de conformidade com o disposto na Medida Provisória nº 1.858-7, de 29 de julho de 1999, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de novembro de 1999.*”

Portanto, não procede a alegação da contribuinte de estar albergada nos artigos. 79, 87 e 111 Lei nº 5.764/71, encontrando-se à margem da incidência tributária em seus atos cooperativos. Conforme se verifica, para o período lançado subsequente a outubro/1999, a tributação deve incidir sobre a totalidade das receitas, ou seja, inclusive sobre os atos cooperativos com as deduções legalmente previstas, pois, após a revogação desta isenção, todas suas receitas passaram a compor a base de cálculo da contribuição. Assim, o fato de a cooperativa efetuar o repasse de valores e, portanto, essa receita não se incorporar ao patrimônio da recorrente apenas transitando por seu caixa, não altera a condição de receita tributável. Registre-se que o ICMS, embora seja repassado ao agente público, ainda assim compõe a base de cálculo da contribuição que o legislador houve por bem eleger, vez que integra o faturamento.

Portanto, não procede a alegação da interessada de que se encontre à margem da incidência tributária em seus atos cooperativos, consoante Lei nº 5.764/71, conforme postulado, em relação ao atendimento médico pela rede credenciada, intercâmbio e

integralidade das sobras, até porque estas já foram consideradas, em conformidade com a MP nº 101/02, convertida na Lei nº 10.676/03, consoante TVF (fls. 264 e 265).

Na sequência a contribuinte postula pela possibilidade de se “proceder a necessários ajustes na base de cálculo da Cofins, de forma a se colher somente o que se configurar efetiva receita (comissão/taxa de administração)”, destacando a previsão contida no § 9º do artigo 3º da Lei nº 9.178/98, incluído pela MP nº 2.158-35/2001.

A referida norma legal, assim registra:

Lei nº 9.718/98,

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: (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)

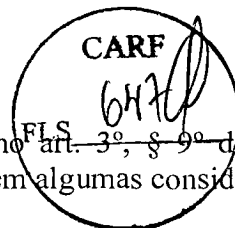
Sobre as memórias de cálculo o Termo de Verificação Fiscal consigna:

Diante de todo o exposto e analisando as memórias de cálculo apresentadas pelo contribuinte em atendimento ao Termo de Início de Ação Fiscal (fl. 60), verificamos que:

- no período de Fev/99 a Out/99 - não foram incluídas na base de cálculo as receitas contabilizadas como atos cooperativos principais e auxiliares, provenientes dos planos de saúde;

- no período de Nov/99 a Nov/01 (fls. 61) - a base de cálculo demonstrada coincide com a base de cálculo apurada pelo Fisco, com exceção dos meses de Dez/99 e Dez/00, em que o contribuinte deixou de deduzir a destinação das sobras líquidas destinadas à formação do Fundo de Reserva e do FATES;

- no período de Dez/01 a DEZ/04 - as receitas demonstradas pelo contribuinte estão corroboradas pelo Fisco. Porém, as deduções da base de cálculo demonstradas não atendem o estabelecido no inciso III do § 9º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, inserido pela MP 2.158-35/2001, o que levou o Fisco a elaborar novos demonstrativos da base de cálculo (fls. 246)



Assim, sobre essa questão, exclusões previstas no art. 3º, § 9º da Lei nº 9.718/98, incluído pela Medida Provisória nº 2158-35, de 2001, cabem algumas considerações.

A interessada apresentou um extenso arrazoadado visando a dar uma amplitude maior à interpretação do inciso III, do § 9º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, de modo a excluir a totalidade dos seus gastos sob o argumento da necessidade das deduções na base de cálculo da contribuição em função da diferença entre "entradas" e "receita". Nessa toada, tendo em vista que os ingressos na sociedade estão sempre destinados à cobertura de despesas correlatas ao atendimento médico, como exames, hospitais, medicamentos e, por fim, destinados aos próprios médicos, não restaria o que tributar tornando, assim, as cooperativas isentas do pagamento do PIS e da Cofins. Esta não foi a lógica que o legislador optou. Embora mencionado anteriormente, repise-se, o ICMS, ainda que indiscutivelmente apenas transite pelo caixa das empresas, ainda assim integra o faturamento e, portanto, compõe a base de cálculo destas contribuições.

Ademais, ainda que assistisse razão à contribuinte, esta não trouxe aos autos elementos de modo a demonstrar pontual e numericamente, com memória de cálculo, suas discordâncias, justificando e apresentado documentos comprobatórios. De se ressaltar que a conveniência da conversão do julgamento em diligência decorre da necessária formação de convicção da autoridade julgadora, devendo ser indeferida quando considerar prescindível, conforme dispõe o art. 18 do Decreto nº 70.235/72 e alterações.

Registre-se que os pedidos de diligência ou perícia se fundam na impossibilidade de que as provas possam ser trazidas aos autos pela recorrente, como no caso de os elementos examináveis consistirem em máquinas, construções ou de processos produtivos, não albergando suprir a inércia da contribuinte, vez que o seu deferimento consubstanciaria indevida inversão do ônus da prova.

Há, ainda, que se rechaçar a alegação de que as referidas deduções deveriam ser consideradas desde o início da exação, sob a alegação de se tratar de norma interpretativa, uma vez que a norma (MP nº 2.158-35/2001, art. 92, IV), de modo expresso, consigna que produzirá os efeitos relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de dezembro de 2001, relativamente ao disposto no § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, não havendo como se interpretar de modo diverso.

Ainda com relação ao alcance do referido inciso III do § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, incluído pela MP nº 2158-35, de 2001, o então Segundo Conselho de Contribuintes já se manifestou conforme se verifica da ementa do acórdão nº 203-10836, 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.** (grifei)*

Recurso negado.

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.

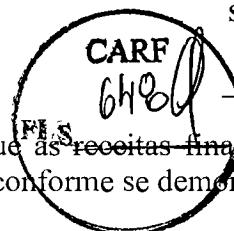
A diferença entre 1 e 2 deve ser, necessariamente, positiva, para que a dedução estabelecida no inciso III seja permitida. É que, se negativa, os recebimentos da cessionária já cobrem os dispêndios com os eventos praticados com associados das cedentes, descabendo a dedução em análise.

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.

Por fim, cabe analisar a alegação da interessada quanto à possibilidade de exclusão de exigência da Cofins sobre receitas financeiras, uma vez que excluídas do conceito



de faturamento. Há procedência no argumento da recorrente, vez que as receitas financeiras não se enquadram no conceito de faturamento, no caso da recorrente, conforme se demonstrará.

Em que pese a incompetência deste Conselho para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária, com supedâneo na autorização contida no art. 77 da Lei nº 9.430/96 e art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97, assim dispõe o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/09:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

[...]

Nesse diapasão, em julgamento realizado em 09/11/2005, pelo Pleno do STF nos RE nºs 357.950 e 358.273, o § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, foi objeto de acórdão cuja publicação ocorreu em 15/08/2006 e o trânsito em julgado em 05/09/2006. O acórdão e a ementa registram o seguinte teor:

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, conhecendo do recurso e provendo-o, em parte, e dos votos dos Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, provendo-o, integralmente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pela recorrente, o Dr. André Martins de Andrade e, pela recorrida, o Dr. Fabrício da Soller, Procurador da Fazenda Nacional. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim (Presidente). Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Plenário, 18.05.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Eros Grau, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e, por maioria, deu-lhe provimento, em parte, para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello, que declaravam também a inconstitucionalidade do artigo 8º e, ainda, os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e o Presidente (Ministro Nelson Jobim), que negavam provimento ao recurso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 09.11.2005. (grifei)

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. **TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente.** Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. (grifei)

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, juntando-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada. (grifei)

Tendo em vista o STF já haver se pronunciado definitivamente através de seu Pleno acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, com fulcro no art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256/09, há que se reconhecer o direito de a contribuinte ter excluído do presente lançamento a exigência decorrente de receitas estranhas ao faturamento.

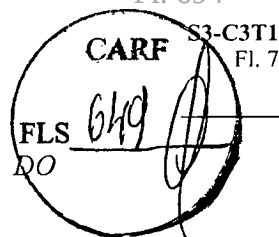
Ademais, nesse sentido vem decidindo este órgão julgador, conforme demonstram as ementas que, parcialmente, se traz à colação:

INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO STF. APLICAÇÃO.

Tendo o plenário do STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, deve o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre outras receitas, inclusive o recebimento de crédito presumido de IPI. .” (Acórdão 201-80964; Recurso 139359; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 12/03/08).

COFINS. LEI Nº 9.718. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LANÇAMENTO. SUBTRAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INCONSTITUCIONAIS.

Declarada a inconstitucionalidade de lei pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o lançamento efetuado com base na lei inconstitucional deve ser ajustado à legislação vigente. (Acórdão 201-81027; Recurso 140171; Relator José Antonio Francisco; Data da Sessão 14/03/08).



*INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DEFINITIVA DO
STF. APLICAÇÃO.*

Tendo o STF declarado, de forma definitiva, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, pode o Segundo Conselho de Contribuinte aplicar esta decisão para afastar a exigência do PIS sobre receitas financeiras. Recurso provido. (Acórdão 201-80474; Recurso 137543; Relator Walber José da Silva; Data da Sessão 14/08/07).

Desse modo, há que se reconhecer a improcedência do lançamento em relação ao alargamento da base de cálculo da exação. Assim, no presente caso, deve-se dar provimento ao recurso quanto a esta parte, excluindo-se da base de cálculo da contribuição as receitas financeiras.

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **dar parcial provimento** ao recurso voluntário, para reconhecer a decadência em relação ao período de fevereiro de 1999 até março de 2000, inclusive e ainda, para excluir da base de cálculo do lançamento as receitas financeiras, mantendo, no mais, a decisão recorrida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.


Maurício Taveira e Silva