



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

Processo nº 10680.015978/2004-50
Recurso nº 255.688 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.391 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de maio de 2010
Matéria COFINS
Recorrente BIOCENRO - CENTRO DE ASSISTÊNCIA E SAÚDE LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/1999 a 31/12/2000

DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 45 DA LEI Nº 8.212/91 PROCLAMADA PELO STF E OBJETO DE SÚMULA VINCULANTE.

Tendo sido enunciado na Súmula Vinculante nº 8, expedida pelo STF, o entendimento de que é inconstitucional o artigo 45, da Lei nº 8.212/91, o prazo para lançamento de ofício das contribuições cuja arrecadação é destinada ao custeio da Seguridade Social rege-se pelo disposto no CTN. Hipótese em que, tendo havido pagamento antecipado, tem-se na data do fato gerador o termo inicial do prazo de decadência, a teor do artigo 150, §4º do CTN.

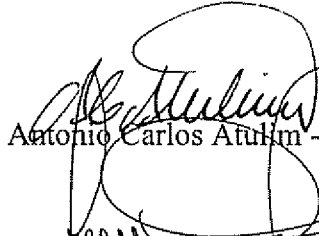
COFINS. BASE DE CÁLCULO. INGRESSOS RECEBIDOS PARA REPASSE A TERCEIROS. NÃO INCLUSÃO.

Não integram a base de cálculo da COFINS, por não caracterizarem “receita” os ingressos creditados em favor do sujeito passivo que realiza atividade de intermediação e integralmente repassados a terceiros prestadores do serviço.

Recurso Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


Antonio Carlos Atulim - Presidente


Marcos Tranchesi Ortiz - Relator

EDITADO EM 26/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti, Marcos Tranchesi Ortiz e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Tem-se, na origem, auto de infração lavrado em 27.12.2004, para constituição de créditos relativos à COFINS com correspondência a supostos fatos geradores consumados entre julho de 1999 e dezembro de 2000, inclusive.

O procedimento, essencialmente fundado em verificações obrigatórias, consistiu na comparação entre a base de cálculo declarada pela pessoa jurídica e aquela inferível de sua escrituração comercial e tributária.

Revela a fiscalização, no Termo de Verificação Fiscal de fls. 11/13, que intimou a investigada a lhe fornecer cópias das notas fiscais de prestação de serviços por ela emitidas no período sob averiguação e que, recebendo-as, constatou diferenças positivas para com o valor do faturamento confessado pela empresa, o que motivou uma segunda intimação, agora para que se justificasse o método de apuração utilizado.

Em resposta, sustentou a empresa a tese que viria a esmiuçar na própria impugnação. Explicou ser vocacionada à prestação de serviços de gestão de programas de saúde, atividade que desempenha celebrando contratos com diversas pessoas jurídicas por meio dos quais gere o custeio de serviços médicos por elas oferecidos a seus empregados e respectivos familiares. Expôs ainda que, no desempenho desta função, transitam por sua contabilidade os valores devidos pela pessoa jurídica sua cliente aos prestadores do serviço de saúde, além de uma comissão estipulada em contrato. Como não reconhece como receita própria as primeiras quantias, vale dizer, as importâncias que recebe tão-somente para repassar aos terceiros verdadeiramente prestadores do serviço, sua base de cálculo, para efeito da exação em comento, se restringiria à segunda verba, qual seja, à importância da comissão cobrada de seus clientes. Daí a diferença.

O auto de infração consiste, pois, no lançamento *ex officio* sobre as referidas diferenças, na pressuposição de que, tanto quanto a comissão contratada, consubstanciariam faturamento da fiscalizada as importâncias que, recebidas de seus clientes, são repassadas aos prestadores dos serviços de saúde fruídos pelos respectivos funcionários.

Sobreveio tempestiva impugnação às fls. 147/161, ao ensejo da qual deduziu a ora recorrente que:



(a) sua atividade se limita à intermediação de serviços médico-hospitalares e de saúde em geral, não sendo ela própria a respectiva prestadora;

(b) em sua atuação, celebra contratos por meio dos quais gerencia e administra para seus clientes, pessoas jurídicas, o custeio de programas de saúde disponibilizados a seus colaboradores e, nesta condição, lhes oferece uma rede de prestadores previamente credenciados em variados segmentos preventivos e curativos, hospitalar e ambulatorial;

(c) de outra parte, seleciona estabelecimentos de saúde e profissionais liberais, com os quais formaliza contratos cujo objeto consiste em credenciar serviços aos usuários vinculados às empresas suas clientes;

(d) mensalmente, cada integrante da rede de prestadores credenciados lhe encaminha, juntamente com a respectiva fatura, discriminativo dos procedimentos realizados a bem dos usuários de cada empresa contratante;

(e) de posse dos documentos, a recorrente afere a correção de cada qual e ordena os respectivos dados em novos demonstrativos contendo a relação completa, por empresa, dos procedimentos realizados em favor dos colaboradores de cada uma, fazendo-o acompanhar de nota fiscal onde são descritas duas naturezas de valores: o preço devido ao prestador pelos serviços de saúde consumidos e a taxa de administração, conforme percentual definido em contrato;

(f) recebido o pagamento, a recorrente retém o correspondente à taxa de administração e imediatamente repassa a cada estabelecimento de saúde o valor pelas intervenções respectivamente realizadas; e

(g) como aquilo que recebe de seus clientes para custeio dos serviços usufruídos não lhe pertence – já que se destina aos verdadeiros prestadores – a receita da sua atividade corresponde unicamente à comissão contratada e o seu valor é que totaliza a base de cálculo da exação objeto do lançamento.

Em Primeira Instância, o auto de infração acabou mantido integralmente, tendo a DRJ-Belo Horizonte-MG fundamentado o julgado no entendimento de que, em primeiro lugar, a atividade da recorrente não seria de mera “intermediação” entre seus clientes (as empresas contratantes) e os estabelecimentos de saúde, eis que ela própria, recorrente, contrata com ambos em nome próprio; e, em segundo lugar, por falta de regulamentação do Poder Executivo, seria inaplicável à hipótese a regra contida no inciso III, do §2º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98, norma esta que autorizaria os contribuintes a excluir da base de cálculo do tributo os valores computados como receita e transferidos a terceiras pessoas jurídicas.

No recurso voluntário de fls. 542/562 repisam-se, em síntese, os argumentos lançados em impugnação.

Este o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, Relator

Recurso tempestivo e atento aos demais pressupostos de admissibilidade. Dele conheço.

Antes, porém, de enfrentar o mérito da irresignação, detenho-me, de ofício, no prazo de que a Fazenda Pública dispunha para realizar o lançamento.

1 Decadência.

Em julgamento recente em que provocado a dizer da constitucionalidade do artigo 45, da Lei nº 8.212/91, o Plenário do STF o entendeu contrário ao artigo 146, inciso III, da CF, no que este dispositivo reserva prescrição e decadência de obrigações tributárias à disciplina de lei complementar (RE nº 559.943-4). Este entendimento, eis o fundamental, acabou pacificado na Súmula Vinculante nº 8, assim redigida:

"Súmula Vinculante nº 8. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário".

De acordo com o artigo 103-A, acrescido à CF pela EC nº 45/04, o entendimento jurisprudencial sufragado em súmula vinculante do STF *"terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal"*.

Órgão integrante da Administração Pública Federal, este Colegiado vincula-se à orientação sumulada, o que lhe impõe, portanto, aferir o cumprimento do prazo decadencial exclusivamente sob inspiração do prescrito no próprio CTN, no artigo 150, § 4º. É o que faremos a seguir.

O CTN dispensa tratamento diferenciado aos prazos de decadência conforme seja a modalidade de lançamento a que se sujeita o tributo.

Como é sabido, à época da edição do diploma, os tributos eram, regra geral, lançados *de ofício* (artigo 149 do CTN) ou *por declaração* (artigo 147 do CTN), procedimentos em que o Fisco "constitui" o crédito tributário exigindo ou não a prévia prestação de informações fáticas pelo contribuinte, e só então adquire a pretensão ao recebimento do correspondente valor pecuniário. Rege a decadência, nestas condições, o artigo 173 do mesmo diploma, de acordo com o qual *"o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado."*

De acordo com o dispositivo, portanto, o Fisco tem o prazo de cinco anos para lançar (ou "constituir" o crédito tributário) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que já lhe era possível proceder ao lançamento. Noutras palavras, esclarece Luciano Amaro, *"qualquer lançamento realizável dentro de certo exercício (e que não seja efetivamente implementado nesse exercício) poderá ser efetuado em cinco anos após o*

*próprio exercício em que se iniciou a possibilidade jurídica de realizá-lo*¹. Ou seja, se no ano “A” é cabível o lançamento de ofício esse lançamento deve ser efetuado, sob pena de decadência, em cinco anos a partir do primeiro dia do exercício “A+1”.

Ocorre que a COFINS objeto do auto de infração questionado não se sujeita ao lançamento *de ofício* ou *por declaração*. Compete ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento do tributo devido independentemente de prévia manifestação da Fazenda Nacional credora.

É o que o CTN denomina *lançamento por homologação*, modalidade para a qual instituiu-se norma específica concernente à decadência, qual seja o §4º, do artigo 150 do Código, do seguinte teor:

“§4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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.”

Não é propriamente o lançamento *por homologação* que é atingido pela decadência. *Feito ou não o pagamento antecipado* a que se reporta o *caput* do artigo, ou a autoridade fiscal anui e expressamente homologa a conduta praticada pelo obrigado (lançamento por homologação expressa), ou deixa transcorrer em silêncio o prazo legal e, assim, anui tacitamente (lançamento por homologação tácita). Adverte Luciano Amaro que em nenhum dos casos *“se pode falar em decadência (do lançamento por homologação), pois o lançamento terá sido realizado (ainda que pelo silêncio)”*².

A norma do §4º, do artigo 150 do CTN dirige-se, pois, ao lançamento *de ofício* que, por força do artigo 149, V, compete à autoridade na hipótese em que o contribuinte deixe de antecipar devidamente o tributo. Se o sujeito passivo nada recolhe ou, ainda, se antecipa o tributo, mas o faz em valor supostamente inferior ao devido, então o prazo que flui é para a autoridade manifestar-se sobre se concorda ou não com o montante pago; discordando, deve lançar de ofício, desde que o faça antes do término do prazo cujo transcurso implica homologação tácita.

Diz o dispositivo que o prazo, decorrido o qual se dá a homologação tácita (implicando, portanto, decadência do direito de efetuar eventual lançamento de ofício), é também de cinco anos, porém, *“... a contar da ocorrência do fato gerador”* do tributo e não do início do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Há quem sustente que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, somente seja aplicável a regra do §4º do artigo 150 nas hipóteses em que o contribuinte realiza, de fato, pagamentos antecipados em favor do Fisco. Para os adeptos da tese, *homologável é o pagamento* efetuado pelo sujeito passivo. Por isso, sustentam, se o contribuinte não promove recolhimento algum, é incabível falar em homologação.

¹ *Direito Tributário Brasileiro*. Saraiva. 2ª ed. 1998. pg. 382.

² Ob. cit. pg. 382.

Não partilho desta orientação. Tenho que a determinação da regra legal aplicável na contagem do prazo decadencial independa da efetiva ocorrência de pagamento antecipado (a menor). No mesmo sentido, a autorizada doutrina de Souto Maior Borges:

“Compete à autoridade administrativa, ex vi do art. 150, caput, homologar a atividade previamente exercida pelo sujeito passivo, atividade que em princípio implica, embora não necessariamente, em pagamento. E, o ato administrativo de homologação, na disciplina do CTN, identifica-se precisamente com o lançamento (art. 150, caput)”³.

E, mais adiante, conclui o autor:

“Conseqüentemente, a tecnologia contemplada no C.T.N. é, sob esse aspecto, feliz: homologa-se a ‘atividade’ do sujeito passivo, não necessariamente o pagamento do tributo. O objeto da homologação não será então necessariamente o pagamento”⁴.

No mesmo sentido posiciona-se Natanael Martins, segundo quem “(...) o que se homologa não é propriamente o pagamento, mas sim toda a atividade procedimental desenvolvida pelo contribuinte. (...) **O pagamento, assim, por si só, não tem o condão de definir a modalidade de lançamento a que o tributo se sujeita, sob pena de se ter de assumir que esta poderia ser dupla, conforme houvesse ou não o pagamento**”⁵.

Orientação semelhante prevalecia também no Primeiro Conselho de Contribuintes (atual Primeira Seção do CARF), entre cujos julgados recentes destaca-se o seguinte, da Segunda Câmara:

**“DECADÊNCIA LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO
AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO.**

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, aplica-se o prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, §4º, do CTN, ainda que não tenha havido pagamento antecipado.

Homologa-se no caso a atividade, o procedimento realizado pelo sujeito passivo, consistente em ‘verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo’, inclusive quando tenha havido omissão no exercício daquela atividade.

A hipótese de que trata o artigo 149, V, do Código, é exceção à regra geral do artigo 173, I. A interpretação do caput do artigo 150 deve ser feita em conjunto com os artigos 142, caput e parágrafo único, 149, V e VII, 150, §§1º e 4º, 156, V e VII, e 173, I, todos do CTN.”⁶

Para os fins do julgamento em curso, todavia, a discussão é estéril. Como se expôs mais acima, o lançamento consiste, precisamente, na constituição de créditos tributários

³ *Tratado de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 1981, p. 440/441.

⁴ Ob. cit., p. 445.

⁵ A natureza jurídica do lançamento do IRPJ e a questão da contagem do prazo decadencial. *Revista dialética de direito tributário*, v. 26, p. 61/66.

⁶ Processo nº 10907.002720/2004-91, RV nº 153.773, relator o Cons. Alexandre Naoki Nishioka, j. 05.11.2008.

sobre valores – montantes que transitam pela contabilidade da recorrente para custeio de serviços prestados a clientes seus – que o sujeito passivo não reconhece como integrantes do seu faturamento, sendo certo que, nos períodos investigados, sua postura consistiu em apurar e recolher a exação sobre as comissões que auferiu. É o que está documentado no “Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada” de fls. 74/75. Tendo havido pagamento, o debate, portanto, não se coloca.

Por outro lado, não se acusa a recorrente da prática de conduta fraudulenta, dolosa ou simulada, casos em que, a teor da parte final do artigo 150, §4º do CTN, o termo inicial do lapso decadencial por igual se deslocaria da data do fato gerador para o início do exercício seguinte ao da sua ocorrência, aplicando-se também aí o artigo 173, inciso I, do CTN.

Na hipótese em exame, o lançamento foi notificado à recorrente somente em 27.12.2004, o que legitimaria a constituição de créditos sobre fatos geradores consumados somente a partir de 31.12.1999, inclusive. Sendo assim, reconheço *de ofício* a decadência com relação aos períodos de apuração anteriores a este, designadamente, de 31.07.1999 a 30.11.1999, inclusive, provendo o recurso nesta parte para cancelar os respectivos créditos.

2 Base de Cálculo do Tributo.

Superada esta primeira etapa, o exame do recurso, no mérito, está essencialmente calcado na compreensão das atividades empreendidas pela recorrente e, na sequência, na interpretação do seu significado em face da disciplina legal concernente à base de cálculo do tributo em comento.

Os autos contêm cópia de uma série de contratos formalizados pela recorrente com seus clientes, as empresas em favor de cujos empregados os serviços de saúde são prestados, todos eles de mesmo conteúdo. Dentre as cláusulas avençadas entre as partes, são as seguintes as mais importantes para a compreensão do teor do ajuste (fls. 236/238):

“Cláusula 1ª. Do Objeto

Constitui objeto deste Contrato a garantia do gerenciamento e prestação de serviços em saúde (médico-hospitalar, odontológico e psicológico) em caráter curativo, preventivo e estético.”

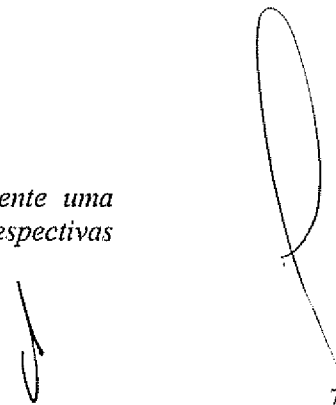
“Cláusula 2ª. Dos Usuários

Principais: são todos os funcionários efetivos;

Dependentes: cônjuge e filhos;

Beneficiários: pais e irmãos.

Parágrafo Primeiro: A contratante enviará inicialmente uma relação contendo todos os usuários e suas respectivas identificações.



Parágrafo Segundo: A contratante deverá comunicar ao contratado toda vez que excluir ou incluir qualquer usuário."

"Cláusula 3ª: Dos Serviços.

O contratado manterá uma rede de credenciados abrangendo todas as áreas de saúde relacionadas em guia próprio."

"Cláusula 4ª: Das Utilizações.

Parágrafo Primeiro: Todos os serviços de saúde poderão ser utilizados imediatamente após a obtenção da carteira de identificação. O contratado não impõe carência para nenhuma utilização.

(...)

Parágrafo Terceiro: A contratante disporá de blocos de guias para autorizar qualquer tipo de serviço que desejar, ficando este bloco sob sua total responsabilidade."

"Cláusula 5ª: Dos Pagamentos.

O contratado cobrará da contratante valores máximos constantes das tabelas de convênio.

(...)

Parágrafo Quinto: O contratado cobrará como taxa administrativa 20% (vinte por cento) sobre o valor do serviço utilizado".

"Cláusula 6ª: Das Considerações Finais.

(...)

Parágrafo Terceiro: O contratado enviará um demonstrativo detalhando as utilizações com seus respectivos valores."

Os instrumentos contratuais que regulam as relações entre a recorrente e seus clientes decididamente não primam pelo rigor técnico-jurídico. Empregam-se termos e expressões sem obediência ao sentido técnico que possuem e falta, por vezes, clareza redacional, o que dificulta a compreensão. Sem prejuízo disso, com algum empenho, é possível depreender o que há de essencial na relação contratual.

Em primeiro lugar, a recorrente não é uma prestadora de serviços médicos ou hospitalares e nem se coloca como tal perante seus clientes. Sua vocação é, sim, a de prestar serviços – não os serviços de saúde propriamente ditos – mas serviços de administração dos custos em que seus clientes, pessoas jurídicas, incorrem para oferecer cobertura a seus funcionários.

São clientes da recorrente, ao que se supõe, empresas que *não* mantêm seguro ou plano de saúde em favor dos seus funcionários ou, ao menos, empresas cujos contratos com seguradoras ou operadoras de planos de saúde oferecem cobertura limitada, e que, não obstante, pretendem custear total ou parcialmente o atendimento médico e/ou paramédico a seus colaboradores.

Então, por meio de contratos como este, tais empresas se servem de uma *expertise* que não têm para gerenciar tais dispêndios. Por meio do instrumento, o cliente delega à recorrente a incumbência de recrutar, no seu entorno, serviços hospitalares e médicos das mais variadas áreas de especialização, a fim de que, se e quando necessário, prestem atendimento a seus funcionários. No mesmo documento, convencionam também com a recorrente os valores máximos pelos quais a autorizam a ajustar com os profissionais e estabelecimentos de saúde o montante de seus honorários para os procedimentos incluídos na contratação.

Não há, para o cliente, a obrigação de remunerar a recorrente com prêmios ou mensalidades vencíveis a partir da contratação. Não é assim. O cliente custeará o próprio tratamento de saúde de seus colaboradores, *se e quando ele próprio, cliente, permitir a realização do procedimento*. É por isso, inclusive, que de acordo com o contrato-padrão, os blocos contendo as guias de autorização – com que os pacientes se identificarão perante os estabelecimentos de saúde credenciados – ficam em poder do cliente, a quem cabe preenchê-las a cada procedimento que autorizar.

Sempre, portanto, que o cliente encaminhar funcionários seus a hospitais, clínicas e profissionais pertencentes à rede credenciada da recorrente, lhe caberá o custeio dos respectivos procedimentos, pelos quais, todavia, pagará não os honorários comumente cobrados de particulares, mas aqueles previamente ajustados pela recorrente, em valor tendencialmente inferior. Afinal, como a recorrente mantém vínculo com toda uma carteira de empresas tomadoras de serviços de saúde, é de se supor que ela esteja, em relação aos prestadores, em posição privilegiada para a negociação de preços.

E aí, nas situações em que efetivamente usufruir dos serviços médicos postos à sua disposição, o cliente pagará à recorrente uma comissão – que o contrato denomina “taxa administrativa” – calculada na proporção de 20% sobre o montante dos honorários médicos na mesma ocasião devidos ao respectivo prestador. Além de remunerar as atividades de seleção e credenciamento do estabelecimento de saúde em que atendido o paciente, a comissão remunera também algumas comodidades oferecidas pela recorrente à empresa sua cliente. Entre elas, está a possibilidade de efetuar um só pagamento, em conta-corrente da recorrente, ainda que procedimentos hajam sido realizados em diversos estabelecimentos de saúde naquele mês: a recorrente se encarregará de distribuir a quantia entre os prestadores em correspondência ao valor devido a cada qual.

Este modo de proceder da recorrente não parece usual no mercado. Relativamente à atividade de seguradoras ou de operadoras de planos de saúde, seu método é marcadamente diferente. Enquanto a recorrente é remunerada em proporção ao valor do procedimento médico a que o beneficiário é submetido e, portanto, somente se e quando, por decisão dos próprios clientes, o atendimento ocorre, seguradoras e operadoras se caracterizam por receber de seus contratantes, pessoas físicas ou jurídicas, remunerações mensais não vinculadas à realização de consultas, tratamentos ou internações. Usuários de seguros e planos de saúde transferem o risco do custeio dos procedimentos aos quais, eventualmente, se

sujeitarão, à companhia a quem pagam inclusive quando não fruem serviço algum. É flagrante o caráter aleatório (e não comutativo) do contrato que os une.

Dúvida não há de que a receita mensal da companhia de seguros e da operadora de planos de saúde é constituída pela soma das mensalidades (prêmios) recebidas de seus conveniados. O montante destes ingressos lhes pertence integralmente, eis que não constitui contraprestação por serviços de saúde e tampouco será diretamente destinado à remuneração de terceiros prestadores.

Nesse sentido, acórdão do STF em julgado da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em ocasião em que se discutia a incidência de ISS sobre as atividades de seguro-saúde:

“Os valores recebidos pela apelante do cliente não se destinam ao pagamento da prestação de qualquer serviço médico, hospitalar ou similar.

Ao contrário, supondo-se que estes serviços possam eventualmente não ser jamais prestados, pois como ocorre com qualquer empresa do ramo de seguro, a lucratividade do investimento está determinada por uma relação atuarial entre o valor dos pagamentos recebidos e a frequência com que é demandada a empresa ao pagamento dos custos e riscos segurados.

(...)

*O contrato é aleatório e não comutativo. Enquanto as taxas ou mensalidades são devidas pela mera celebração do contrato, o risco situa-se no plano da mera possibilidade de vir a ser devido, se ocorrido o evento previsto no contrato”*⁷.

Também esta é a solução legal, no que se refere à base de cálculo de PIS e de COFINS das seguradoras e das operadoras de planos de assistência à saúde. Refiro-me aos §§ 6º e 9º do artigo 3º, da Lei nº 9.718/98, no que autorizam a classe de sujeitos passivos em questão a, justamente, deduzir da base de cálculo das exações o valor das indenizações por eles pagas em virtude da ocorrência dos sinistros contratualmente previstos. Noutras palavras, os contribuintes calculam a base imponível do tributo a pagar subtraindo das mensalidades e prêmios recebidos o custo dos procedimentos médicos incorridos. Pois se para que fosse assim foi preciso editar comando normativo, é porque a receita destas entidades é, de fato, composta pela integralidade dos ingressos que arrecadam.

A exemplo das seguradoras e das operadoras de planos, a recorrente também não é, ela própria, prestadora dos serviços médicos fruídos pelos empregados de seus clientes. E nem poderia sê-lo, dado que, ao que depreendo, lhe falta habilitação técnica para tanto. O papel da recorrente está tão-só em administrar o custeio do serviço, o que a posiciona entre o efetivo prestador e o efetivo usuário. Sua figura, entretanto, não prejudica a existência de uma relação diretamente estabelecida entre estes dois extremos: quem presta a assistência médica ou hospitalar é o médico ou hospital credenciado e que dela usufrui são os funcionários das empresas-clientes.

⁷ RE nº 115 308-3, julgado em 17.05.1988.

Nenhuma disposição legal ou prática comercial veda que um terceiro, alguém que não seja o próprio destinatário, pague com ou sem reembolso, pela prestação de serviços endereçada a outra pessoa por ele designada. Isso, com efeito, *"não altera a relação entre o prestador de serviço e o seu cliente, pois esta relação independe de quem paga. Sempre tais profissionais prestam serviços em nome e sob responsabilidade própria"*⁸.

Parece-me, ainda, que entre o contrato firmado entre a recorrente e seus clientes, de um lado, e o(s) contrato(s) existentes entre aquela e os estabelecimentos integrantes da rede, de outro, haja um vínculo de interdependência. A existência do primeiro é que dá causa aos segundos e estes, a sua vez, somente se explicam tanto do ponto de vista jurídico como econômico em razão da contratação daquele.

Mais do que isso: o que excede ao montante da comissão devida à recorrente tem natureza de contraprestação pelo serviço médico propriamente dito e, sendo assim, é destinado integralmente, sem qualquer redução, ao respectivo prestador. Tanto é verdade que o contrato-padrão entre recorrente e seus clientes prevê a posse das guias de autorização pela própria contratante e, mais importante, exclui período de carência na fruição dos serviços: pudera, quem concorre para custeá-los é o próprio cliente, com recursos seus, e não a recorrente.

Diria que um instrumento contratual com tais características reúne aspectos que em grande medida o aproximam do contrato de comissão, à época dos fatos somente disciplinado pelo hoje revogado Código Comercial (arts. 165 a 190). É certo que o contrato típico tinha por objeto a compra e venda de bens e, a figura em exame, a prestação de serviços, mas, com esta ressalva, no mais, as identidades são muitas.

Explica Orlando Gomes que, "pelo contrato de comissão, obriga-se alguém a vender ou comprar bens em seu próprio nome, mas por conta de outrem, em troca de certa remuneração". O comissário, prossegue o tratadista, "não é gestor de negócios do comitente, nem seu procurador, posto conclua os negócios por conta deste e no seu interesse. Para que haja comissão, necessário se torna que o comissário realize operações em seu próprio nome, sendo, portanto, imperfeita a representação". Assim, como o contrato é concluído no interesse do comitente, "deve ele suportar as despesas da operação. Tem, assim, o comissário o direito a ser reembolsado das que efetuou, salvo estipulação em contrário"⁹.

Tal qual o comissário, a recorrente se obriga perante seus clientes a realizar a contratação de terceiros: no seu caso, serviços de assistência à saúde. Conclui estes negócios em nome próprio, porém, à conta das empresas e de acordo com as condições convencionadas no instrumento-padrão. A recorrente não é, portanto, representante ou mandatária de seus clientes. Sem prejuízo, porque o negócio interessa a eles – e não diretamente a ela – tem direito a ver-se reembolsada pelo que eventualmente antecipar aos prestadores, no pagamento de seus honorários profissionais. Em suma, *"posto aja em nome próprio, na verdade representa interesses alheios, substituindo a quem poderia curá-los pessoalmente, tomando lugar de quem não os quer gerir ostensivamente"*¹⁰.

Daí que, tanto quanto se dá na comissão, a recorrente tem direito a uma remuneração, remuneração esta que não inclui o custeio dos serviços cuja contratação lhe foi

⁸ RE nº 115.308-3, voto do ilustre Ministro Néri da Silveira.

⁹ *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 357 e SS.

¹⁰ GOMES, ORLANDO. Ob. cit., p. 358.

encomendada, mas uma apenas uma *"percentagem sobre o valor do negócio"*¹¹. Não vejo, assim, como prosperar o argumento do v. acórdão recorrido, de acordo com o qual a circunstância de a recorrente celebrar em seu nome os contratos de credenciamento com as instituições de saúde, haveria de se considerar receita sua aquilo que seus clientes lhe entregam para destinação a estes terceiros.

Também não tem pertinência com o caso a alusão ao inciso III, do §2º, do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 e a sua alegada inaplicabilidade por falta de regulamentação. O dispositivo – revogado em junho de 2000 pela Medida Provisória nº 1.991-18 – continha previsão segundo a qual *"os valores que, computados como receita, tenham sido transferidos para outra pessoa jurídica, observadas as normas regulamentadoras expedidas pelo Poder Executivo"* eram dedutíveis da base de cálculo da COFINS e do PIS.

Apegando-se à parte final da redação, procurou sustentar a DRJ recorrida, inclusive com apoio no AD nº 56/00, da SRF, que não tendo sido expedida a regulamentação a que o preceito refere, a regra nele contida não teria tido eficácia durante o período em que vigorou. Não discuto o argumento em si. Discuto, sim, que a procedência da impugnação e, agora, do recurso, estivessem na dependência da aplicação deste dispositivo.

A base impositiva da contribuição ao PIS e da COFINS, nos termos da Lei nº 9.718/98, é composta por verbas que, caracterizando-se como receitas, não se incluem dentre as hipóteses de exclusão taxativamente enunciadas pelo diploma. Significa que, para compor a base de cálculo dos tributos, é preciso que o ingresso primeiro se subsuma ao conceito de receita e, em seguida, que não se inclua dentre as receitas albergadas por norma isentiva.

O dispositivo citado pelo aresto recorrido contém norma isentiva, quer dizer, prescreve sejam determinadas receitas excluídas da base de cálculo. A literalidade do preceito, aliás, não deixa margem à dúvidas, posto que refere textualmente a supressão de valores que, *"computados como receita"*, tenham sido transferidos a terceiros. Entender de outra forma, a propósito, significaria esvaziar por inteiro a própria utilidade do comando, o que bem se sabe não ser de boa técnica hermenêutica. Se o ingresso a que alude a regra sequer se incluísse no conceito de receita, estaria desde logo e independentemente de enunciação expressa à margem da incidência tributária. A norma em questão, posta no §2º do artigo 3º, tratava, pois, de excluir da incidência valores rotuláveis de *"receitas"*.

Desta forma, aquilo que sequer receita é está alheio à hipótese de incidência, já por não perfazê-la, prescindindo-se, portanto, do exame de abrangência e de auto-aplicabilidade de normas isentivas.

São fartos os estudos doutrinários segundo os quais só é receita o ingresso cuja propriedade é adquirida pelo sujeito de direito ou melhor, de que não seja mero depositário ou cujo recebimento não acarrete, para ele, concomitante correspondência no passivo. Relembre-se, por exemplo, a clássica conceituação de Aliomar Baleeiro: *"Receita pública é a entrada que, integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo"*¹².

No mesmo sentido, respectivamente, Eduardo Bottallo e Bulhões Pedreira:

"(...) os contribuintes dos tributos citados têm o direito de não considerar, como receitas próprias, valores que apenas

¹¹ GOMES, ORLANDO. Ob. cit., p. 358.

¹² Uma introdução à ciência das finanças. Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., p. 130.

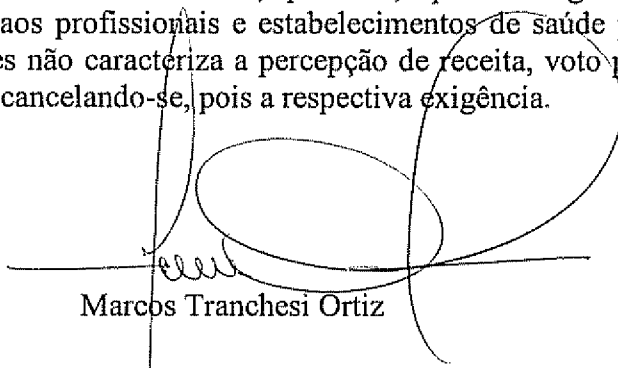
transitam por seus livros fiscais, sem representar, entretanto, acréscimo patrimonial. Tal é o caso, v.g., dos montantes a eles repassados para satisfação de despesas incorridas por conta e ordem de terceiros, ou para pagamento, aos efetivos prestadores, de serviços por eles apenas intermediados"¹³

*"Receita é a quantidade de valor financeiro, originário de outro patrimônio, cuja propriedade é adquirida pela sociedade empresária ao exercer as atividades que constituem a fonte do seu resultado."*¹⁴

E, finalmente, Ricardo Mariz de Oliveira:

*"(...) receita é um acréscimo de direito para o respectivo adquirente que não atribua a terceiro qualquer direito contra o adquirente daquele primeiro direito"*¹⁵

Por entender, portanto, que os ingressos obtidos pela recorrente para destinação aos profissionais e estabelecimentos de saúde prestadores de serviços fruídos por seus clientes não caracteriza a percepção de receita, voto pelo provimento integral do recurso voluntário, cancelando-se, pois a respectiva exigência.



Marcos Tranchesi Ortiz

¹³ Empresas prestadoras de serviços de recrutamento de mão-de-obra temporária e base de cálculo do ISS. *RDDT* 5:16.

¹⁴ *Finanças e demonstrações financeiras da companhia*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 455.

¹⁵ *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, p. 104.

