



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

Processo n° 13063.000690/2008-70
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3202-000.983 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2013
Matéria PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PIS/COFINS. EXCLUSÕES DA BASE DE CÁLCULO.
Recorrente UNIMED SANTA ROSA SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇO MÉDICO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2003 a 31/08/2007

Ementa:

NULIDADE DA DECISÃO DA DRJ. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

Não é nula a decisão que obedeceu aos ritos do Decreto n° 270.235/72 que regula o Processo Administrativo Fiscal, ainda mais quando não se vislumbra nos autos qualquer prejuízo ao princípio da ampla defesa, que foi plenamente observado pelas autoridades fiscal e julgadora e exercitada plenamente pelo interessado, tanto na peça impugnatória quanto no recurso voluntário. Não caracteriza cerceamento do direito de defesa o indeferimento fundamentado do pedido de perícia contábil que o julgador entenda prescindível para o deslinde da questão.

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. A lavratura do auto de infração com observância dos requisitos legais e a entrega ao contribuinte dos demonstrativos nele mencionados, por meio de termo de constatação fiscal, dando-lhe conhecimento do inteiro teor do ilícito que lhe foi imputado, inclusive dos valores e cálculos considerados para determinar a matéria tributada, descaracterizam cerceamento do direito de defesa.

CONTESTAÇÃO, ALEGAÇÕES GENÉRICAS. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. EQUIPARAÇÃO.

Considera-se não impugnada a matéria que não tenha sido contraditada de forma pontual, sobre a qual o recorrente se restringe a fazer afirmações genéricas, sem atacar diretamente a questão de fato ou de direito. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA.

Improcedente é a alegação de decadência dos lançamentos anteriores a agosto de 2003, uma vez que, ao contrário do que afirma a Recorrente, os autos de infração não exigem nenhuma competência anterior a agosto de 2003.

CONCOMITÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO. OBEDIÊNCIA AO DECIDIDO PELO JUDICIÁRIO.

Conforme estatui a Súmula CARF nº 1, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

No cumprimento do julgado administrativo, cabe à autoridade fiscal observar, também, as decisões judiciais vigentes que, eventualmente, prejudiquem a cobrança do crédito tributário lançado, com suspensão da exigibilidade, por força de ordem judicial.

PIS. COFINS. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÕES PRÓPRIAS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE, LEI Nº 9.718/98, ART. 3º, § 9º, III. LEI Nº 12.876/2013. ART. 106, I, DO CTN.

Configuram indenizações de eventos ocorridos, para o efeito da dedução da base de cálculo prevista no art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98, os pagamentos realizados pelas cooperativas para terceiros (tais como médicos, clínicas, hospitais e laboratórios credenciados), para suportar os atendimentos (tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, cirurgias, terapias etc), a que deram causa os usuários dos planos de saúde independente de se tratar de usuários da própria operadora ou de outras operadoras, desde que tenham sido efetivamente pagos, reduzidos dos valores reembolsados pelas outras operadoras. Interpretação essa expressamente fixada pela superveniente Lei nº 12.876/2013, que criou o § 9º-A do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, que se aplica ao caso dos autos, nos termos do art. 106, I, do CTN. Precedentes do CARF.

Recurso Voluntário parcialmente não conhecido; na parte conhecida, dar parcial provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário; na parte conhecida, dar provimento parcial ao recurso. Acompanhou o julgamento, pela recorrente, o advogado Rafael Lima Marques, OAB/RS 46.963.

Irene Souza da Trindade Torres – Presidente

Thiago Moura de Albuquerque Alves – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres Oliveira, Gilberto de Castro Moreira Junior, Charles Mayer de Castro Souza, Luis Eduardo Garrossino Barbieri, Tatiana Midori Migiyama e Thiago Moura de Albuquerque Alves.

Relatório

O presente litígio, consoante relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, fl. 1112, decorre da lavratura de três autos de infração distintos, a saber :

a) o primeiro formalizou a exigência de PIS, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 156.561,98, referente a fatos geradores entre 31/08/2003 e 31/08/2007. Esse valor (principal) foi acrescido de juros moratórios. O crédito tributário encontrava-se com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial proferida pelo STJ nos autos do processo nº 2001.71.00.015760-8 da 7ª Vara Federal de Porto Alegre (art. 151, incisos II e IV do CTN). Constou base legal. Houve ciência em 29/08/2008;

b) o segundo formalizou a exigência de COFINS, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 988.544,62, referente a fatos geradores entre 31/08/2003 e 31/08/2007. Esse valor (principal) foi acrescido de juros moratórios. O crédito tributário encontrava-se com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial proferida pelo STJ nos autos do processo nº 2001.71.00.006746-2 da 6ª Vara Federal de Porto Alegre (art. 151, incisos II e IV do CTN). Constou fundamentação legal. Houve ciência em 29/08/2008;

c) o terceiro formalizou a exigência de COFINS, com intimação para recolhimento do valor de R\$ 20.260,94, referente a fatos geradores entre 31/01/2005 e 31/08/2007. Esse valor (principal) foi acrescido de juros moratórios. O crédito tributário encontrava-se com a exigibilidade suspensa por força de decisão judicial proferida pelo STJ nos autos do processo nº 2001.71.00.006746-2 da 6ª Vara Federal de Porto Alegre (art. 151, incisos II e IV do CTN). Constou fundamentação legal. Houve ciência em 29/08/2008.

Cientificada da lavratura dos autos de infração, a contribuinte apresentou impugnação, advogando a nulidade ou a improcedência da autuação.

Apreciando a defesa da impugnante ora recorrente, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Porto Alegre – DRJ/POÁ julgou manteve o lançamento integralmente, pelas fundamentações resumidas na ementa abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2003 a 31/08/2007

*AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.
CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.*

Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

PAD. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL.

A proposição de ação judicial, antes ou após o início da ação fiscal, importa na renúncia de discutir a matéria objeto da ação judicial na esfera administrativa, uma vez que as decisões judiciais se sobrepõem às administrativas, sendo analisados apenas os aspectos do lançamento não abrangidos pela ação mandamental.

REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. PEDIDO GENÉRICO.

Considera-se não formulado pedido genérico de diligência, por desatender a dispositivo legal que requer indicação de quesitos sobre matéria objeto de discordância.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/2003 a 31/08/2007

JUROS DE MORA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA.

Os juros de mora são cabíveis seja qual for o motivo determinante da falta, ainda que o crédito tributário esteja com a exigibilidade suspensa.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Não conformada com o acórdão recorrido (fls. 1.111), a cooperativa interpôs recurso voluntário, pedindo que fosse anulada a decisão da DRJ, porque o indeferimento da diligência solicitada implicaria em cerceamento do seu direito de defesa.

A recorrente pediu, também, que fosse anulado o auto de infração, pois, na sua ótica, este não permitiria a exata compreensão da controvérsia.

No mérito, a contribuinte pediu que fosse reconhecida a decadência dos créditos tributários anteriores a agosto de 2003, além da improcedência total do lançamento, considerando que esse procedimento da autoridade fiscal teria violado o ato cooperativo e utilizado a receita bruta como base de cálculo do PIS/COFINS, a qual foi declarada inconstitucional pelo STF – ambos os temas discutidos em ações judiciais das quais a recorrente é parte.

Sustenta, ainda, que houve glosa indevida de deduções sobre provisões técnicas, permitidas pelo art. 3º, § 9º, II, da Lei nº 9.718/98 e que foram incluídos valores na base de cálculo do PIS/COFINS, cuja exclusão seria autorizada pelo art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98.

Por fim, a cooperativa pede seja destacado que os autos de infração foram lavrados com exigibilidade suspensa, por força de ordem judicial, de modo a evitar que os lançamentos sejam remetidos para cobrança depois do julgamento definitivo do caso pelo CARF.

O processo digitalizado foi distribuído e, posteriormente, encaminhado a este Conselheiro Relator na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Thiago Moura de Albuquerque Alves, Relator.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade devendo, portanto, ser conhecido.

Preliminar: ausência de nulidade da decisão da DRJ

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao mérito do presente litígio, faz-se necessário apreciar o pedido de nulidade da decisão da DRJ-POA, porque não teria deferido a diligência postulada pela Recorrente.

A preliminar suscitada pelo Recorrente não deve prevalecer, pois foi correto o indeferimento, pela DRJ/POA, da diligência formulada sem atender ao disposto nos art. 35 e 36 do Decreto nº 7.574/2011 (PAF). *In verbis*:

Art. 35. A realização de diligências e de perícias será determinada pela autoridade julgadora de primeira instância, de ofício ou a pedido do impugnante, quando entendê-las necessárias para a apreciação da matéria litigada. (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 18, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 9 de dezembro de 1993, art. 1º)

*Art. 36. A impugnação mencionará as diligências ou perícias que o sujeito passivo pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a **formulação de quesitos** referentes aos exames desejados, e, no caso de perícia, o nome, o endereço e a **qualificação profissional de seu perito deverão constar da impugnação**. (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 16, inciso IV, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, art. 1º).*

Efetivamente, em sua manifestação de inconformidade (fl. 1.071), a Recorrente pediu a realização de diligência, a fim de que fosse comprovado, que não se discutiu na ação judicial nº 2001.71.00.006746-2 a questão da possibilidade de as operadoras de planos de assistência à saúde poderem deduzir da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP e COFINS, o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pago, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades (art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98, na redação dada pela MP nº 2.158-35/2001).

No entanto, a referida diligência é desnecessária para a apreciação da matéria litigada, uma vez que os limites da ação judicial nº 2001.71.00.006746-2 são comprovados pelo exame das cópias das principais peças do processo judicial juntadas aos autos (fl. 708 e

Além disso, a Recorrente não formulou os quesitos referentes aos exames desejados, e, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito, na sua impugnação, o que desatende o art. 16, IV, do antigo PAF (art. 36 do novo PAF).

Destarte, rejeito a preliminar de nulidade do acórdão da DRJ/POA, por inexistir, *in casu*, cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Preliminar: ausência de nulidade do auto de infração

Adentrando no mérito do recurso, também deve ser **rejeitada** a pretensão do contribuinte de ver decretada a nulidade da autuação, porque esta, supostamente, não permitia entender o objeto da autuação.

Diferentemente do asseverado pela cooperativa, as três autuações ora julgadas foram devidamente lavradas, havendo, inclusive, o *Termo de Constatação Fiscal de PIS e COFINS*, fl. 971/ss, que didaticamente explica as razões dos lançamentos, inclusive em relação ao método de rateio da tributação das Outras Receitas-grupo 33, “já que não foi possível identificar na escrita contábil os custos com associados e os custos com não associados vinculados a essas receitas” (fl. 989).

Ademais, o fato de a impugnação e o recurso voluntário contestarem item a item o mérito de cada lançamento revela que os autos de infração são precisos quantos aos seus fundamentos jurídicos e factuais.

Mérito: ausência de decadência

Igualmente **improcedente** é a alegação de decadência dos lançamentos anteriores a agosto de 2003, uma vez que, ao contrário do que afirma a Recorrente, os autos de infração não exigem nenhuma competência anterior a agosto de 2003, conforme afirmou o Termo de Constatação Fiscal de PIS e COFINS (fls. 791 e ss.) e o acórdão recorrido da DRJ/POA (fls. 1.111/1.121). Leia-se respectivamente:

Informamos, todavia, que devido à superveniência da Súmula Vinculante STF nº 08, de junho de 2008, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, não foram objeto de verificação/apuração os débitos de PIS e da COFINS relativos aos períodos de apuração 01/2001 a 07/2003, por estarem atingidos pela decadência.

Visto que o contribuinte tomou ciência dos lançamentos em 29/08/2008 e que não foram exigidos valores anteriores ao fato gerador 31/08/2003, conclui-se que não ocorreu a decadência de nenhum dos períodos apurados.

Mérito: concomitância parcial comprovada

No que diz respeito a improcedência da cobrança do PIS/COFINS sobre atos cooperativos, alegando-se a vigência de isenção, prevista no art. 6º da LC nº 9.718/98, ou não incidência pela própria natureza jurídica do conceito de ato cooperativo, além da inconstitucionalidade da incidência sobre a receita bruta, disposta no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, irretocável o acórdão recorrido da DRJ/POA, quando afirma que tais matérias não podem ser apreciadas, porque os citados temas são, concomitantemente, discutidos no Judiciário, no Mandado de Segurança Coletivo nº 92.0010800-8 (COFINS), na Ação ordinária nº 2001.71.00.006746-2 (COFINS), na Ação Ordinária nº 97.00.03014-8(PIS) e na Ação Ordinária nº 2001.71.00.015760-8 (PIS), relacionadas às fls. 971 e ss.

Deveras, também nessa parte, o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência dominante do colendo CARF, consolidada na Súmula CARF nº 1:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Note-se, por oportuno, que não é verdadeiro o argumento constante do Recurso Voluntário, de que a Ação ordinária nº 2001.71.00.006746-2 e a Ação Ordinária nº 2001.71.00.015760-8 (PIS) não discutem a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Basta ler as fls. 715/717 (inicial), as fls. 751/754 (acórdão do TRF/4) e as fls. 1.178/1.180 (inicial) para verificar o contrário.

Por esse motivo, merece ser **não conhecido** o Recurso Voluntário quanto a não incidência do PIS/COFINS sobre atos cooperativos ou receitas diversas do faturamento, com base na Súmula CARF nº 1.

Entretanto, tem razão a Recorrente, na parte em que afirma ter incorrido em equívoco o acórdão da DRJ-POA, supondo que algumas questões faziam parte das mencionadas ações judiciais.

Com efeito, diversamente do que assentou o acórdão recorrido, as indigitadas ações judiciais não tratam das matérias relativas à incidência indevida de PIS/COFINS sobre receitas expressamente dedutíveis, por força do art. 3º, § 9º, incisos II e III, da Lei nº 9.718/98.

Por isso, passo a apreciar tais assuntos sob essa exclusiva perspectiva.

Mérito: aplicação do art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98 e contratos com co-participação

Debate-se, neste ponto, sobre a possibilidade ou não de dedução da base de cálculo prevista no art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98, dos pagamentos realizados pelas cooperativas para terceiros (tais como médicos, clínicas, hospitais e laboratórios credenciados), para suportar os atendimentos (tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, cirurgias, terapias etc), a que deram causa os usuários dos planos de saúde independente de se tratar de usuários da própria operadora ou de outras operadoras, reduzidos, evidentemente, dos valores reembolsados pelas outras operadoras.

De acordo com a fiscalização autuante (fl. 982), a dedução prevista no art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98 aplica-se só as indenizações pagas em relação às despesas com o atendimento de clientes/associados de outras operadoras de planos de saúde, que tenham sido superiores ao custo do valor recebido a título de transferência de responsabilidade.

Para a autuação, o art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98 não abrange as indenizações pagas para fazer frente aos custos com terceiros em prol de associados ou clientes/beneficiários da própria UNIMED, o que fez com que fossem glosadas as deduções a esse título.

Ao seu turno, na perspectiva da Recorrente, a glosa efetuada constitui distinção não contemplada pelo indicado dispositivo legal.

O deslinde da controvérsia passa pelo exame do art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98 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)

[...]

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)

Como se observa do inciso III, a dedução do PIS/COFINS é autorizada sobre as indenizações auferidas, diminuídas das quantias recebidas a título de *transferência de responsabilidade*. Como exemplifica o caso dos autos, a partir do texto do enunciado legal, tem-se delineado duas interpretações no âmbito dos debates tributários judiciais e administrativos.

A primeira delas seria a de que todas as indenizações pagas, correspondentes aos eventos ocorridos, sejam excluídas da base de cálculo do PIS/COFINS, devendo, todavia, as operadoras de planos de assistência à saúde abaterem desse valor, **se for o caso**, as importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades.

Nesse sentido, orienta-se a recente jurisprudência da 3ª Seção do CARF, como se observam das ementas abaixo:

PIS/COFINS. COOPERATIVAS DE SERVIÇOS MÉDICOS. DEDUÇÕES DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE. APLICAÇÃO. ART. 3º, § 9º, III, DA LEI 9.718/98. INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES AOS EVENTOS OCORRIDOS. CONCEITO. ALCANCE.

Configuram indenizações de eventos ocorridos, para o efeito da dedução da base de cálculo prevista no art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98, os pagamentos realizados pelas cooperativas para terceiros (tais como médicos, clínicas, hospitais e laboratórios credenciados), para suportar os atendimentos (tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, cirurgias, terapias etc), a que deram causa os usuários dos planos de saúde independente de se tratar de usuários da própria operadora ou de outras operadoras, desde que tenham sido efetivamente pagos, reduzidos dos valores reembolsados pelas outras operadoras.

(PAF nº 13063.000694/200858. Acórdão nº 3403002.049 – 4ª Câmara / 3ª Turma/3ª Seção Ordinária. Relator IVAN ALLEGRETTI. Julgado em abril/2013)

COOPERATIVAS MÉDICAS PIS/COFINS MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.158/35 POSSIBILIDADES DE EXCLUSÃO INDENIZAÇÕES REFERENTES A EVENTOS OCORRIDOS CONCEITO Grande polêmica alcança a exclusão de base de cálculo prevista no inciso III, § 9º, artigo 2º da MP 2.15835, que assim determina: “III — o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pagos, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades”. Este dispositivo diverge, por consectário lógico, não equivale ao inciso “I”, que possibilita a exclusão de valores repassados para as congêneres contratadas com transferência de responsabilidade. O inciso “III” permite a exclusão dos valores repassados aos credenciados, sem transferência de responsabilidade, que ao invés de receberem valores fixos mensais, recebem indenizações por eventos efetivamente ocorridos. Em nenhuma hipótese se permite a exclusão da base de cálculo de valores referentes à rede própria.

(...)

(Acórdão nº 3302001.765, PA nº 13971.002373/2004-11, Rel. Cons. FABÍOLA CASSIANO KERAMIDAS, j. 21/08/2012)

A segunda exegese, capitaneada pela COSIT e acolhida pelo acórdão recorrido, somente aceita a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS a indenizações pagas, correspondentes aos eventos ocorridos, **quando for o caso de transferência de responsabilidades**. Confira-se a Solução de Consulta COSIT nº 06/2010:

Solução de Consulta COSIT nº 06, de 8 de novembro de 2010 (ação judicial):

EMENTA: O disposto no inciso III do § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, não permite que as operadoras de planos de assistência à saúde deduzam da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep as despesas e custos operacionais relacionados com os atendimentos médicos realizados em seus próprios beneficiários (clientes), por meio de estabelecimento próprio ou pela rede conveniada/credenciada de profissionais e empresas da área de saúde, visto que tais contribuições incidem sobre o faturamento (receita bruta) mensal e não sobre o resultado. O inciso III do § 9º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, somente autoriza as operadoras de planos de assistência à saúde a deduzirem da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep o valor correspondente às indenizações efetivamente pagas por uma operadora, referente aos atendimentos médicos efetuados em beneficiários (clientes) pertencentes à outra operadora de plano de assistência à saúde, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidade.

Depois de muito refletir sobre o tema, entendo que a melhor exegese do art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/1998 é aquela que autoriza a exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS de todas as indenizações pagas pela Recorrente a terceiros, seja em prol dos seus clientes seja em prol de clientes de outras operadoras de planos de saúde.

É que nessas hipóteses, onde o seu cliente ou o cliente de outra operadora de plano de saúde utiliza os serviços de terceiros, a referida norma jurídica qualificou esses dispêndios como sendo **indenizações correspondentes aos eventos ocorridos**.

Tanto isso é verdade que, quem defende a tese contrária, sustenta sua interpretação na parte final do inciso III do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/1998, a qual permite, por óbvio, que devem ser reduzidos do montante a ser excluído da base de cálculo os valores reembolsados pelas outras operadoras (“**transferência de responsabilidade**”).

Dito de outro modo: não houvesse a parte final do inciso III do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/1998 (parte, diga-se, extremamente importante, pois impede a exclusão da base de cálculo o custo da contribuinte já restituído por outra operadora de plano de saúde) dificilmente haveria divergência entre o contribuinte e o Fisco, de que as indenizações correspondentes aos eventos ocorridos abarcam todas as despesas pagas pela Recorrente a terceiros credenciados, em benefício dos seus clientes ou de clientes de outras operadoras de planos de saúde.

Ora, se a própria lei dispõe que tais valores são **indenizações** seria contraditório a mesma norma jurídica qualificar o indigitado montante como **receita**, conceito este completamente avesso à definição de reparação patrimonial.

É preciso ter em mente que a **indenização** possui relação com um bem do patrimônio, o qual deve ser tomado como referencial para identificação do acréscimo patrimonial em conjunto com a respectiva indenização, tomando-se como parâmetro a posição anterior.

In casu, a indenização recebida pela operadora de plano de saúde corresponde exatamente a perda patrimonial decorrente do pagamento a terceiros em prol de seus clientes ou dos clientes de outras operadoras.

Considerando que a reposição do *status quo ante* não pode ser conceituada como receita, é certo que a interpretação correta do inciso III do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/1998 vai ao encontro do pleito da Recorrente.

Nesse diapasão, independentemente dessas argumentações, vê-se que houve esclarecimento quanto à exclusão da base de cálculo do PIS e COFINS em relação a esses eventos – com o advento da Lei 12.876/2013 (publicada em 25.10.2013).

Tal lei clarifica, através do art. 19 – onde insere o § 9º-A ao art. 3º da Lei 9.718/98 -, o que segue:

“Art. 3º.....

§ 9º-A. **Para efeito de interpretação**, o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos de que trata o inciso III do § 9º entende-se o total dos custos assistenciais decorrentes da utilização pelos beneficiários da cobertura oferecida pelos planos de saúde, **incluindo-se neste total os custos de beneficiários da própria operadora e os beneficiários de outra operadora atendidos a título de transferência de responsabilidade assumida.**”

Ora, o novel § 9º-A do art. 3º da Lei 9.718/98 trouxe o esclarecimento de que o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos é o total dos custos assistenciais decorrentes da utilização pelos beneficiários da cobertura oferecida pelos planos de saúde, incluindo-se neste total os custos de beneficiários da própria operadora. Norma essa, manifestamente, interpretativa acerca do inciso III do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/1998, devendo, por isso, ser aplicada ao presente caso, por força do art. 106, I, do CTN, ao dispor que **“a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa”**.

A rigor, a exclusão do valor pago a terceiros em prol de clientes de outras operadoras já se enquadra na expressão “co-responsabilidade cedidas”, contida no inciso I do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/1998. *In verbis*:

§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;

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

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

É o que didaticamente explica o seguinte julgado da lavra da Ilma. Conselheira FABÍOLA KERAMIDAS:

COOPERATIVAS MÉDICAS PIS/ COFINS MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.15835 POSSIBILIDADES DE EXCLUSÃO CO-RESPONSABILIDADE CEDIDA CONCEITO Nas operadoras de planos de saúde OPS entende-se por despesas decorrentes de “co-responsabilidade cedidas” aquelas resultantes dos valores pagos à outras operadores para que estas façam o atendimento de seus beneficiários, sendo que neste caso ocorre a transferência de responsabilidade ou transferência de risco para esta segunda operadora que vai atender os beneficiários. Em outras palavras, trata-se de valor mensal, pago a operadoras contratadas chamadas congêneres para estas assumirem a responsabilidade pela cobertura de assistência à saúde de determinados grupos de beneficiários ou usuários dos planos de saúde da OPS contratante.

COOPERATIVAS MÉDICAS PIS/ COFINS MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.15835 POSSIBILIDADES DE EXCLUSÃO INDENIZAÇÕES REFERENTES A EVENTOS OCORRIDOS CONCEITO Grande polêmica alcança a exclusão de base de cálculo prevista no inciso III, §9º, artigo 2º da MP 2.15835, que assim determina: “III — o valor referente às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pagos, deduzido das importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades”.

lógico, não equivale ao inciso “I”, que possibilita a exclusão de valores repassados para as congêneres contratadas com transferência de responsabilidade. O inciso “III” permite a exclusão dos valores repassados aos credenciados, sem transferência de responsabilidade, que ao invés de receberem valores fixos mensais, recebem indenizações por eventos efetivamente ocorridos. Em nenhuma hipótese se permite a exclusão da base de cálculo de valores referentes à rede própria.

[PAF nº 13971.002373/2004-11. Acórdão nº 3302001.765 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária/3ª Seção. Rel. FABÍOLA KERAMIDAS. Julgado em 21 de agosto de 2012].

Ademais, conforme explica a própria autuação, na modalidade de co-participação, a empresa Recorrente vende planos de saúde, cobrando do contratante do plano um valor fixo a título de mensalidade e outro valor variável em função da efetiva utilização dos serviços por parte da contratante, valor esse denominado de *co-participação* do usuário, que corresponde a um percentual a ser pago sobre o valor das consultas, exames internações etc (fl. 986).

Na interpretação da fiscalização, “tanto a parte fixa quanto a parte variável ingressam nos cofres da UNIMED e representam receita da empresa”, sendo, por essa razão, que fez incidir o PIS/COFINS sobre o referido montante.

Todavia, é justamente para evitar tal distorção na cobrança de PIS/COFINS das operadoras de saúde, que foi permitida a dedução de indenizações, alusivas aos pagamentos destinados a terceiros, no termos do art. 3º, § 9º, III, da Lei nº 9.718/98, abatidos das importâncias já ressarcidas por outras operadoras de plano de saúde, no âmbito das *co-participações cedidas*.

Em suma: merece ser provido o Recurso Voluntário, para reconhecer a improcedência do lançamento, na parte em que não efetuou a dedução prevista no inciso III do art. 3º, § 9º, da Lei nº 9.718/98, referente aos pagamentos realizados pelas operadoras de planos de saúde aos terceiros credenciados – tais como médicos, laboratórios, clínicas e hospitais – em razão dos atendimentos realizados para a cobertura dos planos de saúde – tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc –, independente de se referirem a contratantes/associados da própria operadora ou de outra operadora de saúde, limitando-se aos valores efetivamente pagos, reduzidos, ainda, dos valores que sejam recuperados de outras operadoras de saúde.

Mérito: aplicação do art. 3º, § 9º, II, da Lei nº 9.718/98 para provisões técnicas. Alegação genérica que não infirma os fundamentos do lançamento.

Deve ser desprovido, por igual, o Recurso Voluntário, na parte em que defende que houve glosa indevida de deduções sobre provisões técnicas, permitidas pelo art. 3º, § 9º, II, da Lei nº 9.718/98.

É que o motivo da sobredita glosa, realizada pela fiscalização, não foi divergência de interpretação jurídica. Foi divergência fática encontrada entre os valores deduzidos e as importâncias registradas na escrita contábil, consoante se observa da fl. 983 dos autos, não tendo a Recorrente se desincumbido de apresentar nenhum contraponto a essa afirmação da auditoria fiscal.

Da suspensão da exigibilidade por força de ordem judicial

Por fim, o pedido recursal para que conste, na conclusão do presente julgado, tal como ocorreu na autuação fiscal, que o crédito tributário foi lavrado com exigibilidade suspensa por força de ordem judicial, merece ser acolhido para evitar eventuais equívocos no cumprimento do acórdão ora lavrado.

Conclusão

Ante o exposto, voto para:

- a) **Não conhecer parcialmente** o recurso voluntário, nos termos da Súmula CARF nº 01, no que diz respeito ao conceito de ato cooperativo e a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98, discutidos no Mandado de Segurança Coletivo nº 92.0010800-8 (COFINS), na Ação ordinária nº 2001.71.00.006746-2 (COFINS), na Ação Ordinária nº 97.00.03014-8(PIS) e na Ação Ordinária nº 2001.71.00.015760-8 (PIS);
- b) Conhecer o recurso voluntário para **rejeitar as preliminares** de nulidade do acórdão da DRJ/POA e de nulidade do auto de infração.
- c) Conhecer o recurso para **dar parcial provimento** ao recurso voluntário, para reconhecer a improcedência do lançamento, na parte em que não efetuou a exclusão da base de cálculo, prevista no inciso III do art. 3º, §§ 9º e 9º-A, da Lei nº 9.718/98, referente aos pagamentos realizados pelas operadoras de planos de saúde aos terceiros credenciados – tais como médicos, laboratórios, clínicas e hospitais – em razão dos atendimentos realizados para a cobertura dos planos de saúde – tais como consultas médicas, exames laboratoriais, hospitalização, terapias etc –, independente de se referirem a contratantes/associados da própria operadora ou de outra operadora de saúde, limitando-se aos valores efetivamente pagos, reduzidos, ainda, dos valores que sejam recuperados de outras operadoras de saúde.

Destaque-se, por fim, que, no cumprimento do julgado, a autoridade fiscal também deve observar o teor das decisões e a tramitação do Mandado de Segurança Coletivo nº 92.0010800-8 (COFINS), da Ação ordinária nº 2001.71.00.006746-2 (COFINS), da Ação Ordinária nº 97.00.03014-8(PIS) e da Ação Ordinária nº 2001.71.00.015760-8 (PIS), de modo a prosseguir ou não, conforme o caso, com a cobrança do crédito tributário lançado com suspensão da exigibilidade.

É como voto.

Thiago Moura de Albuquerque Alves

CÓPIA