



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15758.000264/2010-68
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.596 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de novembro de 2021
Recorrente HOSPITAL E MATERNIDADE BRASIL S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2006

CONTRIBUIÇÃO DESTINADAS A OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS.

As contribuições destinadas às Entidades Terceiras são devidas, de acordo com os respectivos ordenamentos jurídicos, nos termos do art. 30 da Lei nº 11.457/07.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FISCALIZAÇÃO DE EMPRESA. CONSTATAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO DECLARADO. COMPETÊNCIA. AUTUAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A autoridade fiscal a quem a lei atribui a função de zelar pela tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, recolhimento etc. das contribuições à seguridade social e a Terceiros, que, atualmente, cabe à Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 11457/07, tem competência para investigar a real natureza da relação de trabalho existente entre o prestador e o tomador de serviço, enquadrando-a conforme a sua natureza jurídica, sem que isso signifique reconhecimento de vínculo empregatício, o que cabe exclusivamente à Justiça do Trabalho. O juízo de valor da autoridade fiscal não é definitivo e poderá ser contestado judicialmente, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Votou pelas conclusões a Conselheira Ana Claudia Borges de Oliveira.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Francisco Ibiapino Luz, Gregorio Rechmann Junior, Diogo Cristian Denny (suplente convocado), Renata Toratti Cassini,

Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente). Ausente o conselheiro Marcio Augusto Sekeff Sallem, substituído pelo conselheiro Diogo Cristian Denny.

Relatório

Por bem descrever os fatos até o julgamento em primeira instância, adoto o relatório da decisão recorrida, abaixo transcrito:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização em desfavor ao contribuinte acima identificado, destinadas ao INCRA – Instituto Nacional de Colonização de Reforma Agrária, SENAC – Serviço Nacional do Comércio, SESC – Serviço Social do Comércio e SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequena Empresa, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos do artigo 3º da Lei 11.457, de 16/03/2007, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos cooperados caracterizados como segurados empregados, no período abrangido pelas competências 01/2005 a 09/2006.

Consta do Relatório Fiscal que o Hospital:

- utilizou na atividade de auxiliar de enfermagem cooperados disponibilizados pela COOPSERV – Sociedade Cooperativa dos Profissionais da Área da Saúde, CNPJ 01.062.990/0001-55, conforme Contrato de Prestação de Serviços entre as partes;
- foi fiscalizado pelo Ministério do Trabalho com lavratura de diversos Autos de Infração e Notificação referentes aos cooperados contratados irregularmente para o exercício de atividade fim do contratante;
- recolheu a contribuição de que trata o inciso IV, artigo 22 da Lei 8.212, de 24/07/1991 incidente sobre as notas fiscais emitidas pela COOPSERV e pela Cooperativa de Serviços Médicos, Odontológicos e Paramédicos do Planalto Ltda, esta última não integra o objeto do crédito ora lançado;
- declarou em GFIP as bases de cálculo, relativas às cooperativas, após o início do procedimento fiscal ensejando a lavratura do Auto de Infração 37.284.230-5, por descumprimento desta obrigação acessória.

A Fiscalização expediu ofício à Gerência Regional do Trabalho e Emprego em Santo André — GRTE—SA, com o fim de conhecer na íntegra os fatos apurados por aquele Órgão. Cópia dos documentos disponibilizados por aquela Gerência estão anexados aos autos do débito principal AI/DEBCAD nº.37.284.218-6 (COMPROT 15758.000263/2010-13).

A Auditora relata:

12. Além dos Autos mencionados, a GRTE—SA enviou-nos fotocópia da Notificação Fiscal para Recolhimento do Fundo de Garantia e da Contribuição Social — NFGC, que tem como objeto o lançamento dos valores devidos ao FGTS, decorrentes dos pagamentos aos cooperados considerados como empregados.

13. A descaracterização dos serviços prestados por cooperados, através de cooperativas de trabalho, resultou do fato de que, nas diligências efetuadas pelo AFT nas dependências da empresa tomadora dos serviços, foi constatado que na atividade laboral os trabalhadores cooperados participavam interativamente do processo produtivo-empresarial.

14. Conforme o Relatório Fiscal da NFGC, nas entrevistas realizadas pelo AFT com os trabalhadores cooperados, verificou-se que:

a) O motivo de seu ingresso nos quadros da cooperativa foi a escassez de vagas com vínculo **CLT** no mercado de trabalho, sendo sua adesão à cooperativa **precedida da aplicação de teste pelo tomador**;

b) Ignoravam os direitos e deveres inerentes à sua condição de cooperados. Não sabiam informar os nomes dos gestores da cooperativa nem o endereço completo da sede. Tampouco compareciam às assembleias, acompanhavam resultados financeiros ou conheciam o contrato celebrado entre cooperativa e tomador;

c) Exerciam, todos, atividade de auxiliar de enfermagem, diretamente relacionado à atividade principal do tomador, concomitantemente a trabalhadores contratados como empregados para a mesma função, subordinados e com remuneração definida pelo contratante.

15. Pela exposição, ficaram claros e presentes todos os caracteres da relação de emprego existente, o que, a partir de outubro de 2006, ficou ratificado, quando o sujeito passivo rescindiu o contrato de prestação de serviços com a COOPSERV, contratando os trabalhadores como empregados, após nova ação da fiscalização trabalhista, registrada entre 03/08/2006 e 19/10/2006, no Livro de Inspeção do Trabalho.

16. As fotocópias dos documentos supramencionados integram o **ANEXO II** do relatório fiscal do débito principal Al nº 37.284.218-6.

Acrescenta que os pagamentos efetuados à COOPSERV estão escriturados nos Livros Diário nº 143 a 153, e que o Hospital mantém convênio com Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, tendo apresentado os Comprovantes de Arrecadação Direta do salário-educação — CAD.

O crédito foi assim constituído:

22. Pelo exposto e de acordo com os dispositivos legais supra referidos, procedemos ao lançamento, através do levantamento "**CE — Cooperados considerados empregados**", das diferenças de contribuições sociais **destinadas a OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS**, incidentes sobre os valores constantes das Notas Fiscais "**registrados como serviços prestados por profissionais**" e discriminados nas respectivas planilhas individualizadoras da produção mensal por cooperado, emitidos pela cooperativa de trabalho "**COOPSERV**", (**ANEXO II — fotocópias por amostragem**).

24. Esclarecemos que os valores recolhidos através de Guias de Recolhimento à Previdência Social — GPS, relativos à COOPSERV, na forma entendida pelo contribuinte conforme relatado no item 19, não contemplam as contribuições relativas a Outras Entidades e Fundos.

Durante o procedimento fiscal, além deste, foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

A.I. nº	Descrição Sumária
37.284.218-6	Lançamento do crédito, referente às contribuições sociais a cargo do empregador e as relativas ao Grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais do trabalho - GILRAT.
37.284.222-4	Lançamento do crédito, referente contribuições sociais a cargo do empregador destinadas a Outras Entidades e Fundos, apenas FNDE em razão de estar sujeito ao recolhimento direto do salário-educação.
37.284.230-5	Penalidade pecuniária por apresentar a empresa declaração a que se refere o inciso IV do art. 32 da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991, com incorreções ou omissões.
37.284.235-6	Penalidade pecuniária por deixar de apresentar a empresa declaração a que se refere o inciso IV do art. 32 da Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991.

No item 28 do Relatório Fiscal consta a relação dos dirigentes do Hospital.

Foram juntados aos autos pela Fiscalização:

a) **ANEXO I: Estatuto Social e Atas; Termo de Início de Procedimento Fiscal — TIF; Termos de Intimação Fiscal — TIF de n.º 01 a 16, acompanhados dos protocolos de atendimento e Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal —TEPF.**

b) **ANEXO II — fotocópias dos seguintes documentos:**

- *Contrato de Prestação de Serviços, Termos Aditivos e Termo de Rescisão de Contrato;*
- *Livro de Inspeção do Trabalho — Termo de Abertura e registro das inspeções datadas de 13/06/2005, 09/12/2005 e 03/08/2006;*
- *Autos de Infração de n.º 1200982-2, 1200983-1, 1200984-9 e 1200985-7, apresentados pelo contribuinte;*
- *Ofício expedido pela Gerência Regional do Trabalho e Emprego em Santo André — GRTE—SA, acompanhado dos Autos de Infração 1200982-2, 1200988-1, 1200983-1, 1200984-9; 1200985-7, e 1200987-3, bem como a Notificação Fiscal para Recolhimento do Fundo de Garantia e da Contribuição Social — NFGC;*
- *Notas Fiscais de Serviços n.º 13883; 14324; 15038; 15463; 15748; 16177; 16575; 16819 e respectivas Planilhas de Controle de Produção.*

Referido crédito, consolidado em 29/06/2010, importava em **R\$48.250,33 (quarenta e oito mil, duzentos e cinquenta reais e trinta e três centavos)**, já incluídos aí os juros e a multa de mora incidentes sobre o débito originário.

Em 04/08/2010, o Hospital apresentou impugnação onde, preliminarmente requer a decadência das contribuições lançadas no período de janeiro a maio de 2005, com base no parágrafo 4º, artigo 150 do CTN.

Alega que o lançamento pautou-se na fiscalização promovida pelo Ministério do Trabalho, especificamente nos autos de infração n.º 1200982-2, 1200983-1, 1200984-9 e 1200985-7, porém, no Julgamento do Processo 00413-2007-43102-00-9, a 1ª Vara do Trabalho de Santo André, houve por bem dar procedência parcial ao pleito do Hospital. Transcreve parte do voto, onde está consignado a falta de competência da autoridade administrativa para caracterizar a relação de emprego.

Assegura que recolheu o que era de sua responsabilidade, na forma indicada pelo inciso III do artigo 201 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

A impugnação apresentada pelo contribuinte foi julgada procedente em parte pela DRJ/CPS, em decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO - DECADÊNCIA.

Atendidas as condições legais, pode a fiscalização desconsiderar o vínculo pactuado e proceder à caracterização do trabalhador como segurado empregado.

É de cinco anos o prazo de que a seguridade social dispõe para constituir os seus créditos, a contar da ocorrência do fato gerador, na forma da Lei.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Notificado dessa decisão aos 12/09/12 (fls. 187), dela o contribuinte interpôs recurso aos 15/10/12 (fls. 190 ss.), alegando, em síntese, **a)** ausência de competência do auditor fiscal da Receita Federal do Brasil para apreciar matéria afeta à Justiça do Trabalho, declarando vínculo empregatício apenas para fins previdenciários, **b)** impossibilidade de lançamento de débito previdenciário decorrente da desconstituição da qualidade de segurado contribuinte

individual e caracterização como empregado com base exclusivamente em auto de infração lavrado pela fiscalização trabalhista anulado pela Justiça do Trabalho, c) ausência de vínculo de emprego entre o recorrente e os cooperados que lhe prestavam serviços.

Não houve contrarrazões.

É a síntese do necessário.

Voto

Conselheiro Renata Toratti Cassini, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos formais de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Trata-se de recurso interposto contra acórdão que julgou procedente em parte impugnação apresentada contra auto de infração lavrado para a constituição de crédito tributário de contribuições a outras entidades e fundos (Terceiros – SENAC, SESC, INCRA e SEBRAE) incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos cooperados caracterizados como segurados empregados nas competências 01/2005 a 09/2006.

Relata a autoridade fiscal que o recorrente utilizou, no período de 01/2005 a 09/2006, **na atividade de auxiliar de enfermagem**, "cooperados" vinculados à cooperativa **COOPSERV** - Sociedade Cooperativa dos Profissionais da Área de Saúde, conforme "Contrato de Prestação de Serviços", atividade identificada com a atividade-fim da tomadora.

Acrescenta que o recorrente houvera sido fiscalizado pelo Ministério do Trabalho aos 13/06/2005 a 06/07/2005 e 09/12/2005 a 19/12/2005, procedimento do qual resultaram na emissão de diversos autos de infração, dentre os quais **os de nº 1200982-2, 1200983-1, 1200984-9 e 1200985-7** se referem a trabalhadores cooperados contratados irregularmente para o exercício de atividade fim do contratante.

Informa que além dos autos de infração mencionados, em resposta a ofício enviado à Gerência Regional do Trabalho e Emprego em Santo André – GRTE – SA, obteve desse órgão fotocópia da Notificação Fiscal para Recolhimento do Fundo de Garantia e da Contribuição Social — **NFGC**, que tem como objeto o lançamento dos valores devidos ao **FGTS**, decorrentes dos pagamentos aos cooperados considerados como empregados. A descaracterização dos serviços prestados por cooperados por meio de cooperativas de trabalho resultou do fato de que nas diligências efetuadas pelo **Auditor Fiscal do Trabalho** nas dependências da empresa tomadora dos serviços, ora recorrente, foi constatado que na atividade laboral, os trabalhadores cooperados participavam interativamente do processo produtivo-empresarial.

Relata a autoridade fiscal autuante que conforme o Relatório Fiscal da **NFGC** - Notificação Fiscal para Recolhimento do Fundo de Garantia e da Contribuição Social, nas entrevistas realizadas pelo **AFT** com os trabalhadores cooperados, verificou-se que:

a) O motivo de seu ingresso nos quadros da cooperativa foi a escassez de vagas com vínculo **CLT** no mercado de trabalho, sendo sua adesão à cooperativa **precedida da aplicação de teste pelo tomador**;

b) Ignoravam os direitos e deveres inerentes à sua condição de cooperados. Não sabiam informar os nomes dos gestores da cooperativa nem o endereço completo da sede.

Tampouco compareciam às assembleias, acompanhavam resultados financeiros ou conheciam o contrato celebrado entre cooperativa e tomador;

C) Exerciam, todos, atividade de auxiliar de enfermagem, diretamente relacionada à atividade principal do tomador, concomitantemente a trabalhadores contratados como empregados para a mesma função, subordinados e com remuneração definida pelo contratante.

Desse modo, ficaram claros e presentes todos os caracteres da relação de emprego existente, o que, a partir de outubro de 2006, ficou ratificado quando o recorrente rescindiu o contrato de prestação de serviços com a COOPSERV, contratando os trabalhadores como empregados após nova ação da fiscalização trabalhista, registrada entre 03/08/2006 e 19/10/2006, no Livro de Inspeção do Trabalho.

Relata a autoridade fiscal autuante que os pagamentos efetuados à COOPSERV estão escriturados nos Livros Diário n.º 143 a 153, e que o recorrente mantém convênio com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação — FNDE, tendo apresentado os Comprovantes de Arrecadação Direta do salário-educação — CAD.

Notificado do lançamento, o recorrente, então impugnante, apresentou impugnação, alegando (i) decadência do crédito tributário relativo ao período compreendido entre janeiro e maio/2005, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, (ii) que o fato gerador seria “inexigível”, pois a autuação teve origem nos autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho de n.ºs 1200982-2, 1200983-1, 1200984-9 e 1200985-7 que teriam sido anulados por sentença proferida em ação anulatória ajuizada perante a Vara do Trabalho de Santo André, restando, portanto, regular a contratação efetivada dos serviços questionados.

Julgada parcialmente procedente a impugnação apresentada pela DRJ/CPS para acolher a alegação de decadência, o recorrente, então, interpôs recurso voluntário questionando os fundamentos da decisão recorrida, argumentando, em síntese, (i) que o auditor fiscal da Receita Fiscal do Brasil não teria competência para apreciar matéria afeta à Justiça do Trabalho, declarando vínculo empregatício, ainda que apenas para fins previdenciários, (ii) impossibilidade de lançamento de débito previdenciário decorrente da desconstituição da qualidade de segurado contribuinte individual e caracterização como empregado com base exclusivamente em auto de infração lavrado pela fiscalização trabalhista anulado pela Justiça do Trabalho e (iii) ausência de vínculo de emprego entre o recorrente e os cooperados que lhe prestavam serviços.

Pois bem.

Competência do Auditor Fiscal da RFB para caracterização de relação de emprego para fins previdenciários com base nos fatos apurados

O recorrente alega em seu recurso que a autoridade fiscal autuante “criou” vínculo de emprego entre si os cooperados, extrapolando suas atribuições de fiscalizar o correto recolhimento de parcelas pagas pelas empresas e creditadas aos seus empregados a título de contribuições à seguridade social.

Diz que o valor cobrado nos presentes autos não foi lançado a título de parcelas efetivamente devidas pelo recorrente pelo recorrente aos seus empregados, cuja incidência é incontroversa, mas sim após a autoridade lançadora ter “criado a hipótese de incidência da contribuição previdenciária, qual seja, o vínculo empregatício”, o que fere o princípio da legalidade inserto no art. 37 da CF.

Cita julgados do TRF-2 que corroboram a sua tese, no sentido de que a Fiscalização carece de competência para apreciar matéria trabalhista de cunho previdenciário.

Afirma que o que define o vínculo empregatício não é apenas a forma como o empregado exerce suas tarefas, desconsiderando-se o elemento formal de sua contratação, e que em nenhum momento foi declarada a nulidade do Contrato de Prestação de Serviços Cooperados celebrados entre si e a COOPSERV, da mesma forma que não foi declarada a nulidade entra a associação cooperativa dos empregados da COOPSERV e a cooperativa.

Argumenta que o que caracteriza uma relação de emprego é a subordinação, quando o empregado está sujeito às normas da empresa, ao controle de frequência, de horário e das tarefas que lhe são previamente determinadas, não sendo esse o presente caso.

Nos termos do art. 2º da Lei nº 11457, de 15 de março de 2007, “além das competências atribuídas pela legislação vigente à Secretaria da Receita Federal, cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição”.

Ou seja, a partir da entrada em vigor da Lei nº 11457/07, a atribuição de fiscalizar etc. o recolhimento de contribuições à Seguridade Social e a Terceiros (conforme art. 3º), até então à cargo do Instituto Nacional do Seguro Social, passou a ser incumbência legal da Receita Federal do Brasil.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça já houvera firmado entendimento no sentido de que

"A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo." (REsp 236.279-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 20/3/2000). De igual modo: (REsp 515821/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 25/04/2005).¹

Em outro julgado a respeito do tema, o mesmo tribunal superior assim se pronunciou acerca da competência da fiscalização nesse seu mister de fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias:

(...)

II - O INSS, "ao exercer a fiscalização acerca do efetivo recolhimento das contribuições por parte do contribuinte, possui o dever de investigar a relação laboral entre a empresa e as pessoas que a ela prestam serviços. Caso constate que a empresa erroneamente descaracteriza a relação empregatícia, a fiscalização deve proceder a autuação, a fim de que seja efetivada a arrecadação" (REsp nº 515.821/RJ, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 25.04.2005).

III - Destaque-se que **remanesce hígida a competência da Justiça do Trabalho na chancela da existência ou não do aludido vínculo empregatício, na medida em que: "O juízo de valor do fiscal da previdência acerca de possível relação trabalhista omitida pela empresa, a bem da verdade, não é definitivo e poderá ser contestado, seja administrativamente, seja judicialmente"** (REsp nº 575.086/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 30.03.2006).² (Os destaques são meus)

Assim, a autoridade fiscal a quem a lei atribui a função de zelar pela tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança, recolhimento etc. das contribuições à seguridade social e a Terceiros, que, atualmente, cabe à Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 11457/07, tem

¹ REsp nº 837636, rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 17/08/06, DJ 14/09/06.

² REsp nº 859956, rel. Min. Francisco Falcão, 1ª T., j. 10/10/06, DJ 26/10/06

competência para investigar a real natureza da relação de trabalho existente entre o prestador e o tomador de serviço, enquadrando-a conforme a sua natureza jurídica, sem que isso signifique reconhecimento de vínculo empregatício, o que cabe exclusivamente à Justiça do Trabalho. O juízo de valor da autoridade fiscal não é definitivo e poderá ser contestado judicialmente, conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça.³

O recorrente também afirma que o que caracteriza uma relação de emprego é o fato de o empregado estar sujeito às normas da empresa, ao controle de frequência, de horário e das tarefas lhe serem previamente determinadas, o que não é o caso dos cooperados em relação a si.

A esse respeito, relata a autoridade fiscal autuante no Relatório Fiscal a fls. 28/29 que

da NFGC [Notificação Fiscal para Recolhimento do Fundo de Garantia e da Contribuição Social], nas entrevistas realizadas pelo AFT com os trabalhadores cooperados, verificou-se que:

(...)

C) Exerciam, todos, atividade de auxiliar de enfermagem, diretamente relacionada à atividade principal do tomador, concomitantemente a trabalhadores contratados como empregados para a mesma função, subordinados e com remuneração definida pelo contratante.

15. Pela exposição, ficaram claros e presentes todos os caracteres da relação de emprego existente, o que, a partir de outubro de 2006, ficou ratificado, quando o sujeito passivo rescindiu o contrato de prestação de serviços com a COOPSERV, contratando os trabalhadores como empregados, após nova ação da fiscalização trabalhista, registrada entre 03/08/2006 e 19/10/2006, no Livro de Inspeção do Trabalho. (Destaquei)

Os questionários respondidos pelos entrevistados ao AFT encontram-se a fls. 202/213 dos autos, dos quais pode-se constatar que os entrevistados confirmaram que assinavam livro de ponto para controle de horário, eram subordinados a algum funcionário do recorrente e se houvesse necessidade de faltarem, deveriam avisar, como outro funcionário qualquer, tudo a contradizer o que diz o recorrente em sua afirmação no sentido de que não havia subordinação entre si e os cooperados.

Diante desse quadro, constata-se que a autoridade autuante, diferentemente do que afirma do recorrente, não “criou” o fato gerador da obrigação tributária, mas tão somente, na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, investigou a relação de trabalho havida entre o recorrente e os cooperados e, constatando que a empresa descaracterizou indevidamente a relação de emprego, procedeu ao lançamento, conforme determina o art. 142 do CTN.

Desse modo, entendo que o recorrente não tem razão em suas afirmações.

Do auto de infração lavrado pelo Ministério do Trabalho

O recorrente alega, ainda, que a existência do contrato de trabalho é matéria de direito cuja apreciação está necessariamente afeta ao Poder Judiciário. Assim, não é possível que pudesse que Receita Federal do Brasil invadir a esfera de competência da Justiça do Trabalho e, com base em simples dedução, descaracterizar como autônomos, para efeito de contribuições previdenciárias, profissionais que prestam serviços a clientela múltipla, de forma autônoma e independente, baseando-se em prova emprestada obtida por autoridade declarada incompetente

³ REsp nº 515.821/RJ, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 25.04.2005, REsp nº 575.086/PR, rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 30.03.2006, dentre vários outros no mesmo sentido.

para exercer juízo de valor sobre a existência ou não dos pressupostos caracterizadores de uma relação de emprego.

Em outros termos, diz que os autos de infração lavrados pelo Auditor Fiscal do Trabalho foram anulados pela Justiça do Trabalho, razão pela qual não poderiam fundamentar o presente lançamento.

Já expusemos no tópico acima que o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Receita Federal do Brasil tem competência para exercer juízo de valor acerca da natureza jurídica da relação de trabalho entre a empresa e as pessoas que lhe prestam serviços quando da fiscalização do recolhimento de contribuições à Seguridade Social e a Terceiros, podendo proceder à autuação caso constate a indevida descaracterização de relação de emprego, remanescendo hígida, todavia, a competência da Justiça do Trabalho, a quem compete o juízo definitivo do aludido vínculo empregatício, que poderá ser contestado pela empresa.

No que diz respeito à alegação do recorrente no sentido de que o lançamento teve por fundamento auto de infração lavrado por Auditor Fiscal do Trabalho que foi anulado pela Justiça do Trabalho, ressalte-se que a ação anulatória de n.º 00413-2007-431-02-00-9, que teve por objeto anular o **auto de infração de n.º 1.200.982-2**, de fato, teve sentença procedente, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. No entanto, essa ação, ao final, teve decisão desfavorável ao recorrente, proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que

1.1. Compete ao auditor-fiscal do trabalho ou às autoridades que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho (CLT, art. 626), sob pena de responsabilidade administrativa (CLT, art. 628). 1.2. A ação fiscalizadora é exercida, exclusivamente, por agentes do Poder Público, aos quais cabe, dentre outras atribuições, verificar o fiel cumprimento da obrigação legal de formalização do vínculo empregatício, quando houver trabalho subordinado, oneroso, não-eventual e prestado com pessoalidade (art. 7º, § 1º, da Lei nº 7.855/89; art. 11, II, da Lei nº 10.352/02). 1.3. Assim, o auditor-fiscal do trabalho, sob pena de responsabilidade administrativa, deve proceder à autuação de empresa, por falta de registro de empregado (art. 41 da CLT), independentemente dos motivos pelos quais os contratos de trabalho não foram formalizados, sem que isso importe em reconhecimento de vínculo empregatício.⁴

Assim, o auto de infração de n.º 1.200.982-2, inicialmente anulado por sentença da 1ª Vara da Justiça do Trabalho de Santo André, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, teve sua validade reconhecida por decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Anote-se, ademais, que o auto de infração de n.º 1.200.982-2 não foi o único que fundamentou a presente autuação fiscal, uma vez que conforme esclarece a autoridade fiscal lançadora,

9. Conforme anotação no Livro de Inspeção do Trabalho, constatamos que a empresa foi fiscalizada pelo Ministério do Trabalho nas datas de 13/06/2005 a 06/07/2005 e 09/12/2005 a 19/12/2005, pelo Auditor Fiscal do Trabalho — **AFT**, Sr. Oton Abreu Garcia, CIF 03291-3 — Matrícula 1182553, **sendo concluída com a emissão dos Autos de Infração e Notificação de n.º n.º 1200982-2, 1200986-5, 1200987-3, 1200988-1, 1200983-1, 1200984-9, 1200985-7 e 1200989-0.**

10. Mediante a estes (*sic*) registros, solicitamos à empresa cópia dos Autos de Infração supramencionados (**TIF n.º 06**, de 25/01/2010), devidamente entregues, **e de cuja**

⁴ RR-41340- 66.2007.5.02.0431, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª T., j. 08/09/10, DJ 17/09/10

leitura verificamos estar relacionados a trabalhadores cooperados, contratados irregularmente, para o exercício de atividade fim do contratante os de no 1200982-2, 1200983-1, 1200984-9 e 1200985-7.

Ademais, também ficou claro de tudo quanto já acima exposto que o auditor fiscal da Receita Federal do Brasil tem competência para proceder ao juízo de valor acerca da natureza jurídica das relações de trabalho entre prestadores e tomadores de serviços quando da fiscalização do recolhimento de contribuições à seguridade social e a terceiros, devendo proceder à correção do enquadramento legal dessa relação jurídica se necessário para ajustá-la à realidade dos fatos verificados.

No presente caso, também conforme consta do Relatório Fiscal e dos questionários respondidos pelos “cooperados” entrevistados, ficou claro que a real natureza jurídica da relação de trabalho entre aqueles e o recorrente envolvia caracteres de relação de emprego.

Desse modo, também nesse ponto, entendo que não tem razão o recorrente.

Do vínculo de emprego entre o recorrente e os cooperados

Por fim, o recorrente argumenta que não existe vínculo de emprego entre si e os cooperados e que justamente para poder ter maior poder de direção sobre seus serviços, e não apenas em relação a orientações relativas à parte técnica, foi que procedeu à contratação, como efetivos empregados, daqueles profissionais, não havendo uma só comprovação no auto de infração de que a situação dos cooperados, antes da contratação como empregados, tivesse essas características.

Pois bem.

Com relação a essas alegações, entendo que todos esses pontos já foram devidamente analisados e abordados ao longo deste voto nos tópicos anteriores.

De todo modo, anoto, novamente, que conforme consta do Relatório Fiscal e dos questionários respondidos pelos “cooperados” entrevistados, que se encontram a fls. 202/213 dos autos, ficou bastante claro que a real natureza jurídica da relação de trabalho entre aqueles e o recorrente envolvia caracteres de relação de emprego. Veja que cooperados foram entrevistados e responderam a perguntas tais como (i) “Qual o seu horário de trabalho? Há registro de ponto?”, (ii) “A quem o sr. está subordinado?” e (iii) “Se for faltar, é necessário avisar? Neste caso, é possível enviar alguém para substituir?”

Todos responderam que têm horário fixo de trabalho e, também, registro de ponto, que estão subordinados a algum funcionário efetivo da recorrente, que se precisarem faltar, é necessário avisarem, tudo a revelar a subordinação.

Esclareceram, também, que em caso de ausência, não há possibilidade de substituição, o que deixa clara a **personalidade**, já exposta no relatório fiscal, que informa que adesão dos cooperados à cooperativa era precedida de teste aplicado pelo tomador do serviço a ser contratado.

Acresça a isso o fato de que os cooperados exercem atividade-fim do recorrente, o que evidencia a não-eventualidade.⁵

⁵ Segundo a doutrina, “a expressão ‘serviços de natureza não eventual’ referida no art. 3º da CLT deve ser interpretada sob a ótica do empregador, isto é, se a necessidade daquele tipo de serviço ou mão de obra para a empresa é permanente ou acidental. Não se deve empregar a interpretação de repetição da prestação do serviço pelo mesmo trabalhador.

Por fim, a onerosidade, “traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade”⁶, também está presente, na medida em que todos os cooperados informaram os valores recebidos do recorrente pelo trabalho a ele prestado.

Enfim, por todas essas razões, entendo que o recorrente não tem razão.

Conclusão

Por todo o exposto, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Renata Toratti Cassini

Com muita correção Catharino esclarece que: “Eventual significa casual, fortuito, que depende de acontecimento incerto. Mas eventual de que e de quem? Do trabalho prestado por determinado trabalhador ou da atividade do empregador? (grifos nossos)

Nossa legislação preferiu o enquadramento do trabalhador de acordo com a atividade do empregador.

A necessidade daquele tipo de serviço pode ser permanente (de forma contínua ou intermitente) ou acidental, fortuita, rara. Assim, o vocábulo “serviços de natureza não eventual” caracteriza-se quando o tipo de trabalho desenvolvido pelo obreiro, em relação ao seu tomador, é de necessidade permanente para o empreendimento. A pergunta correta é: a empresa precisa permanentemente daquele tipo de serviço para funcionar ou precisa de forma acidental?

Não se deve confundir necessidade permanente da mão de obra com serviço inserido na atividade-fim da empresa empregadora, pois é possível um trabalhador ser empregado tanto na hipótese de seu serviço se inserir na atividade-fim do empregador, quanto na que corresponde à atividade-meio da empresa. A diferença é que naquela há a presunção de necessidade permanente da mão de obra para o tomador e nesta deve ser analisado o caso concreto. Eis a diferença.(...)” (CASSAR, Vólia Bomfim. DIREITO DO TRABALHO: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 267).

⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. DIREITO DO TRABALHO: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018, p. 261