



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

Processo nº 11020.000222/2010-91
Recurso nº 000000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.627 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria COOPERATIVA
Recorrente CLUBE DE DIRIGENTES LOJISTAS DE CAXIAS DO SUL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/12/2004 a 31/12/2007

MATÉRIA – REPERCUSSÃO GERAL – SOBRESTAMENTO – INDEVIDO

Não é devido o sobrestamento do processo, cuja matéria foi objeto de declaração como de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, se aquela corte, expressamente, não determinar o sobrestamento dos julgamentos dos processos que versam sobre a mesma matéria

MATÉRIA *SUB JUDICE* – CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RENÚNCIA

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário

BASE DE CÁLCULO – MÃO DE OBRA DEFINIDA – AFERIÇÃO DESNECESSÁRIA

Nos casos de prestação de serviços por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho, a apuração da base de cálculo para incidência da contribuição da empresa só deve ser aferida pela aplicação de percentuais estabelecidos nas normativas se não for possível distinguir o que seria mão de obra e o que seriam materiais e outras despesas. Havendo a possibilidade de verificação do valor da efetiva mão de obra empregada na prestação do serviço, não há que se falar em aplicação de percentuais sobre o valor da fatura para apuração da base de cálculo

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Julio César Vieira Gomes e Jhonatas Ribeiro da Silva que votaram pela conversão em diligência.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Jhonatas Ribeiro da Silva e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo da empresa, incidentes sobre os pagamentos efetuados à cooperativa de trabalho médico, relativamente aos serviços prestados pelos cooperados por seu intermédio, no período de 12/2004 a 12/2004.

O lançamento foi efetuado por meio do Auto de Infração nº 37.245.116-0.

A notificada veio a contratar a cooperativa de trabalho UNIMED NORDESTE RS SOCIEDADE COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS LTDA.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 104/115), os pagamentos efetuados à cooperativa de trabalho constitui fato gerador das contribuições objeto do presente lançamento, por força do que determina o art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.212, de 1991, incluído pela Lei nº 9.876, de 1999.

A auditoria fiscal informa que a apuração da base de cálculo levou em conta informações fornecidas pela própria UNIMED NORDESTE RS que distingue os valores destinados à remuneração dos serviços médicos, a que denomina **Atos Cooperativos Principais**, daqueles destinados ao ressarcimento pelos serviços indispensáveis ao atendimento médico, tais como despesas hospitalares, laboratoriais, de raio-x e de urgência, os quais são denominados **Atos Cooperativos Auxiliares**.

Assim, nas competências em que a cooperativa distingue os valores dos Atos Cooperativos Principais, ou seja, os valores recebidos pelos cooperados, tais valores foram considerados a base de cálculo para a aplicação da alíquota de 15%.

Nas competências em que não houve a discriminação, a auditoria fiscal considerou o percentual de 30% incidente sobre o total da fatura para apurar a base de cálculo, em obediência ao art. 291, inciso I, alínea “a”, da Instrução Normativa SRP nº 03/2005.

A notificada, juntamente com outras entidades, impetrou Mandado de Segurança (fls. 577/596) onde questiona a constitucionalidade da Lei nº 8.879/1999 que, por ser lei ordinária, não poderia ter instituído uma nova modalidade de custeio para as empresas.

A notificada teve ciência do lançamento em 27/01/2010 e apresentou defesa (fls. 646/656).

Pelo Acórdão nº 09-33.465 (fls. 943/951) a 5ª Turma da DRJ/Juiz de Fora considerou o lançamento procedente.

Inconformada, a notificada apresentou recurso tempestivo onde alega a inconstitucionalidade da contribuição lançada e questiona a base de cálculo utilizada pela fiscalização e entende que há incontestável erro de interpretação do inciso I, do art. 291 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005 que define a base de cálculo nas circunstâncias evidenciadas.

Os autos foram encaminhados a este Conselho para apreciação do recurso interposto e, num primeiro momento, entendeu-se por sobrestar os autos em face da matéria em questão ter sido declarada de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

O sobrestamento foi determinado por meio do Despacho nº 2402.0104 de 17 de novembro de 2011.

Posteriormente, com a edição da Portaria CARF nº 01/2012 que veio a estabelecer os procedimentos a serem observados no caso de sobrestamento, verificou-se não ser cabível o sobrestamento em razão de o Supremo Tribunal Federal não haver, expressamente, determinado o sobrestamento dos processos de mesma matéria.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente cabe esclarecer as razões pelas quais o presente processo não deve se mantido sobrestado, inclusive, com o objeto de se evitar qualquer questionamento ou futuros embargos.

Embora a matéria em questão tenha sido declarada de “repercussão geral” pelo Supremo Tribunal Federal, não é o caso para sobrestamento dos presentes autos, de acordo com a Portaria CARF nº 01/2012 que assim dispõe:

O PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL (CARF), no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto nos arts 20, inciso IV do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, e alterações posteriores, e a necessidade de uniformização do procedimento de sobrestamento de julgamentos de recursos, previsto no § 1º do art. 62-A do Anexo II do RICARF, ..., RESOLVE:

Art. 1º Determinar a observação dos procedimentos dispostos nesta portaria par realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em processos referentes a matérias de sua competência em que o Supremo Tribunal Federal – STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários – RE, até que tenha transitado em julgado a respectiva decisão nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso. (g.n.)

A portaria em questão veio esclarecer a aplicação do sobrestamento prevista no Regimento Interno do CARF, especificamente no art. 62-A §§ 1º e 2º:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (g.n.)

Como não houve para a matéria em tela a determinação de sobrestamento por parte do Supremo Tribunal Federal, não há que se sobrestar o julgamento do presente recurso.

A recorrente questiona a constitucionalidade da contribuição lançada e, além disso, apresentou seu inconformismo perante o Poder Judiciário por meio do Mandado de Segurança nº 2000.71.07.002374-1.

Quanto ao direito a contestar administrativamente matéria que está sendo submetida ao Poder Judiciário entendendo importante tecer algumas considerações.

Existem dois grandes sistemas administrativos: o sistema do contencioso administrativo e o sistema de jurisdição única. Alexandre de Moraes (Direito Constitucional Administrativo. Atlas, 2002), traz a seguinte síntese:

“O sistema do contencioso administrativo, também conhecido como sistema francês, caracteriza-se pela impossibilidade de intromissão do Poder Judiciário no julgamento dos atos da Administração, que ficam sujeitos tão-somente à jurisdição especial do contencioso administrativo. Dessa forma, há uma divisão jurisdicional entre a Justiça Comum e o Contencioso Administrativo, e somente este pode analisar a legalidade dos atos administrativos. Diversamente, o sistema de jurisdição única, também conhecido por sistema judiciário ou inglês, tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto nos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa.”

Desde a instauração do período republicano, o Brasil sempre adotou o sistema de jurisdição única como forma de controle jurisdicional da Administração Pública, cuja fundamentação encontra-se no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

.....

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, a decisão administrativa estará sempre sujeita à apreciação do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Deste modo, estando uma matéria submetida à apreciação judicial, não deverá a mesma ser analisada na esfera administrativa;

Em matéria fiscal, os seguintes dispositivos tratam da existência concomitante de ação judicial e processo administrativo:

Lei n.º 6.830, de 22/09/80 (trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública):

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato, declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."

Lei n.º 8.213/91 (reproduzido pelo art. 307 do Decreto n.º 3.048/99):

"Art.126 (...)

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto."

No entanto, a propositura pelo contribuinte de ação judicial para afastar a cobrança de determinada contribuição, não impede a Fazenda Pública de proceder ao lançamento, pois este, segundo o parágrafo único do artigo 142 do CTN, constitui atividade vinculada e obrigatória da autoridade administrativa, sob pena de responsabilidade funcional.

O lançamento tem como objetivo resguardar o crédito tributário. Não efetuado o lançamento no curso do prazo de decadência, o Fisco não mais poderá fazê-lo, ainda que obtenha decisão judicial favorável, pelo fato de o crédito achar-se fulminado pela decadência. É que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende com a interposição de medida judicial, fluindo a partir da ocorrência do fato gerador ou da data prevista em lei.

Pelas razões citadas é irrelevante se a ação judicial proposta se deu antes ou depois do lançamento.

Nesta instância administrativa, tal questão já se encontra definida na Súmula nº 01 do CARF, publicada no DOU de 07/12/2010

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

A recorrente questiona ainda a base de cálculo utilizada e entende que não teria sido interpretado adequadamente o inciso I, do art. 291 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, ora revogada, o qual dispunha o seguinte:

Art. 291. Nas atividades da área de saúde, para o cálculo da contribuição de quinze por cento devida pela empresa contratante de serviços de cooperados intermediados por cooperativa de trabalho, as peculiaridades da cobertura do contrato definirão a base de cálculo, observados os seguintes critérios:

I - nos contratos coletivos para pagamento por valor predeterminado, quando os serviços prestados pelos cooperados ou por demais pessoas físicas ou jurídicas ou quando os materiais fornecidos não estiverem discriminados na nota fiscal ou fatura, a base de cálculo não poderá ser:

a) inferior a trinta por cento do valor bruto da nota fiscal ou da fatura, quando se referir a contrato de grande risco ou de risco global, sendo este o que assegura atendimento completo, em consultório ou em hospital, inclusive exames complementares ou transporte especial;

A auditoria fiscal considerou como base de cálculo para a aplicação dos 15% o valor discriminado pela cooperativa como sendo Ato Cooperativo Principal e aplicou a alíquota de 30% sobre o valor da fatura para a apuração da base de cálculo nas competências em que a cooperativa não discriminou tais valores.

O argumento da recorrente é que o dispositivo trata da discriminação de materiais o que não foi efetuado. Assim, restaria inválido o entendimento de que os valores discriminados pela cooperativa como sendo Atos Cooperativos Principais corresponderiam à base de cálculo a ser considerada.

A meu ver, a forma como foi verificada a base de cálculo pela auditoria fiscal está correta.

Cumprе ressaltar que a contribuição em tela incide sobre o valor da mão de obra dos cooperados que prestaram serviços por intermédio da cooperativa.

Assim sendo, a questão que importa é determinar o valor dessa mão de obra.

Em razão de na prestação de serviços existir a possibilidade de outros custos serem acrescentados ao valor da mão de obra, a legislação tomou o cuidado de estabelecer que os valores não correspondentes à mão de obra possam ser excluídos da base de cálculo.

Inexistindo tal separação, a legislação admite percentuais mínimos sobre a fatura a serem considerados como mão de obra e, para o serviço contratado pela recorrente, tal percentual foi estabelecido em 30%, de acordo com o art. 291, Inciso I, alínea “a”, já transcrito.

Ao contrário do que alega a recorrente, não há qualquer erro de interpretação na leitura do dispositivo, o qual tem por objetivo garantir que a contribuição incida sobre o valor da efetiva mão de obra.

Ressalta-se mais uma vez que o fato de não haver discriminação de materiais na nota fiscal é irrelevante se o valor da mão de obra empregada já é conhecido, no caso, o valor dos Atos Cooperativos Principais.

Também não merece acolhida o argumento de que não estaria perfeitamente delineado o que seriam os Atos Cooperativos Principais.

Mais uma vez contrariando os argumentos da empresa, há que se reconhecer que os próprios contratos firmados com a cooperativa (fls 129 e 159) definem o que seria Ato Cooperativo Principal, especificamente no item “b”, da cláusula vigésima sexta abaixo transcrita:

"Mensalidade a ser pactuada no ato da assinatura do Termo de Contratação, Opção e Adesão a ser paga no respectivo mês. Os valores de pagamento de mensalidades, aqui previstos, são cálculos atuariais próprios da CONTRATADA, proporcionalmente destinados à remuneração dos atos cooperativos principais (serviços médicos) e ao ressarcimento dos atos cooperativos auxiliares (serviços indispensáveis ao atendimento médico, tais como despesas hospitalares, laboratoriais, de raio-x e de urgência) e dos custos administrativos".

Como se vê, os próprios contratos estabelecem que o ato cooperativo principal corresponde aos serviços médicos.

A recorrente ainda alega que não seriam esclarecidos que serviços médicos seriam esses. Ora, se a própria cooperativa faz a distinção entre os valores correspondentes aos serviços médicos e os demais serviços, estes não sujeitos à tributação, caberia à recorrente demonstrar, ainda que por amostragem, que os ditos serviços médicos teriam alguma origem diversa daquela óbvia que o próprio nome traduz.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso apenas em relação à matéria não submetida à apreciação do Poder Judiciário e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira