

Por Halley Henares Neto e Dirceu José Vieira Chrysostomo (\*)

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) alterou recentemente o seu posicionamento acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre valores pagos pelas empresas a seus funcionários e executivos a título de assistência médica ou seguro saúde. A abrupta mudança da jurisprudência administrativa gera insegurança jurídica ao estabelecer nova orientação interpretativa, agora no sentido de que os *valores pagos e cobertos por planos de saúde pelas empresas devem integrar o chamado salário-contribuição*, para fins de determinação de valores que integrarão a base de cálculo da contribuição previdenciária.

A legislação brasileira é clara ao dispor sobre a regra de não incidência da contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de assistência médica pelas empresas. Conforme a letra "q" do artigo 28, parágrafo 9º, da Lei 8.212/91, a contribuição ao INSS não deve incidir sobre *"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"*.

A despeito da meridiana clareza do texto normativo acima, o Carf, em decisão da Câmara Superior, mudou posicionamento que vinha sufragando até então, no sentido de que bastava haver o pagamento de assistência médica e cobertura a todos os funcionários (totalidade dos empregados e dirigentes) da empresa para que a mesma não integrasse tais valores ao salário-contribuição para fins de incidência de contribuição previdenciária ao INSS, e adotou outro, em sentido inverso, passando a interpretar que a norma jurídica que trata da não incidência de INSS não deve ser aplicada aos casos em que a empresa, a despeito de cumprir o requisito do pagamento da totalidade dos seus empregados, faz distinção entre os planos e coberturas de saúde entre os seus funcionários segurados.

Em outras palavras, segundo esta nova diretriz o Carf entende que *sempre que houver patamares de valores e tipos de planos e coberturas diferentes entre os funcionários de uma empresa, quaisquer que sejam a sua remuneração, cargo ou assunção de benefícios correspondentes ao grau das responsabilidades que desempenham ou do salário que auferem, essa distinção, por si só, tem o condão de desnaturar o benefício da não incidência prevista na Lei e que portanto o valor relativo a mesma, nessas hipóteses, deve incorporar o salário-contribuição para fins da incidência respectiva contribuição previdenciária*.

*Data máxima vênia*, entendemos que a Lei 8.212/91, com as alterações introduzidas pela Lei 9528/97, ao criar a regra da não incidência impõe que o requisito ou 'critério material' necessário para a caracterização do pagamento como parcela não salarial (portanto não sujeita ao INSS) é o de que a fonte pagadora (empregador) tenha sob as suas expensas o pagamento de plano de saúde que possibilite a *cobertura de todos os seus empregados*, assegurando-lhes plena assistência e amparo médico. Se dado contribuinte empregador efetua este pagamento e cumpre este requisito, é óbvio, a partir da própria literalidade da Lei, que ele preenche as condições necessárias para não incluir tais valores no salário-contribuição base para a incidência da contribuição ao INSS. Basta isso!

Ao contrário, porém, o Carf, nessa recente decisão, que se espera seja revisitada e revista, em função de seu caráter pedagógico no ordenamento jurídico e em vista da proeminência ocupada por este tribunal no topo dos tribunais administrativos encarregados de concretizar, em caráter contencioso, a Função Administrativa do Estado, no âmbito do Estado Democrático de Direito, fixa entendimento no sentido de que além da condição de que essa cobertura seja para todos os funcionários, ela *também seja uniforme e homogênea*, ou seja, que *haja o mesmo valor de contribuição e que ele seja hábil a oferecer o mesmo tipo de cobertura para a universalidade dos*

*funcionários da empresa contribuinte.*

Algumas observações cumprem destacar aqui:

**1.** O tribunal ou qualquer autoridade administrativa não pode distinguir onde a lei não o faz, sob pena de ofender, a uma só vez, o primado da legalidade, agindo sob arbítrio em um campo no qual o legislador não deixou espaço sequer para a discricionariedade, e atuando como legislador positivo, criando condições que não estão expressas na norma jurídica. Com efeito, o referido artigo 28 é claro quando diz que não integra o salário de contribuição os valores pagos a título de assistência médica desde que pagos a todos os empregados. Não consta na literalidade da letra da lei, com o perdão da tautologia, nenhuma outra condição, requisito ou fator de discrimen;

**2.** A despeito de a disposição literal de lei assim prever, o voto vencedor da relatora está baseado no artigo 111, II do CTN que dispõe justamente sobre a necessidade de interpretação literal em casos de isenção. Contudo, ao que parece, ela o faz para supeditar o seu entendimento, o que nos parece um *contra sensu*, já que, ainda que se faça a “interpretação dos leigos” (literal), nos dizeres de Ataliba, não há no texto desta regra o que qualquer outra restrição além da obrigatoriedade de a assistência ser oferecida e paga a todos os funcionários da empresa empregadora, por exemplo, não há nada que obrigue que o plano de saúde não possa ser graduado desde que o mesmo seja dado a todos os funcionários.

**3.** Aliás, nem a interpretação literal, se fosse o caso de se aplicar o artigo 111 do CTN (pois entendemos que não o é, já que não se trata de isenção, mas sim de mera ‘não incidência’, na medida em que o que se discute é se o conceito do pagamento de assistência médica pode ou não integrar o conceito de salário contribuição e assim compor a base de cálculo e o fato gerador da contribuição ao INSS) prescinde de exegese sistemática, a levar em conta aplicação de outras regras e princípios constitucionais que forneçam subsídios para uma adequada compreensão da incidência ou não de contribuições previdenciárias em hipóteses como a que analisamos, sobretudo em tema ligado à saúde. É o caso, pois, de se analisar o alcance do artigo 195, I, “a” da CF/88 e os princípios da isonomia e da proporcionalidade, ainda que se coadune com um método mais rigoroso de análise literal.

Nesse sentido, o STJ já destacou mais de uma vez que “(...) o artigo 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.....” (STJ. REsp 192531/RS. Rel.: Min. João Octavio de Noronha. 2ª Turma. Decisão: 17/02/05. DJ de 16/05/05, p. 275.). Adotar posição de apego inarredável ao artigo 111 do CTN significa esvaziar o instituto da isenção.

**4.** Assim, o pagamento de assistência médica diretamente pela empresa de modo amplo a “todos” os funcionários, nos termos do art. 28, já descaracteriza essa remuneração do conceito de salário. À luz do artigo 195, I, “a” da CF/88 e do artigo 28, I, da Lei 8.212/91, as contribuições previdenciárias podem incidir sobre a remuneração advinda do trabalho, portanto, não podem incidir sobre parcelas que o empregador paga como um “plus” ao empregado, em decorrência de ônus imposto pelo Estado, justamente aquele quem deveria, nos termos do artigo 196 da Constituição, assumir a função de prover a proteção à saúde pública. A tributação, *in casu*, só pode incidir no limite e na quantidade do que efetivamente seja pago como salário. A criação de um novo requisito para a caracterização da não incidência, a partir da criação deste requisito ou critério para determinação do que vem a ser salário ou elemento apto a configurar salário-contribuição para fins de INSS. constitui, então, também uma inovação para o conceito de salário, ao arrepio da Constituição e fora dos parâmetros do artigo 110 do CTN.

**5.** Mais injusto ainda do que não desempenhar o seu papel atribuído constitucionalmente,

transferindo-o ao empregador, é o Estado tributá-lo sobre o próprio ônus atribuído. Esse expediente contraria o artigo 196 da CF/88, que não é mera norma programática, mas sim concretizadora de direitos individuais, dentre eles um dos mais importantes que é o da proteção constitucional à saúde pública.

**7. Princípio da Isonomia** — os salários e benefícios não são homogêneos e uniformes em uma empresa. Do ponto de vista prático e legal conjuntamente com a contratação ocorre o ajuste do salário e não raras vezes de um pacote de benefícios ou assunção de outros custos. Esta situação pode ser diferenciada a depender do cargo ou função a que se refere, na medida em que as responsabilidades e poderes assumidos em contrapartida também podem ser distintos e heterogêneos, sob a perspectiva funcional, de gestão, de desempenho ou qualquer outro critério que o valha. Da mesma forma que a remuneração o valor da assistência médica (que também é um ônus — custo — assumido pela empresa) não pode ser impingido a todos de modo igual e uniforme. A isonomia transcende da mera igualdade formal (perante a lei) para a igualdade material (na lei), tratando-se os desiguais de modo desigual, lembrando, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, que em qualquer discriminação o fator de *discrímen* deve guardar nexo de pertinência lógica com a situação discriminada.

## Conclusão

A decisão implica em insegurança jurídica, modificando a aplicação sedimentada da lei em um determinado sentido e permitindo que muitas empresas possam ser autuadas pelo Fisco Federal, o que não se coaduna com a função do Estado que é, fundamentalmente, viabilizar a convivência harmônica da sociedade.

A empresa se estrutura em conformidade com a ordem normativa, em consonância com a interpretação e aplicação da lei feita pelo próprio Fisco, assume o custo de uma assistência médica aos seus empregados, efetivando uma função que deveria ser do Estado e inesperadamente é surpreendida com uma modificação que lhe acarreta a insegura situação de eventual autuação fiscal com a imposição de ônus decorrentes.

A nova interpretação feita pelo Carf afronta princípios constitucionais, não se coaduna com o sistema normativo, transgredi direitos do contribuinte e se afasta do dever jurídico daquele órgão julgador de realizar justiça.

Não há mais espaço para aumentar a carga tributária, quer por novas leis, quer por interpretações desarrazoadas da lei. Basta de desrespeito ao contribuinte brasileiro.

Talvez seja também oportuno buscar a Justiça Tributária pelas ruas do Brasil, local onde o povo começou se reunir para tomar o seu próprio destino, escrevendo e protagonizando a história do tempo de hoje e amanhã.

(\*) **Halley Henares Neto** é sócio titular da [Henares Advogados](#) e presidente da [Associação Brasileira de Advocacia Tributária](#) (ABAT).

(\*) **Dirceu José Vieira Chrysostomo** é ex-procurador geral do Estado de São Paulo, sócio da Henares Advogados e diretor da [Associação Brasileira de Advocacia Tributária](#) (ABAT).

**Fonte:** [Consultor Jurídico](#), em 28.06.2016.