

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/ 60.582 /08	05/09/08	Claudia Rita Antunes 232.842-4	114

À FCCN,

Trata-se de recurso voluntário interposto em face da decisão de Primeira Instância Administrativa que julgou improcedente a impugnação, mantendo o Auto de Infração.

A Recorrente pleiteia o cancelamento do Auto de Infração, sustentando, em resumo:

- que os créditos objetos do lançamento já estariam atingidos pela decadência, na forma do disposto no art. 150, § 4º do CTN;

- a preliminar da nulidade do lançamento por haver sido alterada a multa fiscal aplicada no AI pela autoridade julgadora de 1ª instância e não pelo FT autuante, o que violaria o disposto no art. 218 da Lei nº 480/83;

- que a revisão de ofício prevista no art. 149 do CTN somente poderia ser realizada pelo próprio FT autuante;

- que deve ser observado o princípio da não *reformatio in pejus* e que o art. 145 do CTN não autoriza a reforma do lançamento para agravamento da pena;

- que a decisão não esclareceu se estão sendo aplicadas duas multas pelo mesmo fato jurídico;

- que a majoração da multa representa novo lançamento, bem como uma mudança nos critérios jurídicos, que seria vedada pelo CTN;

- que as infrações de caráter continuado somente podem ser objeto de multa única e que não se sabe se está sendo cobrada multa por cada nota fiscal emitida, pois a Recorrente não teve acesso a nenhuma planilha de cálculos;

- que a Recorrente não está obrigada a emitir nota fiscal de serviços, pois os serviços seriam prestados apenas pelos profissionais médicos, hospitais e clínicas e não pela Recorrente;

- que a Recorrente estaria amparada por decisão administrativa proferida em processo de consulta, que a empresa não poderia ser tributada pelo movimento econômico;

- que o ISS incidira apenas sobre a taxa de administração, conforme jurisprudência do STJ;

- que não foi obedecido o parecer da PGM;

A decisão administrativa de Primeira Instância manteve o lançamento do ISS, entendendo que estava correto o procedimento fiscal que lançou créditos tributários do ISS, assinalando em síntese que:

- o lançamento não foi atingido pela decadência tendo em vista o disposto no art. 173, inciso I do CTN e o entendimento jurisprudencial do STJ;

- o lançamento contém todos os requisitos do art. 17 do Decreto nº 9.742/06;

- a autoridade administrativa julgadora de 1ª instância tem competência e o dever legal de revisão do lançamento, na forma do disposto nos arts. 218 da Lei nº 480/83 e 145 e 149 do CTN;

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/ 60.582 /09	05/09/08		115

- as multas por descumprimento de obrigação principal e acessória são independentes, não cabendo absorção de uma por outra, conforme estabelece o art. 254 da Lei nº 480/83;

- os serviços de plano de saúde sujeitam-se à incidência do ISS, sendo base de cálculo o valor bruto dos serviços, sem qualquer dedução não autorizada pelo legislador complementar;

- a decisão administrativa proferida em processo de consulta não pode prevalecer após a CF/88, que instituiu o regime democrático de direito, proibindo qualquer privilégio hediondo;

- as cooperativas não gozam de qualquer isenção, conforme Súmula 81 do STF, conforme ampla jurisprudência;

- a Recorrente já obteve diversos acórdãos desfavoráveis no STJ, que entenderam pela incidência do ISS.

É o relatório. Passa-se à análise.

As questões suscitadas pela Recorrente já foram amplamente debatidas na decisão administrativa de 1ª instância proferida após o parecer da PGM.

Em relação à alegação da decadência tributária quanto ao lançamento do ISS, deve-se consignar que o art. 173, inciso I do CTN estabelece que 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.

Dessa forma, como o lançamento em análise poderia ter sido constituído, quanto aos fatos geradores ocorridos em janeiro a dezembro de 2003, objetos da alegação de decadência formulada pela Recorrente, respectivamente, em fevereiro a dezembro de 2003 e janeiro de 2004, o prazo decadencial começará a fluir a partir do exercício seguinte, ou seja, janeiro de 2004 para os meses de janeiro a novembro de 2003 e janeiro de 2005 para o mês de dezembro de 2003. Como se verifica do Auto de Infração (fls. 107 dos autos em anexo), o mesmo foi lavrado em julho de 2007, dentro, portanto, dos cinco anos permitidos pelo art. 173, inciso I do CTN.

Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ, conforme se extrai das seguintes ementas, entre outras:

“TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISS - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - TRIBUTO NÃO DECLARADO E NÃO PAGO - ART. 173, I, DO CTN - ACÓRDÃO - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA - MULTA - EMBARGOS PROTTELATÓRIOS - VALIDADE.

1. Inexiste omissão em acórdão que ao aplicar o art. 173, I, do CTN, por entender inexistente a declaração e o pagamento do tributo (ISS), afasta expressamente a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

2. omissis.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/ 60.582 /09	05/09/08		116

3. Inexistindo pagamento do tributo é cabível o lançamento de ofício, cujo termo inicial de caducidade é o primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado.
4. Acórdão em conformidade com a jurisprudência das Turmas que compõem a Seção de Direito Público.
5. Recurso especial não provido."

(Resp 1097801/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 25/11/2008)

"PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. CF/88 E LEI N. 8.212/91. ARTIGO 173, I, DO CTN.

1. omissis.

2. omissis.

3. Na hipótese em que não houve o recolhimento de tributo sujeito a lançamento por homologação, cabe ao Fisco proceder ao lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 (cinco) anos, na forma estabelecida no art. 173, I, do Código Tributário Nacional.

4. Embargos de divergência providos."

(EResp 408617/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 10/08/2005)

A alteração da multa fiscal aplicada no AI, de 30% para 100%, teve por base o disposto nos arts. 145 e 149 do CTN, que permite a revisão do lançamento de ofício pela autoridade administrativa quando se comprove omissão do sujeito passivo que permita aplicação de penalidade pecuniária.

Dessa forma, como a Recorrente não emitia notas fiscais de serviços a multa fiscal a ser aplicada, de acordo com a Lei nº 480/83 (art. 112, inciso IV, alínea b) era de 100%. Portanto, tendo a autoridade administrativa de 1ª instância constatado o erro quanto à sanção aplicada no AI, cabe a mesma, em virtude do poder-dever de revisão de ofício autorizado pelo CTN e do princípio da legalidade, corrigir o lançamento, sem que tal fato implique em novo lançamento.

Neste aspecto cabe destacar que a Administração Pública deve obedecer a lei, não havendo qualquer proibição de reforma para agravamento da pena.

Não houve também qualquer alteração de critério jurídico, mas tão somente aplicação da multa fiscal correta para a hipótese em questão, de falta de emissão de nota fiscal de serviços.

Quanto às infrações cometidas pelo contribuinte, deve ser ressaltado que o descumprimento da obrigação acessória acarretou a lavratura de AI específico, independente da multa fiscal aplicada no AI objeto do presente litígio.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/ 60.582 /09	05/09/08		117

Assim, a discussão quanto ao caráter continuado ou não da infração, se a multa se refere a cada nota fiscal ou se existe planilha de cálculo, não cabe nos presentes autos, tendo em vista que o AI em exame se refere ao descumprimento da obrigação principal de recolhimento do ISS.

A falta de emissão de nota fiscal de serviços ensejou a majoração da multa fiscal, sendo o percentual de 100%, em observância ao CTM.

As sanções pelo descumprimento da obrigação principal e da acessória são independentes, conforme se depreende do art. 258 da Lei nº 480/83, que prescrevia:

"Art. 254. Se, concomitantemente com uma infração de dispositivo de caráter formal, houver também infração por falta de pagamento de tributo ou de diferença de tributo, será o infrator passível de multa por ambas as infrações."

Em relação à caracterização dos serviços, à base de cálculo do ISS e à existência de processo de consulta, entende-se que tais argumentos já foram bem delineados no parecer que fundamentou a decisão de 1ª instância (fls. 406/413 dos autos em anexo), não merecendo reparos.


Finalmente, no tocante à inobservância do parecer da PGM, entende-se que o mesmo foi acolhido pela FSFT, em face das providências tomadas, que resultou na nova decisão de primeira instância, observando-se os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Neste passo, nota-se que o parecer da PGM em momento algum determinou que a base de cálculo do ISS seria calculada apenas sobre a taxa de administração. Ao revés, assentou que a base de cálculo incide apenas sobre os atos não cooperativos, justamente àqueles que estão sendo objeto do lançamento em análise (serviços prestados a terceiros não cooperados) e que, por isso, não merece alteração. Vale elucidar que os serviços prestados aos cooperados não estão sendo objeto do lançamento em discussão.

Diante do exposto, inclina-se pelo IMPROVIMENTO do recurso voluntário, mantendo-se o lançamento.

É o parecer.

Niterói,


Representante da Fazenda



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.582/08	05/09/08		118

Ao

Conselheiro Paulo Fernando Torres Costa para relatar.

FCCN, em 25 de fevereiro de 2010.

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE**

05/09/2008



PREFEITURA DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Proc. nº 30/60.904/2007
Apensos : 30/60.582/2008
30/18.529/2008

Senhores Membros do Conselho de Contribuintes:

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário encaminhado a esse Conselho por UNIMED SÃO GONÇALO/NITERÓI SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA, pelo qual solicita revisão da decisão de primeira instância que lhe foi desfavorável com vistas a julgar improcedente o auto de infração nº 74665, (fl.107) lavrado pela fiscalização fazendária, em 13/07/2007 ante o não recolhimento do ISSQN da quantia de R\$ 10.818.825,03 correspondente ao principal, sobre a qual fez-se incidir a multa fiscal de 30% (trinta por cento) no importe de R\$ 3.245.647,51, totalizando R\$ 14.064.472,54 incidente sobre os serviços de planos de saúde oferecidos a terceiros não cooperados, correspondente ao período de janeiro a dezembro de 2003, cabendo ressaltar que ditos valores posteriormente foram objeto de retificação pelo servidor autuante, através da notificação nº 24.781 de 05/10/2007, consoante se infere de fl. 107 vº para R\$ 6.473.381,52 correspondente ao principal, mais a multa fiscal de 30% (trinta por cento) no importe de R\$ 1.942.014,46 totalizando R\$ 8.415.395,98.

Cabe esclarecer que tal retificação nos valores lançados no referido auto de infração deu-se em consequência na alteração da base de cálculo do imposto, conforme solicitação feita pelo próprio fiscal de tributos autuante ao seu superior, à fl.134, o que fez com base no permissivo constante do parágrafo único do art. 218 da Lei nº 480/83, tendo sido autorizada dita alteração, de sorte a excluir da base de cálculo os atos cooperados.

Notificado, apresentou o contribuinte impugnação tempestiva às fls. 02/36 alegando em síntese não ser contribuinte do ISSQN, já que por sua natureza de cooperativa não poderia sofrer tributação àquele título, pois, segundo alega " *não presta serviços de assistência médica mediante pagamento de mensalidades, mais apenas oferece aos associados o pagamento de despesas de saúde no caso de e quando estes necessitarem de*



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 2

serviços médicos" (sic) além do que, argumenta haver erro na base de cálculo apontada, na medida em que fez-se o lançamento tributário sobre todo movimento econômico sem exclusão de atos cooperados, dentre eles a receita relativa à rubrica " Intercâmbio entre Unimed's", o que constitui-se em equívoco, posto entender que se tratam de atos cooperados, além de outros que também considera excludentes.

Aduz, ainda a recorrente que em consulta formulada nos idos de 1982 à Junta de Recursos Fiscais no processo nº 30/73.585 houve reconhecimento de que não havia incidência do ISS no movimento econômico das cooperativas, conforme decisão daquele colegiado proferida em 25/05/1982, *ex vi* da certidão de fls. 96/97.

Por despacho exarado à fl. 274 pelo Sr. Superintendente de Fiscalização Tributária foi determinado ao fiscal atuante que apresentasse planilha demonstrativa dos valores considerados para a constituição da base de cálculo do lançamento constante do AI 74665 com justificativa sobre os critérios utilizados, além de pedido de informação se o atuado teria emitido notas fiscais correspondentes aos serviços prestados, bem como consulta a respeito de eventual gozo de regime especial que o dispensasse da emissão de notas fiscais de serviços, facultando a emissão de outro tipo de documento de controle em substituição àquelas.

Atendendo à solicitação supramencionada ofereceu o fiscal atuante relatório acompanhado de planilha às fls. 275/277 com a movimentação mês a mês, vale dizer janeiro a dezembro/2003 em que reconheceu que na base de cálculo do primeiro lançamento não haviam sido considerados e expurgados os valores contabilizados no balancete analítico da recorrente como atos cooperados, levando-se em conta, então, no novo lançamento apenas os valores ingressados a título de atos não cooperados.

Prevaleceu, no entanto, para fins de apuração da base de cálculo o montante levantado pela planilha de fls. 136, alterando-se então o valor do tributo devido e a correspondente multa fiscal para os quantitativos expressos na retificação do auto de infração lançados em seu verso, (fl.107 vº) vale dizer, R\$ 6.473.381,52 correspondente ao principal, mais a multa fiscal de 30% (trinta por cento) no importe de R\$ 1.942.014,46 totalizando R\$ 8.415.395,98.

Informou ainda o fiscal atuante no mesmo relatório, fls. 275/277, que não houve autorização para impressão de documentos fiscais – AIDF - por parte da Secretaria Municipal de Fazenda, não havendo também regime especial com dispensa da emissão de notas fiscais, razão pela qual capitulou a infração cometida pela recorrente com base no artigo 113, item I, alínea "a" da Lei 480/83, o que acarretou a lavratura, à parte, do auto de infração nº 74607 (doc de fl.278).



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 3

Ato contínuo, de posse da informação, solicitou o mesmo Sr. Superintendente à FCEA (fl.279) parecer em que indagou se a aplicação da sanção prevista no art. 113, I, "a" da Lei 480/83 impediria a aplicação da multa disposta no art. 112, IV, "b"?

Enviado o processo à FCEA ofereceu o Sr. Coordenador o parecer de fl. 280/282 em que após circunstanciada argumentação concluiu pela possibilidade de aplicação dessa última multa, sem embargo da sanção primeiramente imposta.

Conclusos os autos à decisão de primeira instância houve por bem a autoridade fazendária competente julgar improcedente a impugnação apresentada, (doc de fls. 284 – A /288) ocasião em que sobre manter o valor principal constante do auto de infração nº 74665 alterou a multa fiscal nele imposta de 30% para 100%, com base no disposto no artigo 218, inciso VI da Lei nº 480/83 (Código Tributário do Município de Niterói) então em vigor.

Devidamente comunicada à fl. 289 da decisão de primeira instância, apresentou a recorrente, tempestivamente, recurso voluntário à segunda instância administrativa – proc. nº 60.582/08 instaurado em apenso - em que sustenta, em preliminar, a nulidade daquela decisão, ao entendimento de que não poderia o próprio julgador monocrático ao proferi-la, majorar a multa imposta no auto de infração – de 30% para 100% - com o que, assim procedendo infringiu a legislação de regência, segundo a qual, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 218 da então vigente Lei nº 480/83, caberia ao fiscal atuante mediante autorização de seu superior retificar de ofício o lançamento, até a decisão de primeira instância, o que não foi obedecido, já que como observado, praticou seu superior ato que estaria ao segundo reservado.

No mérito, sustenta aquela alentada peça recursal a inexigibilidade do imposto, por entender não se consubstanciarem os atos praticados pelas cooperativas de trabalho em serviços ao alcance do fisco, já que, segundo defende, consiste a sua atuação em recolhimento das mensalidades pagas pelos associados do plano de saúde " *na composição de um fundo sob a sua administração, de modo a possibilitar o custeio de despesas eventualmente necessárias com serviços médicos*". (Sic)

Conclui, diante da tese esposada, que os únicos prestadores de serviços envolvidos na "operação" são os próprios profissionais da medicina, daí porque não sendo prestadora dos serviços, não teria obrigatoriedade de emitir notas fiscais.



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 4

Aduz, por outro lado, estar desobrigada ao recolhimento do imposto, uma vez que atendendo à consulta por ela formulada através do processo nº 30/73.585, reconheceu a Fazenda Municipal tal situação, tendo sido emitido pela Junta de Recursos Fiscais o parecer juntado por cópia (doc. de fls. 98/99 do proc. 60.776/07) datado de 25/05/1982, deduzindo que não pode ser alterada a substância daquela declaração, posto assemelhar-se a decisão administrativa à coisa julgada material, citando em prol da tese esposada acórdão proferido pelo STF (RE nº68. 253/PR) nesse sentido.

Por fim, pede que acaso reconhecida a obrigatoriedade ao recolhimento do imposto, que seja alterada a base de cálculo levada em consideração pelo fisco municipal, vale dizer, não pelo movimento econômico total, mas sim pelo quantitativo correspondente aos atos não cooperados, como tem sido entendido pelos nossos tribunais, colacionando diversas decisões a respeito da matéria.

Instada a pronunciar-se, a representação fazendária à fl. 42 sustenta que o agravamento do lançamento, tal como decidido em primeira instância não afronta ao princípio do contraditório desde que devolvido ao contribuinte o prazo para impugnação quanto à parte agravada, sugerindo então que os autos fossem remetidos à Superintendência de Fiscalização Tributária para abertura de prazo para nova impugnação no pertinente a tal agravamento.

Remetidos os autos àquela Superintendência, pronunciou-se às fls. 44/45 o seu titular, posicionando-se pela não abertura de novo prazo para defesa do contribuinte, ao argumento de que é pelo recurso voluntário que se abre oportunidade para rediscutir-se a matéria em superior instância administrativa, descabendo ao julgador de primeira instância novo pronunciamento, o que afrontaria o princípio da singularidade dos recursos.

Por sugestão do representante fazendário, em seu parecer de fls. 47/50, deveriam ser encaminhados os autos à Procuradoria Geral do Município para que se promovesse, se fosse o caso, o saneamento do processo a fim de extirpar-se quaisquer dúvidas quanto a possíveis nulidades existentes no processo e evitar-se cerceamento de defesa e em prestígio ao princípio do devido processo legal.

Aceita tal sugestão pelo Sr. Presidente do Conselho, foram os autos remetidos pelo despacho de fls. 51 à Procuradoria Geral do Município, tendo sido ofertado o parecer de fls. 53/56 pela assessora jurídica da Procuradoria Tributária, o qual mereceu o "aprovo" tanto do Procurador Chefe daquela especializada, como também pelo Sr. Procurador Geral, firmando entendimento de que uma vez majorada a multa lançada no auto de infração de 30% para 100% por decisão de primeira instância com a permissibilidade contida no art. 218, VI, da lei nº 480/83, o correto seria devolver-se o prazo ao contribuinte para manifestação acerca da alteração promovida, sob pena de nulidade.



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 5

No mérito, posicionou-se aquela assessora da PPT pela exigibilidade do imposto, validando a autuação perpetrada pela fiscalização fazendária, transcrevendo arestos do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, fazendo a distinção entre "atos cooperados" e os "não cooperados", de sorte a afastar-se da base de cálculo os primeiros e incluir-se os segundos, estes decorrentes da relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde à terceiros.

Em função desse parecer, ao retornarem os autos à SMF, abriu-se vista ao contribuinte para apresentação de nova impugnação, querendo, o que materializou-se de fato após notificação, através de nova defesa, conforme peça de fls. 293/356, em que voltou o impugnante a rediscutir o mérito do lançamento, a par de arguir em preliminar, nulidade da decisão de primeira instância.

Levada a nova impugnação à conclusão da autoridade competente, houve por bem o Sr. Secretário de Fazenda, acolhendo o parecer de fls.400/413, negar-lhe provimento, mantendo o auto de infração, conforme decisão de fls.415.

Inconformado, apresentou o contribuinte tempestivamente, novo recurso voluntário, insistindo na preliminar antes arguida de nulidade da decisão de primeira instância por descumprimento do preceito contido no parágrafo único do art. 218 da Lei nº 480/83.

Sr. Presidente:

Atento a todo o processado e dadas as relevantes questões de direito trazidas à baila, seja pelo contribuinte, seja pela Fazenda Municipal, discutidas e rediscutidas à exaustão nestes autos, sem adentrar ainda no mérito e proceder ao voto a que estou jungido a fazê-lo, tenho para mim que a questão atinente à preliminar de nulidade da decisão de primeira instância e não a nulidade do auto de infração merecem melhor abordagem à luz da legislação municipal, não estando plenamente convicto acerca da juridicidade daquela decisão de primeira instância, no que tange ao agravamento da multa pela própria autoridade prolatora, ainda que aberto prazo para nova impugnação para evitar-se contaminação daquela por cerceamento de defesa, como proposto pela manifestação oriunda da chefia da Procuradoria Tributária.

Isso porque enquanto o parecer daquela especializada do corpo jurídico do Município centrou amarras no disposto no art. 20 do Decreto nº 9.742/2006 e bem assim no inciso VI do art. 218 da Lei nº 480/83 para convalidação da decisão de primeira instância, após abertura de novo prazo para defesa do contribuinte, este, em sua impugnação e recurso voluntário clama pela nulidade da decisão monocrática ante o descumprimento pela Fazenda Municipal da regra contida no parágrafo único do art. 218 do diploma legal de regência.



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 6

Assim sendo, ao escopo de ver melhor aclarada a questão atinente à preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, opino por nova remessa desses autos à Procuradora Geral do Município, na pessoa de seu Procurador Geral para que possa seu ilustre titular analisar a peculiar e relevante matéria posta em conflito, de sorte a afastar as dúvidas que sobre ela pairam.

É como opino, aguardando a manifestação do Sr. Procurador Geral para proferir voto.

Niterói, 09 de dezembro de 2010


Paulo F. Torres Costa
Conselheiro Relator



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.582/08	05/09/08	Núclea de Autuação Tributária Mat. 25.514-8	126

**Recorrente: - UNIMED - SÃO GONÇALO NITEROI
COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS HOSPITALARES
LTDA**

Senhor Presidente,

Solicito sejam os autos baixados em **diligência** a fim de que fique esclarecido pelo Sr. Fiscal autuante se no levantamento do movimento econômico da empresa recorrente, o qual serviu de base de cálculo para fins de tributação do ISSQN, como consta da planilha de fls. 275/277 do processo anexo 030/60.904/07 houve exclusão dos quantitativos atinentes - na dicção da Lei nº. 5.764/71 - aos denominados atos cooperativos.

Na hipótese - eventual - de que tal não tenha acontecido haveria condições de quantificar-se um valor mês a mês sob tal rubrica para o período objeto do Auto de Infração?

Tal informação mostra-se relevante na apreciação dos fundamentos expendidos no recurso apresentado. Após, proferirei decisão.

FCCN, em 04 de abril de 2013.


Paulo F. Torres Costa
CONSELHEIRO/RELATOR

data	rubrica	processo	fls.
14.05.13	f.	030/60582/08	128

A FCCN,

Em conformidade ao respeitável despacho exarado às fls. 127 do Processo em epígrafe, passo oferecer meus esclarecimentos em dúvida suscitada pelo Sr. Relator Paulo F. Torres Costa (fls.126), nos Autos do Processo Administrativo Fiscal, tendo como sujeito passivo da exigência de crédito tributário, a empresa **“UNIMED SÃO GONÇALO NITERÓI COOPERATIVA DE SAÚDE”**, pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Rua Dr. Borman, 51/101, Centro, Niterói/RJ, inscrita no cadastro Municipal da Secretaria da Fazenda sob nº 005593-9 e no CGC(MF) sob nº 28.630.531/0001-87.

DA BASE DE CÁLCULO


Para fins de obtenção dos valores da base de cálculo do crédito tributário lançado foram utilizados as seguintes rubricas:

- .RECEITAS DE CONTRATO COLETIVO
- .RECEITAS DE CONTRATO PARTICULAR
- .RECEITAS INSCRIÇÕES US. PARTICULAR
- .RECEITAS ATENDIMENTOS ESPECIAIS USUÁRIOS

Tais receitas advém de recebimentos de serviços em operações de prestação de serviços realizadas entre a Unimed e os usuários do plano de saúde. Não houve inclusão de valores relativos a atos realizados entre a Cooperativa e seus associados e vice-versa.

Portanto, como se pode verificar, os valores recebidos em virtude de atos cooperativos em momento algum foram incluídos da base de cálculo utilizada para obtenção do crédito tributário devido.

Cabe ressaltar que a retificação efetivada através da notificação nº 24.781/07 (fls. 135 do processo 030/60904/07, em apenso) no auto de infração, conforme solicitação às fls. 134(processo 030/60904/07 em apenso), se refere unicamente à exclusão da base de cálculo dos valores da conta **“intercâmbio entre Unimeds”** e, que tais receitas não são oriundas de “atos cooperativos”. Ciente de que foram dirimidas as dúvida argüidas, deixamos protestos de estima e consideração.


Ary Grafman
Superintendente da
Fiscalização Tributária
Mat. 234.009-0

Niterói, 15 de maio de 2013.


Celso de Moraes Marques
Superintendente de
Mat. 234.009-3



PREFEITURA DE
Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES - FCCN

**PAUTA DE JULGAMENTO – REUNIÃO QUE SE REALIZARA
EM 24 DE MAIO DE 2013 – AS 10:30 HS.
(Art. 72 do Regimento Interno do FCCN)**

PROCESSO EM PAUTA

030/60.580/08

030/60.581/08

030/60.582/08

030/60.583/08

**UNIMED SÃO GONÇALO NITEROI SOCIEDADE
COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E
HOSPITALARES LTDA**

RELATOR: - DR. PAULO FERNANDO TORRES COSTA

FCCN. Em 22 de maio de 2012.

Niléia de Souza Duarte
Mat. 228.514-8

SECRETÁRIA

131
VIEIRAREZENDE

FAX

PARA Secretaria Municipal de Fazenda - Niterói

DE Sr. Breno Ladeira Kingma

FAX (21) 26130992

FAX (21) 2217-2887

TEL

TEL (21) 2217-2888

EMPRESA

DATA 22.05.2013

PAGS: 1 (uma com esta)

E-MAIL bkingma@vrbg.com.br

O conteúdo deste fax é confidencial e de interesse exclusivo do destinatário indicado acima. Em caso de falha na transmissão ou de recebimento por pessoa outra que não o destinatário, favor entrar em contato.

Ref.: Pauta de julgamentos - 24.05.13 às 10:30hs.

Prezados:

Agradecemos pelo envio da confirmação de inclusão dos processos n°s 030/60.580/08, 030/60.581/08, 030/60.582/08 e 030/60.583/08 na pauta de julgamentos desse Conselho de Contribuintes.

Sendo assim, manifestamos ciência da marcação do julgamento na reunião que será realizada no dia 24 de maio de 2013 às 10:30hs com a inclusão dos processos acima mencionados de interesse da Unimed São Gonçalo Niterói Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares.

Assim, aproveitamos para informar que haverá sustentação oral pelo Dr. Breno Ladeira Kingma, OAB/RJ n° 120.882

Em caso de dúvidas, permanecemos à disposição.



Breno Ladeira Kingma Orlando

OAB/RJ 120.882



PREFEITURA DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

30/60.582/08
Nárcia de Souza Duarte
Mat. 228.514-8
132

Proc. nº 30/60.904/2007
Apensos : 30/60.582/2008
30/18.529/2008

Senhores Membros do Conselho de Contribuintes:

ISSQN - COOPERATIVA DE SERVIÇOS
MÉDICOS - BASE DE CÁLCULO - ATOS
NÃO COOPERADOS - INCIDÊNCIA DA
EXAÇÃO SOBRE A DENOMINADA TAXA
DE ADMINISTRAÇÃO - POSSIBILIDADE DE
ALTERAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO
PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.
PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL
AUTORIZATIVO. REDUÇÃO DOO
PERCENTUAL DA MULTA.
POSSIBILIDADE.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário encaminhado a esse Conselho por UNIMED SÃO GONÇALO/NITERÓI SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES LTDA, pelo qual solicita revisão da decisão de primeira instância que lhe foi desfavorável com vistas a julgar improcedente o auto de infração nº 74.665, (fl.104) lavrado pela fiscalização fazendária, em 13/07/2007, ante o não recolhimento do ISSQN da quantia de R\$ 10.818.825,03 correspondente ao principal, sobre a qual fez-se incidir a multa fiscal de 30% (trinta por cento) no importe de R\$3.245.647,51 totalizando R\$14.064.472,54 incidente sobre os serviços de planos de saúde oferecidos a terceiros não cooperados, correspondente ao período de janeiro a dezembro de 2003, cabendo ressaltar que ditos valores posteriormente foram objeto de retificação pelo servidor atuante, através da notificação nº 24.781 de 05/10/2007, consoante se infere de fl. 107 vº para R\$6.473.381,52

Fls. 2

correspondente ao principal, mais a multa fiscal de 30% (trinta por cento) no importe de R\$1.942.014,46 totalizando R\$8.415.395,98.

Cabe esclarecer que tal retificação nos valores lançados no referido auto de infração deu-se em consequência na alteração da base de cálculo do imposto, conforme solicitação feita pelo próprio fiscal de tributos atuante ao seu superior, à fl.134, o que fez com base no permissivo constante do parágrafo único do art. 218 da Lei nº 480/83, tendo sido autorizada dita alteração, de sorte a excluir da base de cálculo os atos cooperados.

Conquanto já apresentada pela recorrente às fls. 02/36 impugnação tempestiva por ocasião da lavratura do auto de infração, voltou a apresentar impugnação tempestiva às fls. 293/356 alegando em síntese não ser contribuinte do ISSQN, já que por sua natureza de cooperativa não poderia sofrer tributação àquele título, pois, segundo alega " *não presta serviços de assistência médica mediante pagamento de mensalidades, mas apenas oferece aos associados o pagamento de despesas de saúde no caso de e quando estes necessitarem de serviços médicos*" (sic) além do que, argumenta haver erro na base de cálculo apontada, na medida em que fez-se o lançamento tributário sobre todo movimento econômico sem exclusão de atos cooperados, dentre eles a receita relativa à rubrica " intercâmbio entre Unimed's", o que constitui-se em equívoco, posto entender que se tratam de atos cooperados, além de outros que também considera excludentes.

Aduz ainda a recorrente que em consulta formulada nos idos de 1982 à Junta de Recursos Fiscais no processo nº 30/73.585 houve reconhecimento de que não havia incidência do ISS no movimento econômico das cooperativas, conforme decisão daquele colegiado proferida em 25/05/1982, ex vi das certidões de fls. 99; 101 ; 239/240 e 242/244 .

Por despacho exarado à fl. 274 pelo Sr. Superintendente de Fiscalização Tributária foi determinado ao fiscal atuante que apresentasse planilha demonstrativa dos valores considerados para a constituição da base de cálculo do lançamento constante do AI 74.665 com justificativa sobre os critérios utilizados, além de pedido de informação se o atuado teria emitido notas fiscais correspondentes aos serviços prestados, bem como consulta a respeito de eventual gozo de regime especial que o dispensasse da emissão de notas fiscais de serviços, facultando a emissão de outro tipo de documento de controle em substituição àqueles.

Atendendo à solicitação supramencionada ofereceu o fiscal atuante relatório acompanhado de planilha às fls. 275/277 com a movimentação mês a mês, vale dizer janeiro/2003 a dezembro/2003 em que



PREFEITURA DE NITERÓI

30/60 562/08
134
Secretaria de Souza Duarte
Mat. 226.514-8

Fls. 3

reconheceu que na base de cálculo do primeiro lançamento não haviam sido considerados e expurgados os valores contabilizados no balancete analítico da recorrente como atos cooperados, levando-se em conta, então, no novo lançamento apenas os valores ingressados à título de atos não cooperados.

Informou ainda o fiscal autuante no mesmo relatório, que não houve autorização para impressão de documentos fiscais – AIDF - por parte da Secretaria Municipal de Fazenda, não havendo também regime especial com dispensa da emissão de notas fiscais, razão pela qual capitulou a infração cometida pela recorrente com base no artigo 113, item I, alínea "a" da Lei 480/83, o que acarretou a lavratura, à parte, do auto de infração nº 74607(doc. de fl.278).

Ato contínuo, de posse da informação, solicitou o mesmo Sr. Superintendente à FCEA parecer em que indagou se a aplicação da sanção prevista no art. 113, I, "a" da Lei 480/83 impediria a aplicação da multa disposta no art. 112, IV, "b"?

Enviado o processo à FCEA ofereceu o Sr. Coordenador o parecer de fls.280/282 em que após circunstanciada argumentação concluiu pela possibilidade de aplicação dessa última multa, sem embargo da sanção primeiramente imposta.

Conclusos os autos à decisão de primeira instância houve por bem a autoridade fazendária competente julgar improcedente a impugnação apresentada, (fls. 284-A/288) ocasião em que sobre manter o valor principal constante do auto de infração nº 74.665 alterou a multa fiscal nele imposta de 30% para 100%, com base no disposto no artigo 218, inciso VI da Lei nº 480/83 (Código Tributário do Município de Niterói) então em vigor.

Devidamente comunicada à fl. 289 da decisão de primeira instância, apresentou a recorrente, tempestivamente, recurso voluntário à segunda instância administrativa – proc. nº60.582/08 instaurado em apenso - em que sustenta, em preliminar, a nulidade daquela decisão, ao entendimento de que não poderia o próprio julgador monocrático ao proferi-la, majorar a multa imposta no auto de infração – de 30% para 100% - com o que, assim procedendo infringiu a legislação de regência, segundo a qual, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 218 da então vigente Lei nº 480/83, caberia ao fiscal autuante mediante autorização de seu superior retificar de ofício o lançamento, até a decisão de primeira instância, o que não foi obedecido, já que como observado, praticou seu superior ato que estaria ao segundo reservado.

30/60582-9
Núcleo de Souza Leão
Mat. 220.514-8
135



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 4

No mérito, sustenta aquela alentada peça recursal a inexigibilidade do imposto, por entender não se consubstanciarem os atos praticados pelas cooperativas de trabalho em serviços ao alcance do fisco, já que, segundo defende, consiste a sua atuação em recolhimento das mensalidades pagas pelos associados do plano de saúde "na composição de um fundo sob a sua administração, de modo a possibilitar o custeio de despesas eventualmente necessárias com serviços médicos". (Sic)


Conclui, diante da tese esposada, que os únicos prestadores de serviços envolvidos na "operação" são os próprios profissionais da medicina, daí porque não sendo prestadora dos serviços, não teria obrigatoriedade de emitir notas fiscais.

Aduz, por outro lado, estar desobrigada ao recolhimento do imposto, uma vez que atendendo à consulta por ela formulada através do processo nº 30/73.585/82, reconheceu a Fazenda Municipal tal situação, tendo sido emitido pela Junta de Recursos Fiscais o parecer juntado por cópia datado de 25/05/1982, deduzindo que não pode ser alterada a substância daquela declaração, posto assemelhar-se a decisão administrativa à coisa julgada material, citando em prol da tese esposada acórdão proferido pelo STF (RE nº68. 253/PR) nesse sentido.

Por fim, pede que acaso reconhecida a obrigatoriedade ao recolhimento do imposto, que seja alterada a base de cálculo levada em consideração pelo fisco municipal, vale dizer, não pelo movimento econômico total, mas sim pelo quantitativo correspondente aos atos não cooperados, como tem sido entendido pelos nossos tribunais, colacionando diversas decisões a respeito da matéria.

Instada a pronunciar-se, a representação fazendária à fl. 42 do proc. 30/60.582/08 sustenta que o agravamento do lançamento, tal como decidido em primeira instância não afronta ao princípio do contraditório desde que devolvido ao contribuinte o prazo para impugnação quanto à parte agravada, sugerindo então que os autos fossem remetidos à Superintendência de Fiscalização Tributária para abertura de prazo para nova impugnação no pertinente a tal agravamento.

Remetidos os autos àquela Superintendência, pronunciou-se às fls. 44/45 o seu titular, posicionando-se pela não abertura de novo prazo para defesa do contribuinte, ao argumento de que é pelo recurso voluntário que se abre oportunidade para rediscutir-se a matéria em superior instância administrativa, descabendo ao julgador de primeira instância novo pronunciamento, o que afrontaria o princípio da singularidade dos recursos.





PREFEITURA DE NITERÓI

20/05/03
Presidência do Sr. Luiz
Mat. 229.514-8

Fls. 5

Por sugestão do representante fazendário, em seu parecer de fls. 45/48, deveriam ser encaminhados os autos à Procuradoria Geral do Município para que se promovesse, se fosse o caso, o saneamento do processo a fim de extirpar-se quaisquer dúvidas quanto a possíveis nulidades existentes no processo e evitar-se cerceamento de defesa e em prestígio ao princípio do devido processo legal.


Aceita tal sugestão pelo sr. Presidente do Conselho, foram os autos remetidos pelo despacho de fls. 51 à Procuradoria Geral do Município, tendo sido ofertado o parecer de fls. 53/56 pelo Procurador chefe da Procuradoria Tributária, o qual mereceu o "aprovo" do Sr. Procurador Geral, firmando entendimento de que uma vez majorada a multa lançada no auto de infração de 30% para 100% por decisão de primeira instância com a permissibilidade contida no art. 218, VI, da lei nº 480/83, o correto seria devolver-se o prazo ao contribuinte para manifestação acerca da alteração promovida, sob pena de nulidade.

No mérito, posicionou-se o procurador chefe da PPT pela exigibilidade do imposto, validando a autuação perpetrada pela fiscalização fazendária, transcrevendo arestos do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria, fazendo a distinção entre "atos cooperados" e os "não cooperados", de sorte a afastar-se da base de cálculo os primeiros e incluir-se os segundos, estes decorrentes da relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde à terceiros.

Em função desse parecer, ao retornarem os autos à SMF, abriu-se vista ao contribuinte para apresentação de nova impugnação, querendo, o que materializou-se de fato após notificação, através de nova defesa, conforme peça de fls. 293/356, em que voltou o impugnante a rediscutir o mérito do lançamento, a par de arguir em preliminar, nulidade da decisão de primeira instância.

Levada a nova impugnação à conclusão da autoridade competente, houve por bem o sr. Secretário de Fazenda, pela decisão de fl. 415 acolhendo o parecer do FCEA de fls. 400/413, este aprovado pelo despacho de fl. 414 do sr. Superintendente de Fiscalização Tributária, negar-lhe provimento, mantendo o auto de infração.

Inconformado, apresentou o contribuinte tempestivamente, novo recurso voluntário, insistindo na preliminar antes arguida de nulidade da decisão de primeira instância por descumprimento do preceito contido no parágrafo único do art. 218 da Lei nº 480/83.





PREFEITURA DE NITERÓI

30/60.580/08
Niterói de São José
Mat. 228.0146

Fls. 6


Conclusos os autos a esse relator, achei por bem opinar por sua remessa à Procuradoria Geral do Município com vistas ao exame da juridicidade da decisão de primeira instância no que tange ao agravamento da multa pela própria autoridade prolatora, ainda que aberto prazo para nova impugnação para evitar-se contaminação daquela por cerceamento de defesa, como proposto pela manifestação oriunda da chefia da Procuradoria Tributária.

Na oportunidade justifiquei tal questionamento porque enquanto o parecer daquela procuradoria especializada do corpo jurídico do Município centrou amarras no disposto no art. 20 do Decreto nº 9.742/2006 e bem assim no inciso VI do art. 218 da Lei nº 480/83 para convalidação da decisão de primeira instância, após abertura de novo prazo para defesa do contribuinte, este, em sua impugnação e recurso voluntário clama pela nulidade da decisão monocrática ante o descumprimento pela Fazenda Municipal da regra contida no parágrafo único do art. 218 do diploma legal de regência.

À vista da conexão da matéria ventilada no proc. nº 30/60.580/08 em que figura como recorrente o mesmo contribuinte – UNIMED - e o destes autos, houve por bem a presidência desse Conselho determinar que se aguardasse o retorno daqueles autos remetidos à Procuradoria Geral do Município, o qual por lá permaneceu durante todo esse interregno, volvendo em meados de março desse ano com manifestação do Sr. Subprocurador Geral (fls. 150 daqueles autos) entendendo pela falta de previsão normativa quanto ao oferecimento de parecer do órgão jurídico da administração direta no processo em fase de julgamento pelo Conselho de Contribuintes.

Em face de tal pronunciamento e conclusos os autos a essa relatoria, solicitei a oitiva do fiscal autuante para que informasse se no levantamento do movimento econômico que serviu de base de cálculo para o lançamento levado a efeito através do auto de infração teriam sido excluídos os quantitativos referentes aos chamados atos cooperativos, dele recebendo a resposta de fls. 128, dando a conhecer que na apuração da base de cálculo do tributo foram utilizadas as rubricas: receitas de contratos coletivos, de contratos particulares, de inscrições US, particular (sic) e de atendimentos especiais a usuários, não havendo inclusão de valores relativos a atos realizados entre a cooperativa e seus associados e vice-versa.

Prestadas as informações solicitadas, passo ao exame de todo o processado e pronuncio o meu voto a final.



Fls. 7

PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO DEDUZIDA PELO RECORRENTE. INOCORRÊNCIA. ALTERAÇÃO DO LANÇAMENTO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. POSSIBILIDADE.

Como antes já discorrido alega a recorrente a nulidade do auto de infração tendo em vista a majoração da multa de 30% (trinta por cento) constante do auto de infração para 100% (cem por cento), o que se deu por ato da autoridade fazendária quando da decisão de primeira instância (fls. 244-A/248 do proc. 30/61.049/07) , o que importaria em infringência à legislação municipal de regência, a então vigente Lei nº 480/83 - Código Tributário do Município de Niterói - segundo a qual , nos termos do disposto no parágrafo único do art. 218 caberia ao fiscal atuante mediante autorização de seu superior retificar de ofício o lançamento, até a decisão de primeira instância, o que não foi obedecido, já que, como observado, praticou seu superior ato que estaria ao segundo reservado.

Não obstante o entendimento proferido pela Procuradoria especializada do Município pelo parecer de fls. 53/56 em que entendeu pela devolução do prazo para recurso em face da majoração da multa, evitando-se o cerceamento de defesa ao contribuinte e oportunizando-se nova discussão da matéria em toda a sua extensão, o que acabou por ser cumprido pela autoridade fazendária , tenho para mim que a decisão de primeira instância feriu o princípio da legalidade , o qual tem por pressuposto a submissão e o respeito, por parte da administração pública, ao primado da lei, só podendo exigir do administrado aquilo previsto em diploma legal.

Nesse passo, havendo disposição expressa na lei municipal supra indicada de que a retificação do lançamento por parte do fiscal atuante seria possível até decisão de primeira instância, tal acontecendo por ato da autoridade ao prolatar o seu *decisum* acabou por macular parcialmente o auto de infração, o qual, todavia, entendo, não padece de nulidade, já que, como entendido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº111.707-Paraná, cuja cópia ora se junta na íntegra, verbis:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL Nº 111.707- PARANÁ (1996/0067769-7)

RELATOR : MIN. GARCIA VIEIRA
EMBE : FRIGORÍCO MEDIANEIRA S/A - MASSA FALIDA.
REPR. POR : ROSSOLY FERREIRA DOS SANTOS - SÍNDICO
ADVOGADO : FREDERICO DE MOURA THEÓPHILO
EMBD : FAZENDA NACIONAL



30/60 582/88
Nírcia de Souza Daltro
Mat. 228.87-8
139

Fls. 8

PROC : DOLIZETE FATIMA MICHELIN E OUTROS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PRESSUPOSTOS- ADMISSIBILIDADE- EFEITOS MODIFICATIVOS - CONSELHO DE CONTRIBUINTES - DECISÃO

Inexistindo no acórdão embargado obscuridade, contradição ou omissão, são incabíveis embargos de declaração. Efeitos modificativos só são cabíveis em casos excepcionais.

"O Conselho de Contribuintes é órgão julgador , podendo manter, anular ou alterar lançamento sem que isto signifique novo lançamento"

- destacamos -

Em face de tanto, em relação à multa de 100% (cem por cento) imposta ao contribuinte, em que pese reconhecer a sua previsão no ordenamento tributário municipal nos casos em que constate a fazenda municipal a omissão de operações tributáveis e a não emissão de documentos fiscais, ex vi do disposto no art. 112, inciso IV, alíneas a e b, da lei de regência então vigente, **voto**, pela sua fixação em 30% (trinta por cento) tal como imposta no auto de infração impugnado, já que, como entendo, não poderia a autoridade fazendária majorá-la por ocasião de sua decisão, afrontando o disposto no parágrafo único do art. 218 da Lei municipal nº 480/83.

MÉRITO

A questão a ser enfrentada , tal como ventilada na peça recursal encerra duas vertentes. A primeira diz respeito à própria hipótese de incidência do ISSQN sobre os serviços prestados pelas cooperativas de planos de saúde, sobre a qual levanta dúvida a recorrente, entendendo por sua inexibibilidade, ao argumento de que não é prestadora de serviço, apenas disponibilizando ao seu associado o pagamento de despesas médicas por ele realizadas e a segunda, acaso superada a tese sustentada, diz respeito à base de cálculo do tributo, na hipótese de concluir-se por sua exigibilidade.

O *thema* posto em julgamento de há muito vem sendo enfrentado pelos tribunais de justiça pátrios, sendo certo que muito embora em principio tenham acontecido algumas divergências nos entendimentos sufragados pelos magistrados, pode-se afirmar com absoluta segurança que nos dias atuais não há mais conflito de posicionamento a partir das inúmeras decisões emanadas

NÚMERO DE ORDEM 120
20/60582/10
228.014



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 9

do Superior Tribunal de Justiça a tal respeito, restando consolidada inequivocamente a condição de contribuinte do ISSQN por parte das operadoras de planos de saúde, à vista de sua inserção na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, no item 4, subitens 4.22 e 4.23.

Nesse particular, cabe ressaltar que a certidão obtida pela recorrente junto à Secretaria Municipal de Fazenda dando conta de que a mesma não é contribuinte do ISSQN reporta-se tal documento ao processo administrativo de consulta por ela formulado de nº 30/73585/82 datado de 07 de junho de 1982, ocasião em que vigia o decreto-lei nº 406/68, o qual não dispunha sobre a incidência do ISS sobre os serviços prestados pelas operadoras/cooperativas de planos de saúde, razão de ser do reconhecimento pela Junta de Recursos Fiscais, àquela época, da não incidência do imposto, situação essa que hoje não mais reflete tal condição em função da previsão inserta no item 4, subitens 4.22 e 4.23 da LC 116/03.

Quanto à base de cálculo do imposto, de igual sorte, são unânimes as decisões do colegiado que congrega as duas turmas que compõem a seção de direito público daquele tribunal superior, as quais vem iterativamente decidindo pela dedução, sobre a receita bruta auferida dos contratantes dos planos de saúde, dos quantitativos repassados pela operadora aos terceiros efetivamente prestadores dos serviços, vale dizer, os médicos, hospitais, clínicas de saúde, laboratórios e outros.


Nesse sentido, cabe trazer à colação alguns julgados, cujas ementas vão abaixo transcritas, fazendo-se juntada dos respectivos acórdãos em sua íntegra, como segue:

**1. RECURSO ESPECIAL Nº 1.237.312 - SP
(2011/0019397-6)**

**RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : SAÚDE ABC PLANOS DE SAÚDE LTDA.
ADVOGADOS : PEDRO LUCIANO MARREY JUNIOR E
OUTRO(S) FLÁVIO MIFANO E OUTRO(S) MARCOS
JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANILO DE ARRUDA GUAZELI PAIVA E
OUTRO(S)**

EMENTA

**PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. PLANO DE
SAÚDE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO.
DESCONTOS.**





PREFEITURA DE NITERÓI

30/6052378
Niterói, 22 de Maio de 2011
21

Fls. 10

1. *Discute-se a validade da cobrança do ISS sobre planos de saúde e sua base de cálculo. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou expressamente que "os Planos de Saúde foram incluídos na Lista de Serviços tributáveis pelo ISSQN, assim permanecendo na lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, o que tornou possível aos municípios exercer sua competência tributária e exigir o imposto nos termos do art. 156, III da CF" (fls. 297-298 – grifei). 4. No caso em análise não existe, a rigor, discussão quanto à legislação federal, que prevê a exação nos itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à LC 116/2003 (isso jamais é negado pela contribuinte). A pretensão principal da recorrente, na presente demanda, implica infirmar a análise feita pelo TJ no tocante ao conceito de serviço fixado pelo art. 156, III, da CF e declarar inconstitucionais os dispositivos da lei complementar federal, o que é inviável em Recurso Especial. 5. Ainda que impossível acolher integralmente o pedido principal da contribuinte (não incidência do ISS sobre planos de saúde), é preciso reconhecer parcialmente o seu pleito, no que se refere à base de cálculo da exação. 6. A Segunda Turma ratificou jurisprudência de que a base de cálculo do ISS sobre planos de saúde é o preço pago pelos consumidores, diminuído dos repasses feitos pela contribuinte aos demais prestadores de serviços de saúde (hospitais, clínicas, laboratórios, médicos etc.). Com ressalva de meu entendimento, passo a acompanhar esses precedentes. 7. A empresa pretende afastar totalmente a tributação, pelo argumento de que a base de cálculo reconhecida pelo TJ-SP (preço pago pelo consumidor, sem abatimento) é incorreta. O pedido deve ser parcialmente provido, pois, embora devida a cobrança, o cálculo deve ser feito sobre base menor. 8. Não se trata de decisão extra petita, como aventado pelo Município, mas de deferimento, em parte, do pedido. 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Documento: 16940675 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 24/10/2011 Página 1 de 2.*

- destacamos -

No mesmo sentido, confira-se :



PREFEITURA DE NITERÓI

30/605821
Presidência de Sérgio Lima
Mat. 220.514-9

Fls. 11

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.365.847 - SP
(2010/0191111-6) RELATOR : MINISTRO ARNALDO
ESTEVES LIMA

AGRAVANTE : UNIMED PITANGUEIRAS COOPERATIVA
DE TRABALHO MÉDICO ADVOGADO : FERNANDO
CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE PITANGUEIRAS
PROCURADOR : ADILSON GALLO E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado por UNIMED PITANGUEIRAS COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO, com fundamento no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 373e): APELAÇÃO - MS - ISSQN - Cooperativa de serviços médicos. Atos cooperativos são os destinados a planejar e a coordenar o trabalho dos associados. Captação de clientes e venda de planos de saúde não se incluem entre os atos cooperativos. Incidência do tributo. Recurso desprovido. Nas razões do recurso especial, sustenta a agravante, além de dissídio entre julgados, violação dos arts. 3º 4º, 5º, 79, 85, 86 e 88 da Lei 5.764/71. Afirma que a "intermediação e o gerenciamento promovidos pela cooperativa, em benefício de seus associados, são, inegavelmente, atos cooperativos" (fl. 394e), sobre os quais não pode incidir o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Requer, de forma alternativa, que o mencionado tributo incida apenas sobre os valores relacionados à taxa de administração da cooperativa. Ausentes as contrarrazões (fl. 440e), foi negado seguimento ao recurso especial (fls. 458/459e).

Decido.

O Tribunal a quo, ao afirmar a possibilidade de incidência do ISSQN sobre atos não cooperativos, tais como a venda de planos de saúde, decidiu em consonância com entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: TRIBUTÁRIO - ISSQN - SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR - OPERADORA DE PLANOS DE SAÚDE - INCIDÊNCIA - ART. 1º E ITENS 4.22 E 4.23 DA LISTA DE SERVIÇOS - ART. 109 DO CTN - OPERADORA - PARTE LEGÍTIMA; CONTRIBUINTE - DISSÍDIO INTERPRETATIVO PREJUDICADO - ENTENDIMENTO DA 1ª. TURMA DESTA CORTE - SÚMULA 83/STJ. 1. A atividade de Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres e outros planos de saúde que se cumprem

Núcleo de Direito Tributário
Cadastrado 228.314-8
30/60 5/29/13



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 12

através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano, mediante indicação do beneficiário é fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN (itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003). 2. A Lei 9.656, de 1998, conceitua as aludidas atividades como prestação 3Superior Tribunal de Justiça de serviço continuado ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumido. 3. É contribuinte do ISSQN incidente sobre as atividades descritas nos itens 4.22 e 4.23 o operador de plano de saúde, definido no inciso II do art. 1º da Lei 9.656/98. 4. Divergência jurisprudencial entre Tribunais de Justiça prejudicada pelo entendimento da 1ª Turma do STJ, no mesmo sentido do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 83/STJ. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1108861/PB, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 8/9/09)

Incide, à espécie, o óbice da Súmula 83, aplicável, também, aos recursos interpostos pela alínea a do permissivo constitucional.

De outra parte, razão assiste à recorrente ao afirmar que o ISSQN deve incidir apenas sobre a taxa de administração cobrada dos contratantes do plano de saúde pela cooperativa. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. OBSCURIDADE CONFIGURADA. ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. ATOS NÃO COOPERADOS. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. O acórdão embargado deu provimento parcial ao recurso especial tão-somente para declarar que os atos cooperativos não estão sujeitos ao ISS, bem como para reconhecer a legalidade da incidência da exação, no que tange aos atos não-cooperados, apenas sobre a taxa de administração. 3. Desta sorte, reconhecida a exigibilidade do ISSQN, no caso de cooperativas de trabalho médico, sobre os serviços de administração de planos de saúde.



PREFEITURA DE NITERÓI

30/00579/11
Município de Niterói
Mat. 220.514-8

Fls. 13

procede o auto de infração relativamente aos seus itens 1.3 e 1.4 do auto de infração e imposição de multa. Aliás, a própria recorrente destaca tal circunstância, quando afirma que "(...) a cooperativa recebe dos contratantes dos seus planos de saúde uma taxa de administração, que não é repassada aos médicos cooperados, mas contrapartida das despesas que possui, tal não configuraria ato cooperativo, podendo ser colhido pela norma de incidência tributária".

4. Embargos de declaração acolhidos, nos termos da explicitação acima. (EDcl nos EDcl no REsp 875.388/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 8/9/09).

Destarte, conheço do agravo de instrumento para, dando parcial provimento ao recurso especial, limitar a incidência do ISSQN à taxa de administração do plano de saúde pela cooperativa.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de abril de 2011.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

Relator

Sufragando a mesma tese veja-se o aresto de nº875.388-SP, (Embargos de Declaração em Embargos de Declaração) relator o Exmo. Ministro Luiz Fux, embargante Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico e embargado o Município de Campinas, cujo cópia é ora anexada em sua íntegra para perfeita conclusão acerca da matéria, cabendo transcrever a parte dispositiva final – VOTO – em que conclui o Exmo. Sr. Ministro elucidando o conflito acerca da base de cálculo do tributo, a saber:

**EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 875.388 - SP
(2006/0175502-5)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. OBSCURIDADE CONFIGURADA. ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. ATOS NÃO COOPERADOS. **INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. O acórdão embargado deu provimento parcial ao recurso especial tão-somente para declarar que os atos cooperativos não estão sujeitos ao ISS, bem como para reconhecer a legalidade da incidência da exação, no que tange aos atos não-cooperados, apenas sobre a taxa de administração. 3. Desta sorte, "reconhecida a exigibilidade do ISSQN, no caso de cooperativas de trabalho médico**



PREFEITURA DE NITERÓI

Fls. 14

sobre os serviços de administração de planos de saúde, procede o auto de infração relativamente aos seus itens 1.3 e 1.4 do auto de infração e imposição de multa. Aliás, a própria recorrente destaca tal circunstância, quando afirma que "(...) a cooperativa recebe dos contratantes dos seus planos de saúde uma taxa de administração, que não é repassada aos médicos cooperados, mas contrapartida das despesas que possui, tal não configuraria ato cooperativo, podendo ser colhido pela norma de incidência tributária". 4. Embargos de declaração acolhidos, nos termos da explicitação acima.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Consoante o artigo 535, incisos I e II, do CPC, são cabíveis embargos de declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, qualquer omissão, obscuridade, contradição ou erro material. In casu, merece acolhida a pretensão da embargante, porquanto o acórdão prolatado em sede de recurso especial, em seu dispositivo, determinou que, in verbis: "Por esses fundamentos, ressaltando o meu posicionamento, **CONHEÇO PARCIALMENTE** do recurso e, nesta parte, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para afastar a incidência do ISS sobre os atos cooperados praticados pela recorrente, bem como determinar a incidência da exação, no que tange aos atos não cooperados, tão-somente sobre a taxa de administração, excluindo-se os valores pagos ou reembolsados aos associados." Deveras, a jurisprudência perfilhada pelas Turmas de Direito Público é no sentido de que não incide ISS sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados). Ao revés, os atos não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros, sujeitam-se à incidência do ISS, tendo como base de cálculo tão-somente a receita advinda da cobrança da taxa de administração. Isto porque a receita tributável não abrange os valores pagos ou reembolsados aos cooperados, haja vista não constituírem parte do patrimônio da Cooperativa. Elucidativo, nesse respeito, as conclusões tiradas no voto-vista do E. Ministro Teori Albino Zavascki, acompanhando esta relatoria, verbis (Fl. 442): Reconhecida a exigibilidade do ISSQN, no caso de cooperativas de trabalho médico, sobre os serviços de administração de planos de saúde, procede o auto de infração relativamente aos seus itens 1.3 e 1.4 do auto de infração e imposição de multa. Aliás, a própria recorrente destaca tal circunstância, quando afirma



PREFEITURA DE NITERÓI

30/60582/08
146
Município de Niterói
Mat. 226.516

Fls. 15

que "(...) a cooperativa recebe dos contratantes dos seus planos de saúde uma taxa de administração, que não é repassada aos médicos cooperados, mas contrapartida das despesas que possui, tal não configuraria ato cooperativo, podendo ser colhido pela norma de incidência tributária " (fl. 298). Ex positis, ACOLHO os embargos de declaração, nos termos da explicitação acima. É o voto.

Do atento exame de todo o processado, forçoso concluir que em sentido inverso ao que sistematicamente vem sendo decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o Município de Niterói, por sua fiscalização fazendária, ao proceder à apuração da base de cálculo do ISSQN sobre os serviços prestados pelas operadoras/cooperativas de planos de saúde tem considerado as receitas brutas provenientes da arrecadação dos valores expressos nos contratos coletivos e particulares por elas firmados com os seus contratantes/beneficiários, sem deduzir os repasses feitos às clínicas, hospitais e demais pessoas jurídicas e profissionais prestadores dos serviços médicos, consoante informado pelos próprios fiscais autuantes às fls. 265/266 do apenso nº 30/60.904/07 e bem assim às fls. 126 do proc.30/60.582/08, procedimento esse que, *concessa máxima venia*, frontalmente contraria o que restou consignado nos arestos transcritos, uma vez que tais valores (repasses ou reembolsos) não constituem parte do patrimônio da cooperativa como neste último decidido e como tal não podem ingressar a base de cálculo do imposto, cabendo excluí-los.

Ante todo o exposto, valendo-me da mesma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 111.707, o qual entendeu pela possibilidade de alteração do lançamento por parte do Conselho de Contribuintes, **VOTO** alinhando-me à pacífica e sedimentada jurisprudência daquela superior corte de justiça, dando provimento parcial ao recurso voluntário, no sentido de proceder-se ao recálculo do ISSQN devido pela recorrente relativamente ao período objeto do lançamento impugnado, devendo excluir-se da base de cálculo os valores consignados em seu balanço contábil atinentes aos repasses e reembolsos efetivamente por ela pagos às pessoas físicas ou jurídicas que tenham prestado serviços aos contratantes/usuários vinculados a seus planos de saúde - atos não cooperados - incidindo a exação, na espécie, somente sobre a denominada taxa de administração, sem embargo da redução da multa por descumprimento de obrigação de 100% para 30% como antes já proclamado.

Niterói, 24 de maio de 2013


Paulo F. Torres Costa
Conselheiro Relator

178
Ilceia de Souza Duarte
Mat. 228.514-8



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

ATA DA 603ª Sessão Ordinária

data: 24/05/2013

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/60.582/08 – Anexo 030/60.904/07

RECORRENTE:- Unimed São Gonçalo/Niterói Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares Ltda.

RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal

RELATOR: - Dr. Paulo Fernando Torres Costa

DECISÃO: - Por cinco votos contra três, foi dado provimento parcial ao Recurso Voluntário, no sentido de proceder-se ao recálculo do ISSQN devido pela recorrente relativamente ao período objeto do lançamento impugnado, devendo excluir-se da base de cálculo do imposto os valores consignados em seu balanço contábil atinentes aos repasses e reembolsos efetivamente por ela pagos às pessoas físicas ou jurídicas que tenham prestado serviços aos contratantes/usuários vinculados a seus planos de saúde, (atos não cooperados) incidindo a exação, na espécie, somente sobre a denominada taxa de administração, sem embargo da redução da multa por descumprimento de obrigação tributária de 100% (cem por cento) para 30% (trinta por cento) como antes já proclamado, nos termos do voto/Relator.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.518/2013

“ISSQN – COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS – BASE DE CÁLCULO – ATOS NÃO COOPERADOS – INCIDÊNCIA DA EXAÇÃO SOBRE A DENOMINADA TAXA DE ADMINISTRAÇÃO – POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTE. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL AUTORIZATIVO. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA CONSTANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE.”.

FCCN, em 24 de maio de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE
219.003-1


PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.582/08 – Apenso 030/60.776/07 –
“UNIMED SÃO GONÇALO/NITEROI SOCIEDADE COOPERATIVA DE
SERVIÇOS MEDICOS E HOSPITALARES LTDA”
RECURSO VOLUNTÁRIO
INSCRIÇÃO MUNICIPAL Nº.005.593-9

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por cinco votos, contra três, foi de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, no sentido de proceder-se ao recálculo do ISSQN devido pela recorrente relativamente ao período objeto do lançamento impugnado, devendo excluir-se da base de cálculo do imposto os valores consignados em seu balanço contábil atinentes aos repasses e reembolsos efetivamente por ela pagos às pessoas físicas ou jurídicas que tenham prestado serviços aos contratantes/usuários vinculados a seus planos de saúde, (atos não cooperados) incidindo a exação, na espécie, somente sobre a denominada taxa de administração, sem embargo da redução da multa por descumprimento de obrigação tributária de 100% (cem por cento) para 30% (trinta por cento) como antes já proclamado.

Em face do disposto no § 5º, do art. 40 do Decreto nº. 10.487/09, submeto à manifestação de Vossa Senhoria para ato homologatório do Exmo. Senhor Prefeito.

FCCN, em 24 de maio de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DA NITERÓI
PRESIDENTE

219.003-1



PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/60.582/08	05/09/08	Ana Cláudia do S. Moura Matrícula 239.703-1 	183

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, fls. 132 a 180, encaminhamos o presente, solicitando apreciação do Senhor Secretário, face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.

FNPF, em 05 de junho 2013.


Ana Cláudia do S. Moura
Matrícula 239.703-1