



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

Processo n° 15758.000370/2008-27
Recurso n° 905.970 De Ofício
Acórdão n° 3302-01.224 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de setembro de 2011
Matéria Cofins
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SAÚDE ABC SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/12/2001 a 28/02/2003

COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO.

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

Recurso de Ofício Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva - Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco - Relator

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

Relatório

Trata-se de recurso de ofício contra o Acórdão nº 05-26.765, de 14 de setembro de 2009, da 3ª Turma da DRJ/CPS (fls. 625 a 632), cientificado em 24 de novembro de 2009, que, relativamente a auto de infração de Cofins dos períodos de dezembro de 2001 a dezembro de 2003, considerou procedente em parte o lançamento, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2001 a 31/12/2003

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Afastado, por inconstitucional, o prazo de dez anos para o lançamento das contribuições destinadas à Seguridade Social, a contagem do prazo decadencial rege-se pelo disposto no Código Tributário Nacional. Na hipótese em que não há recolhimento, o prazo decadencial de cinco anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cancela-se a parcela do crédito tributário lançada que já tenha sido extinta pelo transcurso do prazo decadencial.

OPERADORAS DE SAÚDE. EVENTOS. DESEMBOLSOS. DEDUTIBILIDADE.

Somente são dedutíveis, desde que comprovados, os desembolsos efetuados por operadoras de planos de saúde para indenizar seus conveniados por eventos realizados em associados de outra operadora, diminuídos do valor recebido a título de transferência de responsabilidade.

INCONSTITUCIONALIDADE. INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. COMPETÊNCIA.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, restringindo-se a instância administrativa ao exame da validade jurídica dos atos praticados pelos agentes do Fisco.

JUROS DE MORA. SELIC.

A aplicação de juros com base na taxa Selic decorre de lei, não tendo a autoridade administrativa competência para afastá-la.

Impugnação Procedente em Parte

O auto de infração foi lavrado em 19 de março de 2008, de acordo com o termo de fls. 171 e 172.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

Trata-se de impugnação a exigência fiscal relativa à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social -

Cofins, formalizada no auto de infração de fls. 176/184. O feito refere-se a fatos geradores ocorridos entre dezembro de 2001 e dezembro de 2003 e constituiu crédito tributário no total de R\$ 9.928.690,88 somados o principal, multa de ofício e juros de mora.

No TERMO DE VERIFICAÇÃO E CONSTATAÇÃO FISCAL de fls. 171/175, a autoridade autuante, ao relatar os fatos que motivaram o lançamento, aponta que o crédito exigido decorre, em resumo, de glosa de exclusões efetuadas pela contribuinte ao compor a base de cálculo da contribuição.

Diz a auditoria acerca da condução do procedimento fiscal após concluída a análise dos mapas de apuração da contribuição elaborados pela fiscalizada:

Com referência a essas Planilhas, após análises, comunicamos ao contribuinte que do total das exclusões que efetuou, foram aceitas a parte que se refere aos valores das Provisões Técnicas, Vendas Canceladas, Devoluções, que se encontram escrituradas no Livro Diário, sendo que o valor a maior que excluiu indevidamente, por contrariar a legislação vigente sobre o assunto, referentes às ""Contas Médicas pagas no mês, Medicamentos, Materiais Hospitalares"", serão glosados e será objeto de lançamento o relativo crédito tributário [...]

Em sua defesa, o contribuinte informou entender que o direito às exclusões que efetuou na base de cálculo do PIS e da Cofins no período fiscalizado a título de ""Contas Médicas pagas no mês, Medicamentos, Materiais Hospitalares"", encontra fundamento no artigo 3º, parágrafo 9º, inciso III, da Lei nº 9.718/98, acrescentado pela Medida Provisória 2.158-35 de 24/08/2001, razão pela qual deixou de apresentar qualquer medida judicial destinada a assegurar esse direito (fls. 83).

Entretanto, esse fato não lhe assegura o direito de deduzir da base de cálculo do PIS e da Cofins as exclusões que estamos glosando (...)

Com efeito, a COFINS e o PIS incidem sobre o faturamento, e não sobre o resultado (receitas menos custos) das pessoas jurídicas (Lei nº 9.718/98, art. 2º e 3º e legislação subsequente).

Cientificada da exigência em 19/03/2008, em 18/04/2008 a autuada interpôs a impugnação de fls. 193/234, acompanhada de documentação das folhas seguintes, na qual alega, em síntese:

a) o auto de infração é nulo por cerceamento do direito de defesa; isto porque a fiscalização teria ignorado, sem explicitar os motivos, a justificativa dada pela contribuinte de que as exclusões glosadas, contabilizadas sob as rubricas ""Contas Médicas pagas no Mês"", ""Medicamentos"" e ""Materiais Hospitalares"" corresponderiam, na verdade, a indenizações em função de eventos ocorridos pela transferência de responsabilidade de outras operadoras de planos de saúde; a

dedução desses dispêndios é autorizada pelo artigo 3º, §9º, inciso III, da Lei nº 9.718, de 1998;

b) na data da ciência do auto de infração (19/03/2008), já teria expirado o direito de a Fazenda Pública constituir parte do crédito tributário tendo em vista o transcurso do prazo de cinco anos contados dos fatos geradores, nos termos do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional;

c) há nulidades formais no lançamento; a autuação abrangeu também valores a título de receitas não-operacionais que não se incluem na base de cálculo do PIS e da Cofins conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal ao considerar inconstitucional o artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718, de 1998; também foram desconsiderados, na apuração dos valores devidos, os pagamentos efetuados por eventos realizados em associados de outras operadoras de planos de saúde, dedução autorizada pelo disposto no art. 3º, §9º, III da Lei nº 9.718, de 1998, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001;

Diz a interessada neste tópico:

A referida norma estabelece que as operadoras de planos de assistência à saúde poderão deduzir a diferença entre: (a) o valor das indenizações pagas em razão dos eventos ocorridos e (b) as importâncias recebidas de outras operadoras em razão de transferência de responsabilidade.

Todavia, por entender que somente poderiam ser deduzidos os eventos realizados em associados de outras operadoras, a auditoria fiscal glosou a totalidade dos valores deduzidos pela impugnante, lançando o respectivo crédito tributário.

Referido procedimento, todavia, padece de nulidade, pois acabou desconsiderando que, dentre os valores glosados, existem pagamentos referentes a eventos efetuados em associados de outras operadoras, que transferiram a responsabilidade pelo atendimento à impugnante. Esses valores, portanto, deveriam ter sido considerados pela auditoria na glosa da referida dedução, pois em consonância com o entendimento fiscal.

A fim de comprovar o alegado, a interessada refere-se ao instrumento de fls. 337/347, firmado com o Centro Trasmontano de São Paulo, pelo qual teria havido a transferência da responsabilidade pela prestação de serviços de assistência médica a associados desta para a impugnante, conforme reza a cláusula 3.2.4. Às fls. 349/389 anexa aos autos documentos, que diz escolhidos dentre um grande volume, que confirmariam os pagamentos, feitos pela autuada, de serviços prestados em eventos dos associados de outra operadora, no período da autuação em foco. Requer a interessada a realização de perícia contábil a fim de que seja confirmado o alegado e sejam respondidos os quesitos formulados às fls. 215/216.

d) não procede a glosa fiscal sobre a rubrica ""Contas Médicas pagas no mês"" efetuada sob o argumento de que a contribuição deve incidir sobre o faturamento e não sobre o resultado; isto porque o artigo 3º, §9º da Lei nº 9.718, de 1998, acrescentado pelo Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, prevê que;

Lei nº 9.718, de 1998:

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

.....

§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)

Continua a interessada:

Da redação do referido dispositivo, deduz-se que, dentre outras deduções da base de cálculo do PIS e da Cofins, as operadoras de plano de saúde poderão deduzir a diferença entre: (a) o valor das indenizações pagas em razão dos eventos ocorridos e (b) as importâncias recebidas de outras operadoras em razão de transferência de responsabilidade. (...)

Tem-se, portanto, que o minuendo resultante da subtração a que se refere o inciso III acima transcrito alcança os valores desembolsados por uma operadora de plano de saúde para indenizar seus conveniados, profissionais e empresas de saúde em razão de consultas, exames, internações, etc... realizados, ao passo que o subtraendo representa as quantias recebidas pela mesma operadora de outras operadoras, como ressarcimento pelo atendimento dos associados desta últimas.

Veja-se que a lei não faz distinção entre eventos realizados em associados da própria operadora de saúde e aqueles efetuados em associados oriundos de outras operadoras. Daí porque não caberia ao intérprete fazê-la, sob pena de ilegalidade.

(...) Assim, é ilegal e contrária à norma contida no artigo 3º, §9º, inciso III da Lei nº 9.718/98, acrescentado pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, a interpretação adotada pela fiscalização no presente caso, no sentido de se admitirem, para

efeito da dedução em questão, apenas os eventos relativos a associados de outras operadoras, tendo em vista que essa leitura impõe limitação não prevista na norma.(...)

e) é improcedente a glosa das exclusões realizadas a título de medicamentos e de materiais hospitalares; conforme disposto nos artigos 1º e 2º da Lei nº 10.147, de 2000, as receitas decorrentes das vendas de medicamentos e de materiais hospitalares não estão sujeitas à incidência do PIS e da Cofins em todas as fases subseqüentes à industrialização ou à importação desses produtos; trata-se da tributação monofásica desses produtos que incide de modo concentrado apenas no início da cadeia econômica em percentual superior ao normal, desonerando-se as fases subseqüentes de distribuição e venda de tais produtos;

Prossegue:

No presente caso, a impugnante, quando do faturamento relativo ao atendimento de seus pacientes e de associados de outras operadoras com quem mantinha contrato de transferência de responsabilidade, destacou todas as rubricas conforme a natureza da receita: contas médicas pagas no mês, drogas e medicamentos, material hospitalar, etc., conforme se observa dos anexos relatórios e balancetes (docs. 2 e 3).

(...) Assim, sendo passível o destaque dos respectivos valores, não há que se exigir PIS e Cofins sobre eles, pois se enquadram na hipótese do transcrito artigo 2º da Lei nº 10.147/2000, de redução a zero ""das alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador"".

f) é ilegal a utilização da taxa Selic com parâmetro para o cálculo dos juros de mora.

Nos termos da Resolução DRJ/Campinas nº 2.319, de 2008 (fls. 609/611), e tendo em vista a alegação da impugnante de que haveria dentre os valores glosados, pagamentos referentes a eventos efetuados em associados de outras operadoras, que lhe transferiram a responsabilidade pelo atendimento, os autos retornaram à unidade preparadora a fim de que aquela autoridade:

1. intimasse a contribuinte a elaborar, em relação ao período objeto da autuação, os demonstrativos que fossem necessários, que identificassem, por período de apuração, nos termos do art. 3º, §9º, inciso III da Lei nº 9.718, de 1998, os valores referentes às indenizações correspondentes aos eventos ocorridos, efetivamente pagos, assim como os valores referentes às importâncias recebidas a título de transferência de responsabilidades;

2. verificasse, por amostragem, a seu critério, a documentação pertinente que sustentasse os citados demonstrativos;

3. elaborasse relatório circunstanciado, apontando eventual repercussão do resultado da diligência sobre o lançamento de ofício;

4. cientificasse a interessada do teor desse relatório, abrindo-lhe novo prazo para que pudesse aditar sua impugnação, caso fosse de seu interesse.

5. restituísse os autos a esta unidade para prosseguimento, findo o prazo concedido à interessada.

Às fls. 619/620 consta a Informação Fiscal firmada pelo responsável pela execução da diligência relatando que o procedimento foi iniciado em 26/05/2009 tendo sido a contribuinte intimada e reintimada a atender a solicitação desta DRJ, sem apresentar qualquer resposta. Diz ainda o auditor que, mesmo depois de contatos telefônicos com o departamento jurídico da interessada, esta não manifestou interesse em atender o Fisco. Diante do silêncio da contribuinte, o procedimento foi encerrado e os autos retornaram a esta unidade para prosseguimento."

Conforme ementa já reproduzida, a DRJ reconheceu a decadência parcial do lançamento até fevereiro de 2003, recorrendo de ofício.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

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

Tratando-se de diferenças, a regra de decadência a ser aplicada é a do art. 150, § 4º, do CTN, à vista da inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, declarada pelo Supremo Tribunal Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 8.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento, como demonstra a ementa abaixo reproduzida (REsp 512840 / SP; Relatora: Ministra Eliana Calmon; DJ 23.05.2005 p. 194):

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

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

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

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

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

5. Recurso especial provido.

Portanto, tendo sido o auto de infração lavrado em 19 de março de 2008, restaram decaídos os períodos até fevereiro de 2003.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco