



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

Processo n° 10660.723449/2012-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.000 – 3ª Turma Especial
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria CP: COOPERATIVA DE TRABALHO.
Recorrente TOTAL ALIMENTOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2008 a 01/01/2010

INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NA SEARA ADMINISTRATIVA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE FORNECIDA PELO EMPREGADOR POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO À NORMA TRIBUTÁRIA OU POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE NORMA DE ISENÇÃO. MATÉRIA QUE SE DEIXOU DE IMPUGNAR CONSOLIDAÇÃO. SELIC. APLICAÇÃO POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE RECONHECIDA PELA STF.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar a exclusão dos levantamentos 011 - NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB; 012 - NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB relativos ao plano de saúde. Vencidos os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima e Oseas Coimbra Junior que entendem pela cobrança da contribuição social relativa aos serviços prestados por cooperados de cooperativa de trabalho médico de saúde. O Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima entende que não há previsão constitucional nem legal para a desoneração das contribuições previdenciárias relativas à cooperativa de trabalho médico de saúde, ao contrário, há previsão legal no art. 2º da Lei 12.690/2012. O art. 1º, parágrafo único, inciso I da Lei 12.690/2012 se refere à regulação específica pela legislação de saúde complementar (Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS). A contribuição previdenciária sobre os serviços prestados por intermédio de cooperativa de trabalho está prevista no art. 22, IV da Lei 8.212/91. Os serviços prestados são contratados e os valores são suportados pela empresa em benefício dos segurados. A cooperativa de trabalho, também se equipara à empresa quando da

Processo nº 10660.723449/2012-71
Acórdão n.º **2803-003.000**

S2-TE03
Fl. 249

contratação de outro serviço por intermédio de cooperativa de trabalho (art. 15, § único, Lei 8.212/91).

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.282.601-6, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da prestação de serviços de cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, bem como de contribuição relativa aos rendimentos/honorários/retribuição a contribuição individual em razão da prestação de serviços, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 12 a 16, com período de apuração de 12/2008 a 12/2009, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 19 e 20.

O Auto de Infração é composto pelos levantamentos denominados 011 – NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB; 012 - NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB e 021 – CI ANTONIO L GONZAGA FILHO, conforme Relatório Discriminativo de Débito – DD, de fls. 04.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 30/01/2013, conforme AR, de fls. 102.

O contribuinte apresentou petição de defesa, as fls. 106 e 107, postada, em 22/02/2013, conforme envelope de remessa, de fls. 208 e 209, com razões de defesa, acostadas, as fls. 108 a 124, acompanhada dos documentos, de fls. 125 a 207.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 210.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 09-43.589 - 5ª, Turma DRJ/JFA, em 25/04/2013, fls. 213 a 220.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 24/05/2013, conforme Termo de Ciência por Decurso de Prazo - TCDP, de fls. 225, bem como, em 31/05/2013, pelo Termo de Abertura de Documento – TAD, de fls. 226.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 227, com razões recursais, as fls. 228 a 242, postado, em 21/06/2013, conforme envelope de remessa, de fls. 245 e 246, acompanhado dos documentos, de fls. 243 e 244.

Mérito.

- que apesar de a recorrente figurar nos contratos, aditivos e notas como parte, os serviços são contratados por conta e ordem dos empregados, nos termos de Acordo Coletivo com os sindicatos e com previsão de desconto em folha;

- que a recorrente não mantém relação com os prestadores de serviços – os cooperados – sendo assim, improcedente o lançamento, devendo este ser anulado;
- que o artigo 22, IV, da Lei 8.212/91 viola a Constituição, pois esta exige LC como veículo a introduzir tributo que não está previsto na Constituição, razão pela qual o lançamento deve ser julgado improcedente;
- que a exação não pode subsistir, não havendo óbice ao exame de questões constitucionais e legais trazidas pelo contribuinte, não podendo o órgão julgador recusar-se ao seu exame, sendo inexigível a contribuição sobre cooperativa de trabalho médico;
- que a contribuição exigida no artigo 22, IV, da Lei 8.212/91 não encontra correspondência no artigo 195, I, “a”, “b” e “c”, da CF/88, bem como não é a recorrente a beneficiária dos serviços, mas sim seus empregados, havendo co-participação dos empregados, não havendo folha de salários e demais rendimentos, pois os cooperados não são pagos pela recorrente;
- que a cooperativa contratada é pessoa jurídica, não havendo identificação dos valores pagos aos cooperados, bem como a contribuição não se amolda ao lucro, pois elege a prestação de serviços como hipótese de incidência, não havendo previsão legal para a aplicação de 30% da base como consta do lançamento;
- que a exigência é confiscatória ao exigir taxa SELIC, cita o TJMG, sendo a utilização de tal taxa ilegal, pois implica juros remuneratórios, o que configura usura;
- Ao final espera a recorrente: a) julgamento com provimento do recurso e cancelamento da exigência fiscal.

A autoridade preparadora considerou o recurso tempestivo, fls. 247.

Os autos subiram ao CARF, fls. 247.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Inicialmente, cumpre informar que o julgador *a quo* está correto não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

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

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade das leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Cumpre esclarecer, ainda, que como consta do crédito e do relatório deste acórdão o presente lançamento é composto pelos levantamentos denominados 011 – NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB; 012 - NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB e 021 – CI ANTONIO L GONZAGA FILHO, conforme Relatório Discriminativo de Débito – DD, de fls. 04.

A recorrente nada fala, alega ou se insurge em face do levantamento 021 – CI ANTONIO L GONZAGA FILHO, logo aplica-se aqui os artigos 14 e 17, do Decreto 70.235/72, isto é, não sendo impugnada de forma expressa ocorre a preclusão da matéria e o lançamento se consolida em relação a esta.

A exação em tela nestes autos vêm sendo objeto de muitas discussões no âmbito do contencioso administrativo e até o momento vinha me posicionando ao lado de sua validade.

Todavia, após novas reflexões e análise de vários elementos entre os quais os estudos sobre a matéria realizado pelo Cons. Amílcar Barca Teixeira Júnior, passo a adotar um novo posicionamento.

Realmente, de um olhar mais aguçado verifico que a questão em tela não se subsume ao que consta do artigo 22, IV, da Lei 8.212/91, observe-se os esclarecimentos.

O citado texto legal diz que “...relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados...”, e, como bem disse a recorrente os serviços não são prestados a ela recorrente, mas sim aos seus trabalhadores.

A diferença pode ser sutil, mas implica em uma significativa mudança de direção. Um exemplo, talvez, possa por luz sobre a matéria.

Imagine-se uma cooperativa de trabalho típica – como a de carregadores e descarregadores de carga, em uma empresa transportadora.

Ora a transportadora vai contratar a cooperativa que colocará nas dependências desta ou de terceiros por aquela indicados, os cooperados que realizarão os serviços.

Ou seja, uma pessoa jurídica contrata uma cooperativa e recebe serviços dos cooperados por intermédio da cooperativa, hipótese da Lei 8.212/91, artigo 22. IV.

No caso dos autos a empresa contrata a cooperativa que disponibilizará os cooperados que prestarão os serviços, nos seus consultórios próprios ou nas dependências de hospitais e clínicas conveniadas e os serviços serão prestados aos trabalhadores pessoas físicas e não a empresa contratante.

Além disso, ainda, se pode indagar, por que a contratação de uma cooperativa ensejaria a contribuição do artigo 22, IV, da Lei 8.212/91 e a contratação de uma empresa comercial de assistência a saúde não ensejaria esta contribuição, mas apenas as contribuições convencionais.

E por que a empresa que fornece assistência à saúde a seus empregados por intermédio de cooperativa não pode beneficiar-se da isenção do artigo 28, § 9º, alínea “q”, sendo que a que contrata empresa comercial de assistência à saúde faria jus a esta isenção.

Destarte, penso que se tem duas possibilidades que excluem a exação ou a situação não se amolda ao artigo 22, IV, da Lei 8.212/91, pois o serviço não é prestado a favor da empresa contratante, mas sim dos empregados ou a empresa que presta assistência à saúde a seus trabalhadores dentro das determinações legais independentemente do tipo de prestador contratado faz jus a isenção do artigo 28, § 9º, alínea “q”, como citado.

Qualquer que seja a tese que se abrace a exação torna-se indevida, isto é, deixa de ter suporte e substrato a sua exigência.

Quanto a SELIC a sua utilização é absolutamente admitida e normal na esfera tributária.

O artigo 34, da Lei 8.212/91, assim o determinava, bem como é admitida pela Súmula 4 do CARF e pelos nossos tribunais superiores – STJ e STF.

Aliás, o próprio CARF tem Súmula sobre o assunto.

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

O STJ assim se posiciona, sendo inclusive compatível com o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66 para este tribunal superior.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ANÁLISE DOS REQUISITOS FORMAIS DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. NÃO OCORRÊNCIA DE DENÚNCIA ESPONTÂNEA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. 1. "Avaliar a necessidade da produção de prova pericial atrai o óbice contido na Súmula 7/STJ, haja vista tal providência demandar o revolvimento do substrato fático-probatório permeado nos autos" (AgRg no Ag 989.493/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 23/06/2008). 2. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA que aparelha a execução fiscal demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ. 3. É inaplicável o benefício do art. 138 do CTN ao tributo confessado e não-pago pelo contribuinte. 4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp. n. 1.111.175/SP, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pacificou entendimento, pela sistemática do art. 543-C, do CPC, no sentido da legalidade da Taxa Selic, a qual incide sobre o

crédito tributário a partir de 1.1.1996 - não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária - tendo em vista que o art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95 preenche o requisito do § 1º do art. 161 do CTN. 5. O presente agravante regimental tratou, também, de questões diversas daquelas pacificadas em sede de recurso repetitivo, pelo que deixo de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC. 6. Agravo regimental não provido. (AGA 200900895519, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, 28/09/2010) (grifo meu).

A SELIC em recente julgamento do STF no sistema da Repercussão Geral Tema nº 214, no RE 212.209, em 08/06/2011, foi considerada cabível e compatível com a seara tributária, conforme sua página de notícias, assim pensa, também, o STJ, observe-se os textos.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (SFT) ratificou, ontem, quarta-feira (18), por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 582461, interposto pela empresa Jaguarly Engenharia, Mineração e Comércio Ltda. contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), que entendeu que a inclusão do valor do ICMS na própria base de cálculo do tributo – também denominado “cálculo por dentro” – não configura dupla tributação nem afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

No caso específico, a empresa contestava a aplicação, pelo governo de São Paulo, do disposto no artigo 33 da Lei paulista nº 6.374/89, segundo o qual o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.

*Súmula Em 23 de setembro de 2009, o Plenário do STF reconheceu **repercussão geral** à matéria suscitada no RE. Após a decisão do RE, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, propôs que fosse editada uma súmula vinculante para orientar as demais cortes nas futuras decisões de matéria análoga. Assim, uma comissão da Corte vai elaborar o texto da súmula para ser posteriormente submetido ao Plenário.*

O caso A decisão da Justiça paulista afastou a alegação da empresa de que o artigo 13, parágrafo 1º, da Lei Complementar (LC) nº 87/96 (que prevê a inclusão do valor do ICMS na sua própria base de cálculo), bem como o artigo 33 da lei paulista nº 6.374/89, no mesmo sentido, conflitariam com a Constituição Federal (CF) no que diz caber a lei complementar definir os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos.

Considerou legítima, ainda, a aplicação da taxa Selic e da multa de 20% sobre o valor do imposto corrigido. (grifos meus).

Esta casa de justiça vem assim decidindo.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – ESCLARECIMENTOS. Em se tratando de situação concreta a reclamar esclarecimentos, impõe-se prover os declaratórios sem o empréstimo de eficácia modificativa. TAXA SELIC – DÉBITO TRIBUTÁRIO. O Tribunal, na sessão plenária de 18 de maio de 2011, apreciando o Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, assentou a legalidade da aplicação da taxa Selic para fins tributários. (AI 760894 AgR-ED, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RET v. 15, n. 85, 2012, p. 139-141) (realce meu) da Lei 8.212/91 erado não tem vínculo empregatício com o contratante dos serviços, porém seu trabalho e pago por intermédio da cobrança da fatura em face do contratante e o cooperado presta os serviços aos beneficiários da contratante ou indicados pela contratante ou vinculados a contratante. (realce meu).

Assim com esses esclarecimentos rejeito parte das alegações de mérito, suscitadas pela recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, para determinar a exclusão dos levantamentos 011 – NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB; 012 - NFPS EMITIDAS POR COOP TRAB relativos ao plano de saúde.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.