



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

Processo n° 10865.001438/2009-35
Recurso n° 10.865.001438200935 Voluntário
Acórdão n° **2803-003.960 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 20 de janeiro de 2015
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente ENGEMIL G.M. COMERCIO E SERVICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/2004 A 30/11/2008

COOPERATIVA DE SAÚDE. CONTRIBUIÇÃO 15%. NÃO INCIDÊNCIA.

Não incide 15% de contribuições previdenciárias sobre a prestação de serviço de saúde prestado por cooperativas, por não se caracterizar cooperativa de trabalho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Os Conselheiros Oseas Coimbra Junior e Helton Carlos Praia de Lima votaram pelas conclusões.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos

PRESIDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO NA DATA DA FORMALIZAÇÃO.

Processo nº 10865.001438/2009-35
Acórdão n.º **2803-003.960**

S2-TE03
Fl. 3

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Relator *ad hoc* na data da formalização.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA (Presidente), AMÍLCAR BARCA TEIXEIRA JUNIOR, OSEAS COIMBRA JUNIOR, GUSTAVO VETTORATO (Relator), EDUARDO DE OLIVEIRA.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário que manteve o Auto de Infração de Obrigação Acessória que manteve o crédito lançado referente à incidência do disposto no art. 22, IV, da Lei n.8.212/1991, com a redação da Lei 9876/1999, da contribuição previdenciária de 15% sobre o pagamento de cooperativas de serviços médicos (UNIMED). O período do lançamento do crédito engloba diversas competências de 01/2004 a 12/2008. A intimação inicial deu-se em 18.08.2010.

O Recurso Voluntário alega ser improcedente o lançamento em razão dos seguintes motivos: ilegalidade e inconstitucionalidade da contribuição cobrada.

Vieram os autos para apreciação nesta turma especial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira - Relator designado ad hoc na data da formalização

Para registro e esclarecimento, pelo fato do conselheiro responsável pelo voto ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designado AD HOC para redigir o voto.

Esclareço que aqui reproduzo as razões de decidir do então conselheiro, com as quais não necessariamente concordo.

I - O recurso foi apresentado tempestivamente, conforme supra relatado, atendido os pressupostos de admissibilidade, assim deve o mesmo ser conhecido.

II – Primeiramente, deve-se atentar para o entendimento inaugural de Turma Especial, que já havia reconhecido que a contribuição prevista no art. 22, IV, da Lei n.8.212/1991, com a redação da Lei 9876/1999, não incidiria sobre a contratação de cooperativas de serviços médicos.

No caso presente, reforça o meu entendimento em razão de que a Recorrente comprova nos autos de que os reais beneficiários e tomadores dos serviços da Cooperativa de Serviço Médico (Unimed)são os empregados e diretores, bem com são deles integralmente os com tal prestação de serviço, como se verifica mediante comparação do boleto/fatura e os recibos de pagamento de vencimentos dos empregados. Ou seja, a empresa além de não se beneficiar de tais serviços, ela também não é a real contratante, mas seus empregados.

Peço vênia e paciência aos demais conselheiros e contribuintes para transcrever o voto vista do Cons. Amílcar Teixeira, proferido e lido no dia 21.11.2013, nos autos do processo n. 10660.721971/2011-38, mas que ainda está em apreciação desta turma na sessão de janeiro de 2014:

Solicitei vistas destes autos objetivando realizar um estudo mais aprofundado sobre a matéria, tendo em conta que o assunto, desde a sua implementação pela Lei nº 9.876/1999, que incluiu o inciso IV ao art. 22 da Lei nº 8.212/91, vem sendo motivo de calorosos debates entre o Fisco Federal, tomadores de serviços das cooperativas de trabalho e também das próprias cooperativas do referido ramo.

Os debates referidos no parágrafo anterior ocorreram e ocorrem tanto no âmbito do Processo Administrativo Fiscal – PAF, como também no âmbito do contencioso judicial.

A propósito, a discussão sobre a obrigatoriedade de que trata o inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, já chegou ao Supremo

Tribunal Federal – STF, e é objeto de ADIN, bem como de Repercussão Geral, estando as duas situações ainda pendentes de julgamento.

Em seu recurso, o contribuinte demonstra indignação em face do resultado obtido no julgamento de sua impugnação.

De acordo com o relatório elaborado pelo relator originário, o Conselheiro Oseas Coimbra Júnior, “trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que manteve os autos de infração lavrados. O DEBCAD 37.286.245-4 se refere às contribuições de 15% da empresa sobre o valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços por cooperativas, no período de 05/2006 a 12/2010, compreendendo os levantamentos CT, CT1 e CT2”.

Como se pode observar, a autoridade lançadora realizou seu trabalho sem qualquer investigação sobre o fenômeno da prestação de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho, e sequer cogitou de a prestação de serviços ter sido realizada em atividade exclusiva de assistência à saúde, situação que mereceu especial atenção do próprio legislador ao elaborar a lei que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e que instituiu o Plano de Custeio, ou seja, a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Do mesmo modo, entendeu o ilustre relator quando afirma em seu voto que “demonstrada a contratação com cooperativa de trabalho, para a prestação de serviços prestados por cooperados, devida a contribuição prevista no art. 22, IV da Lei 8.212/91”.

Nota-se, pois, que a exemplo da autoridade lançadora, o relator Oseas Coimbra Júnior também dispensou qualquer análise mais acurada dos fatos e entendeu pela manutenção do lançamento, aplicando diretamente a regra do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

No ponto, alerta mais uma vez, que a prestação de serviços em questão diz respeito exclusivamente à assistência à saúde, matéria que, como já mencionado, mereceu especial atenção do legislador.

Mais adiante, cuidaremos da explicitação a respeito da tal atenção especial do legislador quando o assunto versar sobre assistência à saúde.

Seguindo em frente, com a manutenção do lançamento pelo acórdão recorrido, o contribuinte alega, dentre vários argumentos, o seguinte:

A Recorrente é simplesmente mandatária dos seus associados, não contratando diretamente os serviços da cooperativa de médicos, mas, sim, viabilizando a contratação dos serviços,

diretamente por cada um dos seus associados, consumidores finais, e, portanto, tomadores daqueles serviços.

A contribuição previdenciária de que se trata é legal sob a justificativa de que sua incidência se reporta ao rendimento pago à pessoa física que se insere numa cooperativa, mas presta serviço diretamente à empresa, a Recorrente não pode ser contribuinte da exação, pois, quem se beneficia do serviço prestado é a pessoa física associada à entidade, sendo aquela pessoa física que efetivamente paga a contraprestação financeira ao cooperado. Inexiste relação jurídico tributária entre a Recorrente e a União Federal. (grifou-se e destacou-se)

Os argumentos do contribuinte, com se vê, estão em perfeita sintonia com a vontade do legislador, conforme se pode inferir de parte da exposição de motivos da Lei nº 9.876/1999, que incluiu o inciso IV ao art. 22 da Lei nº 8.212/91, in verbis:

Proposta **Propõe-se que a contribuição previdenciária a cargo à empresa, quando da contratação de contribuintes individuais, mesmo que por intermédio de cooperativas de trabalho, seja a mesma que aquela existente quando da contratação de segurados empregados.**

Note-se que, no caso de autônomos com baixo valor de remuneração sujeita a contribuição, esta medida significa uma redução da carga global de contribuição (a redução da parcela do contribuinte individual mais do que compensa o aumento da parcela a cargo da empresa), estimulando a filiação do contribuinte à Previdência Social.

Com isso, haverá a equalização do custo previdenciário da mão-de-obra para as empresas no que se refere à contratação dos contribuintes individuais e empregados, eliminando-se o atual viés favorável à redução de empregos formais, exercido pela estrutura de alíquotas previdenciárias em vigor.

Na proposta está prevista a majoração da alíquota patronal quando da contratação de contribuintes individuais, concomitantemente à instituição de mecanismo de compensação na contribuição do segurado. Este poderá deduzir de sua contribuição até 9 pontos percentuais da alíquota que incide sobre o seu salário-de-contribuição, de forma a neutralizar a elevação da contribuição da empresa.

O referido mecanismo de compensação também inibe fraudes no sistema, pois o contribuinte individual torna-se fiscal das contribuições da empresa, devido à necessidade de comprová-las para obter a redução em sua própria contribuição. Além disso, há o incentivo à formalização do vínculo entre contribuinte individual e empresa, porque a prestação de serviços a empresas implica redução da carga contributiva para o contribuinte individual.

No caso da intermediação das cooperativas de trabalho, a atual sistemática de contribuição, em que cabe à cooperativa a

contribuição patronal de quinze por cento sobre os valores distribuídos aos cooperados, tem-se revelado frágil diante dos diferentes artificios legais criados para evadir a contribuição previdenciária, tais como: a inclusão de pessoas jurídicas na condição de cooperadas ao lado de pessoas físicas, a criação de uma série de fundos estatutários como forma de diminuir a distribuição da retribuição pelos serviços prestados, o reinvestimento dessa retribuição e outras.

*Proposta **Propõe-se estabelecer que a contribuição da empresa contratante dos serviços por intermédio de cooperativas de trabalho** incida sobre o valor bruto da nota fiscal', ou fatura, cuja base de cálculo é de imediato conhecida. Trata-se de uma sistemática de fácil operacionalização e que propiciará um controle efetivo sobre a contribuição desse segmento.*

A medida proposta encontra similitude naquela já adotada para outros segmentos econômicos, a exemplo do que ocorre com os clubes de futebol profissional, cuja contribuição incide sobre a receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos e de qualquer forma de patrocínio, licenciamento de uso de marcas e símbolos, publicidade, propaganda e transmissão de espetáculos desportivos.

O percentual proposto de quinze por cento decorre do fato de que o valor pago pelo tomador de serviços do cooperado, contratado mediante a interposição de cooperativa de trabalho, não é totalmente distribuído a ele.

Parte do pagamento é destinada a despesas administrativas, tributárias e constituição de fundos de reserva. Assim, o valor distribuído ao cooperado corresponde ao valor bruto da nota fiscal ou fatura, deduzidas as parcelas antes referidas, diferentemente do que ocorre quando a empresa contrata um contribuinte individual que não é cooperado, onde a remuneração não sofre qualquer abatimento.

*Neste último caso, a contribuição pretendida é de vinte por cento sobre a totalidade da remuneração. Logo, **o percentual proposto, quando há a intermediação da cooperativa de trabalho**, a incidir sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, deve ser tal que produza a mesma contribuição que o percentual de vinte por cento sobre a parcela destinada ao cooperado, em igualdade de condições a um contribuinte individual que não é cooperado.*

Partindo deste pressuposto, e analisando diversas planilhas de custos e distribuição de remunerações a cooperados em diferentes cooperativas, de segmentos variados, verifica-se que, em média, os valores correspondentes a despesas administrativas, tributárias e fundos de reservas correspondem a vinte e cinco por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, destinando-se, o restante – setenta e cinco por cento – à retribuição do cooperado.

Assim, buscando a isonomia de tratamento entre as diferentes formas de contratação, o percentual a incidir sobre a nota fiscal ou fatura de prestação de serviços é aquele correspondente a vinte por cento sobre os setenta e cinco por cento distribuídos ao cooperado, o que resulta em um percentual de quinze por cento, conforme proposto. Em outras palavras, é um percentual que mantém constante a contribuição previdenciária, independentemente de a empresa contratar um cooperado ou outro contribuinte individual.

Não cabe aqui o argumento de que se estaria instituindo uma nova modalidade de custeio, diferente daquelas autorizadas pelo art. 195 da Constituição, para o que seria necessária a edição de Lei complementar.

Mesmo havendo a intermediação da cooperativa de trabalho, com contrato Armado entre esta e o tomador, o contratado é o cooperado – contribuinte individual – e não a cooperativa.

Pela própria natureza jurídica da cooperativa de trabalho, esta não presta serviço a terceiros, senão aos próprios cooperados.

Diferentemente das demais empresas, a cooperativa é constituída, exclusivamente, para prestar serviços aos seus cooperados e, por isso, o tomador dos serviços da cooperativa é o próprio cooperado.

O terceiro que contrata a cooperativa é, na verdade, tomador dos serviços do cooperado, em igualdade de condições com aquele que contrata qualquer outro contribuinte individual. Um trabalhador, seja ele empregado ou contribuinte individual, seja diretamente ou por intermédio de cooperativa de trabalho, de tal forma a, mais uma vez, resguardar-se o caráter de neutralidade da Previdência Social diante das diversas formas e possibilidades de contratação de mão-de-obra. (grifou-se e destacou-se)

Da leitura dos argumentos apresentados pelo contribuinte, em confronto com a vontade do legislador, nomeadamente nos pontos em destaque, é possível concluir que a norma impositiva (Inciso IV do art. 22 da lei nº 8.212/91) diz respeito somente à situação em que a empresa se beneficia de forma direta dos serviços que lhes são prestados por cooperados, por intermédio de cooperativas de trabalho, o que definitivamente não é o caso dos autos.

Neste contexto, numa clara evolução do julgador administrativo, considerando a similitude das situações, os membros da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, na sessão de 20 de janeiro de 2012, no julgamento do Processo 11444.000189/2009-84, Acórdão nº 2401-02.243, assim decidiram por unanimidade de votos:

ASSUNTO: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/03/2004 a 31/10/2007 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO. CUSTO RATEADO ENTRE BENEFICIÁRIOS E EMPREGADOR. EMISSÃO DE FATURA EM NOME DE SINDICATO REPRESENTATIVO DA CATEGORIA DOS BENEFICIÁRIOS PARA REPASSE DOS VALORES DESCONTADOS DOS MESMOS. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

A contribuição incidente sobre as faturas emitidas por serviços prestados para empresa por cooperados intermediados por cooperativa de trabalho médico não incidem sobre a parcela a cargo dos empregados, quando constante de fatura emitida a parte, mesmo que o valor seja faturado em nome do Sindicato representativo da categoria dos beneficiários, quando este apenas repassa o valor descontado dos seus filiados para custeio do convênio saúde. (grifou-se e negritou-se)

Ao tratar especificamente do fato gerador e a sua previsão legal, o Relator Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo teve o seguinte posicionamento:

Assim dispõe o art. 22, IV da Lei nº 8.212/1991:

Art 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

IV – quinze por cento sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestado por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

(...)

Da norma acima, pode-se extrair que o fato gerador da contribuição em questão é a prestação de serviços à empresa pelos cooperados, os quais tenham sido intermediados por cooperativa de trabalho. Assim, somente configura-se a hipótese de incidência se:

A destinatária da prestação de serviços for a empresa;

Os serviços forem prestados por pessoa física; e A contratação tenha se dado por intermédio de cooperativa de trabalho (...)

De acordo com a norma inserta no inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, dos requisitos a justificar a exação é a prestação de serviço ao sujeito passivo, o que não se verifica para o Sindicato, uma vez que os serviços não foram prestados aos funcionários do mesmo. O que ocorreu foi a disponibilização dos serviços médicos a filiados de sua base, porém, o custeio da parcela que foi faturada em nome da entidade sindical foi o valor integral descontado dos trabalhadores.

Não se vê na espécie o Sindicato custeando qualquer parcela pelos serviços executados, mas apenas figurando como intermediário no repasse da quantia de responsabilidade dos beneficiários, seus filiados.

Situação diversa ocorreria se o Sindicato estivesse suportando todo o ônus do contrato, ou mesmo se as faturas tivessem sido integralmente emitidas em seu nome, Verifica-se, no caso em tela, que deve ser aplicada a norma do art. 293 da Instrução Normativa – IN nº 03/2005 (vigente no período do lançamento), a qual prevê que, nos contratos de plano de saúde coletivo, havendo uma fatura correspondente à parte do empregador no custeio do plano e outra vinculada ao encargo dos beneficiários, apenas deve incidir contribuição sobre o valor faturado contra a empresa, verbis:

Art. 293. Na celebração de contrato coletivo de plano de saúde da cooperativa médica ou odontológica com empresa, em que o pagamento do valor seja rateado entre a contratante e seus beneficiários, deverão ser consideradas, para efeito da apuração da base de cálculo da contribuição, nos termos dos arts. 291 e 292, as faturas emitidas contra a empresa.

Parágrafo único. Caso sejam emitidas faturas específicas contra a empresa e faturas individuais contra os beneficiários do plano de saúde, cada qual se responsabilizando pelo pagamento da respectiva fatura, somente as faturas emitidas contra a empresa serão consideradas para efeito de contribuição.

A situação que ora se analisa pode ser equiparada à hipótese tratada na norma acima, uma vez que o valor da fatura destinada ao Sindicato é exatamente o montante descontado dos beneficiários do plano de saúde.

Nesse sentido, sou forçado a admitir que, na espécie, somente caberia tributação sobre o valor arcado pela SANTA CRUZ, sendo improcedentes as contribuições lançadas contra o Sindicato da categoria profissional a que pertencem os beneficiários da prestação de serviços médicos realizada pela UNIMED DE OURINHOS. (grifou-se e negritou-se)

A parte inicial do art. 293 da então IN SRP nº 03/2005 inova ao fazer referência à cooperativa médica ou odontológica, dispondo, assim, de forma diversa da previsão legal (inciso IV do art. 22 da lei nº 8.212/91), que fala em cooperativa de trabalho.

De qualquer modo, o que se deve observar, em casos como o em discussão, é a verdade material, assunto que será tratado adiante.

No concernente ao correto enquadramento de que trata estes autos, é de extrema importância para o deslinde da questão, verificar, também, a evolução legislativa, notadamente o art. 1º da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho – PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, in verbis:

Art. 1º. A Cooperativa de Trabalho é regulada por esta Lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis nºs 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

Parágrafo único. Estão excluídas do âmbito desta Lei:

I - as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar;

II - as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho;

III - as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e IV - as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

A inovação do legislador infralegal expressa na parte inicial do art. 293 da IN SRP nº 03/2005, como se pode observar, já era prenúncio de radical mudança legislativa futura.

O legislador de 2012, ao cuidar especificamente da lei própria das cooperativas de trabalho, já de pronto (parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.690), exclui do âmbito da mencionada lei, I – as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar; II – as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; III – as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e IV – as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

Refletindo sobre as inovações legislativas trazidas pela Lei 12.690/2012, resta totalmente evidenciado que a exclusão do âmbito da lei própria das cooperativas de trabalho abrange as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar.

Como se pode observar, o legislador reconheceu que as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde complementar não são cooperativas de trabalho nos moldes previstos no inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91.

Aliás, tal reconhecimento já tinha ocorrido em 1998, quando entrou em vigor a Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

De acordo com o inciso II do art. 1º da Lei nº 9.656/98, a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de cooperativa será uma Operadora de Plano de Assistência à Saúde, in verbis:

Art.1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I-Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços 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 consumidor; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II-Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

III-Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o §1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§1º Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

a) custeio de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

b)oferecimento de rede credenciada ou referenciada; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

c)reembolso de despesas; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

d)mecanismos de regulação; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

e)qualquer restrição contratual, técnica ou operacional para a cobertura de procedimentos solicitados por prestador escolhido pelo consumidor; e (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

f)vinculação de cobertura financeira à aplicação de conceitos ou critérios médico-assistenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§2º Incluem-se na abrangência desta Lei as cooperativas que operem os produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, bem assim as entidades ou empresas que mantêm sistemas de assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§3º As pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior podem constituir ou participar do capital, ou do aumento do capital, de pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob as leis brasileiras para operar planos privados de assistência à saúde. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º É vedada às pessoas físicas a operação de plano ou seguro privado de assistência à saúde.

Com efeito, não há qualquer sombra de dúvida a respeito da natureza jurídica das cooperativas que atuam na área da saúde suplementar, ou seja, tais cooperativas há muito tempo já não são consideradas como cooperativas de trabalho pelo Poder Público.

Nesse compasso, considerando a forma em que a fiscalização foi realizada, nomeadamente no que concerne à descrição do fato gerador da exação discutida, bem como em relação à análise do relator originário, pode-se afirmar com absoluta segurança que a verdade material não foi perseguida por aqueles que me antecederam.

A verdade material, como é do conhecimento dos operadores do direito, constitui-se num dos princípios específicos do Processo Administrativo Fiscal – PAF. Dela ninguém pode imiscuir-se.

Sobre o assunto, Marcos Vinícius Neder e Maria Teresa Martínez López (In Processo Administrativo Fiscal Feral Comentado. – 2. Ed. – São Paulo : Dialética, 2004. p. 74) asseveram:

Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. Odete Medauar preceitua que “o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos”.

Vê-se, portanto, que determinar o fato gerador sob a alegação de que se trata de cooperativa de trabalho e, por isso, deve-se aplicar diretamente o inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, sem buscar a verdade material exposta pelos doutrinadores acima citados, data máxima vênia, é prova cabal de que a constituição do crédito tributário não atendeu às exigências previstas no CTN, em especial aquelas descritas no art. 142 do referido diploma legal.

Ademais, no caso destes autos, tanto a autoridade administrativa lançadora, os julgadores de primeira instância administrativa, com também o ilustre relator originário deixaram de observar que a prestação de serviços foi realizada em atividade exclusiva de assistência a saúde, mediante convênio saúde firmado por uma cooperativa operadora de plano de assistência à saúde com a Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Varginha e Região.

Não observando importante detalhe envolvendo a prestação de serviços na área da saúde suplementar, entendo que aqueles que me antecederam falharam em seus julgamentos, pois deixaram de observar o comando inserto no § 2º do art. 22 da Lei nº 8.212/91, que remetendo o assunto para o § 9º do art. 28 do mesmo diploma legal, criou uma regra de não incidência tributária condicionada. Os dispositivos legais citados contém a seguinte redação:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

§ 2º. Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 9º. Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta lei, exclusivamente:

(...)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

Ora, se não integram o salário-de-contribuição os valores relativos à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, como é o caso dos autos, a única maneira para efetuar o lançamento em discussão, seria o enquadramento da relação contratual às disposições contidas na parte final da alínea “q” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, na hipótese de a cobertura não abranger a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

Obviamente que os associados aposentados, pensionistas e idosos de Varginha e região não se enquadram na figura de empregados da associação. Contudo, entendo que eles se equiparam à dirigentes da empresa, tendo em vista que constituíram a associação para que ela cuide dos seus interesses associativos. Apesar de nem todos ocuparem posições diretivas ou fiscalizatórias na entidade, não existe nenhum impedimento legal para que aqueles que interessarem pela condução direta da entidade, candidate aos referidos postos.

Destarte, por se tratar expressamente de regra de não incidência de tributos, concordo parcialmente com os membros da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, quando eles por unanimidade deram provimento ao recurso voluntário do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria de Energia de Ipauçu, de acordo com o que consta no Acórdão 2401-02.243, originário da Sessão de 20 de janeiro de 2012, que julgou o Processo 11444.000189/2009-84.

A concordância parcial, explico, se dá pelo simples motivo de os membros da citada Turma não terem estendido o provimento também à empresa Santa Cruz. O fato de a empresa ter arcado

às suas expensas com parte do custo com o plano de saúde firmado com a Unimed de Ourinhos, sem a estrita observância da verdade material c/c as regras da alínea “q” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, para mim não atendeu os regramentos dispostos na legislação de regência.

Como já referido anteriormente, no processo administrativo o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados. A autoridade administrativa não fica obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, podendo e devendo buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, situação que, objetivamente, não foi observada nestes autos.

Tendo em vista que verba constante do lançamento diz respeito à assistência à saúde, disponibilizada aos membros da Associação dos Aposentados, Pensionistas e Idosos de Varginha e Região, por intermédio de convênio saúde, sou obrigado a reconhecer que se trata de matéria abrangida pelo instituto da não incidência, conforme expressamente dispõe a alínea “q” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

Desse modo, efetuar o enquadramento do fato à norma, sob a alegação de que a contratação de serviços por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho determina o recolhimento de 15% (quinze por cento) sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, ex vi do art. 22, IV, da Lei nº 8.212/91, sem considerar as disposições contidas na última linha do parágrafo anterior, data vênua, é fazer letra morta o instituto da não incidência prevista na Lei de Custeio da Previdência Social.

Reconhecer a não incidência do tributo, nos convênios saúde firmados com operadoras de plano de assistência à saúde, constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial ou entidade de autogestão nos moldes estabelecidos pela Lei nº 9.656/98 e não enquadrar as cooperativas também operadoras de plano de assistência à saúde, na mesma situação, é a caracterização de odiosa discriminação contra esse tipo societário.

Ao voto transcrito acima, filio-me integralmente de forma a torná-lo parte integrante do presente voto.

Ainda, mesmo com o aprofundado estudo do Cons. Amílcar Teixeira, entendo apenas que deve ser acrescentado um ponto: a impossibilidade da legislação tributária, em especial a infra-legal, alterar conteúdo e alcances das instituições e conceitos do direito privado. Ao caso ficou claro que a legislação privada que regula as atividades das cooperativas separa cooperativas de trabalho e cooperativas de serviços médicos, como plenamente já explanado. Inclusive cada um dos tipos tem especificações, conteúdos e regimes jurídicos próprios e diversos. Ou seja, não pode a legislação tributária, sem previsão legal específica, ser amalgamada para fins de incidência tributária, sob ofensa ao princípio da legalidade e de

interpretação restritiva dos institutos de direito privado (art. 150, da CF/1988, arts. 97, 110 e 111 do CTN).

“As empresas que operacionalizam planos de saúde repassam a remuneração do profissional médico que foi contratado pelo plano e age como substituta dos planos de saúde negociados por ela, sem qualquer outra intermediação entre cliente e serviços médico-hospitalares. Nesse caso, não incide a contribuição previdenciária” (REsp 633134/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 16.9.2008). Outros precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 25.2.2004; EDcl nos EDcl no REsp 442829/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 26.5.2004).

De fato, estamos perante a mais um caso de não-incidência, pois as cooperativas de prestação de serviços médicos não são os sujeitos passivos da regra-matriz de imposição tributária obtida do inciso IV ao art. 22 da Lei nº 8.212/91.

III - De qualquer forma, como argumento suplementar, deve-se também observar que em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 595838, no dia 23.04.2013, sob os auspícios de efeitos de repercussão geral, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 22, IV, da Lei n. 8.212/1991, justamente o fundamento principal da exação em questão:

EMENTA Recurso extraordinário. Tributário. Contribuição Previdenciária. Artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Sujeição passiva. Empresas tomadoras de serviços. Prestação de serviços de cooperados por meio de cooperativas de Trabalho. Base de cálculo. Valor Bruto da nota fiscal ou fatura. Tributação do faturamento. Bis in idem. Nova fonte de custeio. Artigo 195, § 4º, CF.

1. O fato gerador que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária, na forma do art. 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91, na redação da Lei 9.876/99, não se origina nas remunerações pagas ou creditadas ao cooperado, mas na relação contratual estabelecida entre a pessoa jurídica da cooperativa e a do contratante de seus serviços.

2. A empresa tomadora dos serviços não opera como fonte somente para fins de retenção. A empresa ou entidade a ela equiparada é o próprio sujeito passivo da relação tributária, logo, típico “contribuinte” da contribuição. 3. Os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas de trabalho, em face de serviços prestados por seus cooperados, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. 4. O art. 22, IV da Lei nº 8.212/91, com a redação da Lei nº 9.876/99, ao instituir contribuição previdenciária incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura, extrapolou a norma do art. 195, inciso I, a, da Constituição, descaracterizando a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da

cooperativa, com evidente bis in idem. Representa, assim, nova fonte de custeio, a qual somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 154, I, da Constituição. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.(RE 595838, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 07-10-2014 PUBLIC 08-10-2014)

Em recente apreciação dos embargos declaratórios apresentados pela Fazenda Nacional, em 19 de dezembro de 2015, os mesmos foram rejeitados pelo STF, mantendo integralmente a decisão supra, sem qualquer modulação de efeitos. Até a finalização do presente voto, não ocorrera a publicação da decisão de rejeição dos embargos.

Entendimento esse acima, após o trânsito em julgado de tal julgamento, será cogente perante o presente Conselho (art. 62 e 62-A, do Anexo II, do RICARF).

IV – Isso posto, voto por conhecer o Recurso Voluntário, para, no mérito, dar-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão recorrida e cancelar o crédito lançado.

É como voto.

Foi assim que o conselheiro votou na sessão de julgamento.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Relator *ad hoc* na data da formalização.