



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 18471.004052/2008-30
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-008.484 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2021
Recorrente POSTO DE GASOLINA KOHARA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/09/2007

MATÉRIA ESTRANHA À LIDE. NÃO CONHECIMENTO.

As alegações que tratam de matéria estranha à lide não devem ser conhecidas.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA. PARTE SEGURADOS.

A empresa é obrigada arrecadar a contribuição do segurado empregado, a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração e a recolher o produto arrecadado.

SEGURADO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. SIMULAÇÃO.

Constatado pela fiscalização que os serviços terceirizados da empresa ocorrem de forma simulada, correto o enquadramento dos trabalhadores como segurados empregados da empresa contratante, a fim de se cobrar os tributos devidos.

DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. REFLEXO NA TRIBUTAÇÃO.

No tocante à relação previdenciária, na existência de negócios acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, os fatos devem prevalecer sobre a aparência que, formal ou documentalmente, possam oferecer, ficando a empresa autuada, na condição de efetiva beneficiária do trabalho dos segurados que lhe prestaram serviços por meio de empresas interpostas, obrigada ao recolhimento das contribuições devidas.

APROPRIAÇÃO DE PAGAMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

Inexistindo prova nos autos de pagamento do tributo, acompanhada da documentação contábil e fiscal pertinente, deve ser desacolhido o pedido de apropriação de pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, à exceção das alegações quanto à incidência das contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento Conselheiros Mario Hermes Soares Campos, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Leonam Rocha de Medeiros, Sonia de Queiroz Accioly, Virgílio Cansino Gil (suplente convocado), Martin da Silva Gesto e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 18471.004052/2008-30, em face do acórdão nº 12-51.300, julgado pela 11ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (DRJ/RJ1), em sessão realizada em 11 de dezembro de 2012, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar procedente em parte o lançamento.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

“Do lançamento

Trata-se de crédito tributário lançado pela Fiscalização contra o interessado acima identificado correspondente à parte dos segurados. O crédito apurado, consolidado em 26/12/2008, com ciência pelo interessado em 29/12/2008, através de AR, consubstanciou-se no valor originário de R\$ 47.789,45, que acrescido de multa e juros totalizou a quantia de R\$ 83.510,23, e é relativo ao período de 07/2003 a 09/2007. (DEBCAD: 37.199.2311).

2. De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 27/49, tem-se que:

2.1. Em relação aos serviços prestados por cooperados ao Posto Koara, diversos trabalhadores, associados à cooperativa de trabalho COOPETRAUX, CNPJ 02.825.910.000139, prestaram serviços ao Posto de Gasolina Kohara Ltda, no período 07/2003 a 09/2007, atuando em atividades essenciais do Posto. A autoridade autuante ressalta que os requisitos necessários à caracterização da relação de emprego, na sua essência, eram manifestados pelo Posto de Gasolina Kohara que controlava os serviços dos empregados cooperados, e que na relação cooperado e cooperativa não houve satisfação dos requisitos necessários à configuração do contrato de trabalho subordinado, sob a égide da CLT.

2.2. Informa ainda, em relação à intermediação da mão de obra, que os serviços eram prestados de forma pessoal pelos cooperados, tudo a caracterizar uma intermediação irregular. Por serem as atividades prestadas pelos empregados cooperados essenciais aos fins do Posto Kohara, a não eventualidade do trabalho desenvolvido estava presente. A

cooperativa assume condição de mera intermediadora de mão de obra de cooperados, desvirtuando os objetivos das Leis 5.784/71 e 8.949/94. Trata a contratação de funcionários pelo Posto Kohara Ltda, através da Coopetraux, de intermediação irregular de mão-de-obra, repelida pela Súmula 331 do TST. A fiscalização conclui que houve a intermediação irregular de mão-de-obra, sendo os cooperados que prestaram serviços através da COOPETRAUX considerados segurados empregados do Posto de Gasolina Kohara.

2.3. Em relação ao procedimento de diligência realizado na junto à Coopetraux, foram verificados documentos e observou-se que a folha de pagamento de cooperados não é elaborada individualmente por tomador. As folhas são consolidadas no CNPJ da cooperativa, somente. O mesmo ocorrendo com as informações prestadas em GFIP. Logo, para identificação dos cooperados que laboraram no Posto Kohara indispensável se fez a análise destes documentos em conjunto com os Demonstrativos de Produção (feitos por tomador) e Notas Fiscais de Serviço, todos anexados ao presente. Observou-se que as pessoas que chegam à cooperativa estão em clara situação de submissão em relação às pessoas que trabalham no local, administrando a Cooperativa.

2.4. Apesar das contribuições sociais lançadas, o objeto desta exigência fiscal está previsto no art. 20 da lei 8.212/91, incidentes sobre as remunerações auferidas pelos segurados considerados empregados pela Fiscalização, que foram contratados com a intermediação irregular da Coopetraux.

2.5. Em relação ao fato gerador, as contribuições sociais lançadas têm como fato gerador o salário de contribuição mensalmente auferido, de forma não cumulativa, observado o disposto no artigo 28, inciso I, da Lei 8.212.1991, pelo segurado empregado.

Foram considerados os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, constantes dos arts. 2º e 3º da CLT, na relação estabelecida entre o Posto Kohara (tomador de serviço) e os trabalhadores cooperados.

2.6. O Relatório Fiscal informa ainda, que os valores que serviram de base de cálculo ao lançamento foram obtidos a partir das informações constantes das GFIP's da COOPETRAUX, colhidas no sistema CNISA e GFIP WEB, bem como das Folhas de Pagamento, apresentadas a esta Fiscalização durante diligência na cooperativa.

2.6.1. Foram apresentados pelo Posto de Gasolina e pela Coopetraux Demonstrativos mensais dos valores cobrados pela cooperativa em relação a cada funcionário (cooperado). No entanto, o valor consolidado nestes demonstrativos não corresponde aos ganhos auferidos pelos trabalhadores, mas sim ao valor cobrado pela cooperativa relativamente a cada trabalhador.

2.6.2. Foi elaborado demonstrativo, por competência, do salário de contribuição auferido por cada um dos segurados contratados com a intermediação da cooperativa, durante o período de trabalho prestado ao Posto de Gasolina Kohara. O mesmo demonstrativo informa a contribuição social de cada empregado, calculada após aplicada a alíquota corresponde a sua faixa salarial. Ressalte-se que o mesmo Demonstrativo consolida mensalmente as bases de cálculo das contribuições sociais lançadas.

2.7. Foram aplicadas as alíquotas de acordo com a faixa salarial dos segurados empregados.

2.8. Foi formalizada Representação Fiscal ao Ministério Público e à Delegacia Regional do Trabalho – DRT, no Rio de Janeiro.

3. Às fls. 50/77 consta planilha com a consolidação mensal da remuneração auferida por empregado e cálculo da contribuição devida.

4. Às fls. 78/94 consta documentação relativa ao lançamento.

Da impugnação

5. O interessado contesta o lançamento, aduzindo as seguintes razões, expostas a seguir, em síntese.

5.1. A tempestividade.

5.2. Da legalidade da contratação dos cooperados.

5.2.1. O negócio jurídico firmado entre o impugnante e a cooperativa Coopetraux é válido e eficaz e o impugnante, ao firmar o contrato com a Coopetraux (doc. 2), observou que a mesma estava devidamente regularizada, à luz da Lei nº 5.764/71, que instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas.

5.2.2. Ao contrário do alegado no auto de infração, os funcionários cooperados seguiam à risca o objetivo social previsto no estatuto da cooperativa, a qual é constituída por trabalhadores auxiliares em exploração, transporte, distribuição e comercialização de petróleo e derivados.

5.2.3. A forma de ingresso (por adesão voluntária) e desligamento dos cooperados, a modalidade da prestação dos serviços e o preço dos serviços prestados são objeto de deliberação dos cooperados, de modo justo e em conformidade com o art. 4º da Lei nº 5.764/71.

5.2.4. A simples contratação de cooperativa como prestadora de serviços não constitui fraude. Conclui pela inexistência de qualquer vício que maculasse a contratação através de cooperativa de trabalho.

5.3. Da inexistência de vínculo de emprego

5.3.1. Os cooperados jamais foram empregados do impugnante. Suas relações com o impugnante decorriam única e exclusivamente do fato de serem os cooperados sócios da Coopetraux.

5.3.2. Não havia ingerência do impugnante no trabalho dos cooperados. Os requisitos necessários à caracterização do vínculo empregatício não estão demonstrados no caso em tela. As atividades são de caráter eventual, existe a mediação da cooperativa para transmitir os trabalhos a seus cooperados. Ausentes a pessoalidade e a onerosidade.

5.3.3. O impugnante jamais pagou qualquer valor aos cooperados, sendo seu vínculo estritamente decorrente do contrato firmado com a cooperativa, conforme se depreende das notas fiscais emitidas pela própria cooperativa em nome do impugnante (doc. 4).

5.3.4. Cita julgados e conclui que uma vez constatado que o trabalho prestado por meio de cooperativa não constitui vínculo de emprego, não há que se falar em cobrança de direitos trabalhistas do impugnante, nem de contribuição para o INSS a cargo do empregador.

5.3.5. Não deve ser aplicado o enunciado da Súmula 331 do TST.

5.4. Da contribuição Social ora cobrada

5.4.1. Os cooperados nunca receberam salário do impugnante, que paga a cooperativa pelos serviços decorrentes do contrato firmado.

5.4.2. Ocorre que a própria cooperativa Coopetraux, ao repassar a remuneração aos cooperados, já retém os 11% deste valor que é repassado ao INSS, nos termos da exigência da Lei 10.666/2003.

5.4.3. As guias da Previdência Social (GPS) em anexo (doc. 5) comprovam que a cooperativa contratada pelo impugnante recolheu o INSS devido nos termos da lei.

5.4.4. Ora, se a própria cooperativa reteve a contribuição social destinada ao INSS com base na alíquota de 11%, não há que se falar em uma nova cobrança desta mesma natureza, o que acarretaria no enriquecimento ilícito do INSS e o conseqüente empobrecimento dos cooperados.

5.4.5. Afinal, se a referida contribuição já foi destacada do salário dos cooperados, seria um absurdo descontá-la novamente.

5.4.6. Desta forma, havendo novo pagamento da contribuição social que já foi paga ao INSS, restará caracterizado o enriquecimento ilícito do mesmo.

5.4.7. Por outro lado, levando-se em conta que diversas vezes a alíquota da contribuição de empregado foi inferior a 11%, significa que o INSS arrecadou ainda mais quando recebida a retenção por parte da cooperativa, ao invés de recebe-la do suposto tomador de serviços.

5.5. Conclusão

5.5.1. Requer a improcedência do auto de infração ou que seja descontado o valor já pago pelo impugnante e ainda a produção de todas as provas em direito admitidas, notadamente documental suplementar e pericial.

6. São anexados documentos às fls. 111/426.

Da Diligência

7. Foi solicitado que a fiscalização verificasse os valores recolhidos em GPS a título de retenção de 15% sobre as Notas Fiscais de Serviço, consideradas no presente processo e procedesse à respectiva apropriação.

Da Informação Fiscal

8. Em atendimento à solicitação de Diligência, a autoridade lançadora procede à apropriação dos valores recolhidos pela empresa à cooperativa, conforme Demonstrativo Mensal de Apropriação de Créditos advindos da contribuição social incidente sobre o valor bruto consignado nas notas fiscais de serviços prestados pela cooperativa Coopetraux. Ressalta que na apuração do crédito foram considerados os recolhimentos efetuados e informados em GFIP.

9. Esclarece que a apropriação dos créditos decorrentes do pagamento de contribuição social incidente sobre as notas fiscais de serviços emitidas pela COOPETRAUX obedeceu a seguinte ordem: 1º) Auto de Infração de Segurados; 2º) Auto de Infração de Contribuições Patronais (Empresa e SAT); e 3º) Auto de Infração de Contribuições destinadas a Outras Entidades ou Fundos. O Demonstrativo Mensal de Apropriação de Créditos, demonstra minuciosamente o crédito apropriado aos Autos de Infração DEBCAD 37.199.2311, 37.199.2303 e 37.199.2320, que tratam de contribuições sociais de empregado, empresa e Terceiros, respectivamente.

10. Conclui que o lançamento deve ser retificado conforme planilha de cálculo apresentada.

11. Em anexo, consta Demonstrativo da Apropriação de Créditos acompanhado do Relatório extraído do sistema Águia/CCORGFIIP.

Do aditamento à impugnação após o resultado de Diligência 12. O impugnante foi devidamente cientificado do resultado da Diligência, tomando ciência da Informação fiscal, da qual apresentou sua irresignação.

13. Apresenta as mesmas razões apresentadas na impugnação e acrescenta suas alegações com relação à comprovação do recolhimento no valor devido.

13.1. Da comprovação do recolhimento no valor devido

13.1.1. Segundo quadro apresentado pela fiscalização, retificando o valor da autuação, diversas competências foram compensadas com o saldo remanescente das contribuições. Entende que todos os débitos em aberto devem ser zerados, haja vista que todos foram pagos 13.1.2. Prova disso é que as competências de novembro e dezembro de 2006, aparecem com débitos nos valores de R\$ 1.033,29 e R\$ 971,21, respectivamente. No entanto, nas GFIP's em anexo (doc. 2), prova-se, claramente que na competência de novembro de 2006 foi recolhido R\$ 816,88 e na competência de dezembro de 2006 foi recolhido R\$821,09.

13.1.3. Ressalta que os valores recolhidos não estão idênticos aos cobrados, porque o cálculo do auto de infração está equivocado. Basta verificar as próprias GFIP's em comento para constatar o número de funcionários e os valores pago em consonância com o mesmos.

13.1.4. Ademais, o impugnante está reunindo todos os seus documentos contábeis, a fim de trazer aos autos as demais GFIP's e as Notas Fiscais.

13.1.5. Ocorre que, como o período desta autuação é de julho de 2003 à setembro de 2007 e o atual responsável da impugnante só ingressou na sociedade em abril de 2005 (conforme alteração contratual juntada na impugnação), muitos documentos estão com o seu antigos donos. Assim que forem providenciadas as GFIP's faltantes, o impugnante as trará aos autos.

14. É o relatório.”

Transcreve-se abaixo a ementa do referido acórdão, o qual consta às fls. 620/638 dos autos:

“CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 30/09/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA. PARTE SEGURADOS.

A empresa é obrigada arrecadar a contribuição do segurado empregado, a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração e a recolher o produto arrecadado.

SEGURADO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. SIMULAÇÃO.

Constatado pela fiscalização que os serviços terceirizados da empresa ocorrem de forma simulada, correto o enquadramento dos trabalhadores como segurados empregados da empresa contratante, a fim de se cobrar os tributos devidos.

DESCONSIDERAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. REFLEXO NA TRIBUTAÇÃO.

No tocante à relação previdenciária, na existência de negócios acobertando o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, os fatos devem prevalecer sobre a aparência que, formal ou documental, possam oferecer, ficando a empresa autuada, na condição de efetiva beneficiária do trabalho dos segurados que lhe prestaram serviços por meio de empresas interpostas, obrigada ao recolhimento das contribuições devidas.

RECOLHIMENTOS REALIZADOS. APROPRIAÇÃO DE PAGAMENTO, RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Comprovado pelo sujeito passivo o recolhimento de valores apurados anteriormente ao início do procedimento fiscal, cabível a apropriação dos pagamentos ao lançamento tributário.”

A parte dispositiva do voto do relator do acórdão recorrido possui o seguinte teor:

“CONCLUSÃO

26. Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO EM PARTE DA IMPUGNAÇÃO e por MANTER EM PARTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO no valor original de R\$ 19.105,43, conforme DADR em anexo, a ser acrescido dos encargos moratórios cabíveis.”

Inconformada, a contribuinte apresentou recurso voluntário, às fls. 643/654, reiterando as alegações expostas em impugnação quanto ao que foi vencida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto, Relator.

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade.

Conhecimento parcial.

Alega em recurso voluntário que uma vez demonstrada a ausência de vínculo empregatício, bem como a legalidade da contratação de cooperativados, não há que se falar em cobrança de contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos decorrentes da relação de emprego.

Contudo, trata o presente de crédito tributário lançado pela Fiscalização em face da recorrente correspondente à parte dos segurados. O lançamento que trata de crédito tributário lançado pela Fiscalização em face da recorrente correspondente à parte dos terceiros (Salário Educação, INCRA, SESC, SENAC, SEBRAE) é o de nº 18471.004049/2008-16.

Portanto, não havendo nestes autos lançamento quanto a contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos, deixo de conhecer tais alegações.

Assim, por se tratar de matéria estranha à lide, conheço parcialmente do recurso, à exceção das alegações quanto à incidência das contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos.

Desconsideração do negócio jurídico. Efeitos.

A auditoria fiscal analisando a documentação apresentada pelo contribuinte, constatou a necessidade de caracterização de vínculo previdenciário, na condição de segurado

empregado dos trabalhadores até então registrados na cooperativa Coopetraux, com vistas à cobrança da contribuição patronal para custeio da seguridade social e das outras entidades e fundos. Assim, embora o contrato entre a Coopertraux e os trabalhadores do Posto Koara seja válido e eficaz, não é capaz de elidir a cobrança de tributos.

Ressalte-se que os requisitos necessários à caracterização do segurado empregado para fins de se apurar a contribuição social devida foram devidamente constatados e demonstrados pela autoridade lançadora, eis que a pessoalidade, a não eventualidade, a subordinação e a contraprestação salarial eram manifestados pelo Posto de Gasolina Koara, que controlava os serviços dos trabalhadores ditos cooperados.

A essência do ato jurídico é o fato e não a forma, no caso, convence a fiscalização que o efetivo empregador diverge da formalidade aparente.

Salienta-se também que dentro de suas prerrogativas legais, decorrentes dos artigos 142 e 149 do CTN e do art. 33 e § 1.º da Lei n.º 8.212/91, a Auditoria-Fiscal tem o poder-dever de fiscalizar e identificar, conforme a situação fática apresentada, a realidade dos fatos geradores ocorridos, isto é, a verdade material, em detrimento dos aspectos meramente formais dos negócios jurídicos apresentados pelo contribuinte. Não se pode conceber que a situação de regularidade cadastral, contábil e contratual entre os envolvidos implique a “homologação tácita” de tal contexto, por parte do Fisco, impossibilitando posteriores verificações quanto à real natureza das operações e fatos pertinentes. Admitir-se isso significaria inviabilizar por completo as atividades fiscalizatórias da RFB.

O que interessa no presente lançamento serão as circunstâncias trazidas pela fiscalização, no tocante ao inter-relacionamento das partes envolvidas, às respectivas constituições societárias, o modus operandi e a maneira como se apresentavam perante o fisco.

Assim, o acusatório fiscal teve como suporte para o lançamento, o convencimento de que o propósito da empresa autuada era de criar uma situação jurídica com vistas a dissimular os fatos geradores das contribuições previdenciárias. Verifica-se pelas informações extraídas dos autos, que o convencimento foi formado levando-se em conta dados e fatos detectados pelo auditor fiscal no decorrer do procedimento, que para isto, utilizou recursos vistos e colhidos junto às empresas.

Por oportuno, transcrevo trecho do acórdão da DRJ, que bem analisou as particularidades do caso concreto, adotando-os como razões de decidir:

16.2. Foi observado pela fiscalização, que os trabalhadores foram contratados em desrespeito aos princípios básicos da contratação através de cooperativas.

16.3. Conforme Informado no Relatório Fiscal, os trabalhadores foram indicados para trabalharem em horário específico, cargo específico e na tomadora dos serviços, recebendo ordens desta quanto à execução do serviço. Verificou-se que esses trabalhadores, não possuíam qualquer autonomia, não podiam exercer autogestão da cooperativa, vez que, por um lado, dela estavam afastados, e de outro, não dirigiam a tarefa que executavam, mas seguiam orientações externas de seu real empregador, como os demais funcionários registrados. Por isso, verificou-se a presença dos requisitos de subordinação e da pessoalidade do serviço.

16.4. Também se verificou que o serviço executado era não-eventual, servindo principalmente ao atendimento nas bombas de gasolina (frentistas) e nas lojas de conveniência (atendentes).

16.5. A onerosidade (contraprestação salarial) também foi constatada na relação estabelecida com o Posto Kohara, pois os salários eram apenas repassados aos empregados cooperados, após a cooperativa receber do contribuinte as respectivas verbas. Quem pagava efetivamente os salários pelos serviços prestados era o Posto e não a Coopetraux, mera intermediadora.

16.6. Sendo assim, constatou-se que os trabalhadores prestaram serviços atuando em atividades essenciais do Posto.

16.7. Ressalte-se que os requisitos necessários à caracterização do segurado empregado para fins de se apurar a contribuição social devida foram devidamente constatados e demonstrados pela autoridade lançadora, eis que os mesmos (pessoalidade, não eventualidade, subordinação e contraprestação salarial), na sua essência, eram manifestados pelo Posto de Gasolina Koara, que controlava os serviços dos trabalhadores ditos cooperados.

16.8. Destarte, a autoridade fiscalizadora ao verificar a situação fática capaz de caracterizar o segurado empregado, tem competência para efetuar o lançamento, uma vez que é atribuição inerente ao cargo verificar a ocorrência de fatos geradores das contribuições previdenciárias, lançar os respectivos tributos e qualificar pessoa física como segurado obrigatório da Previdência Social, independentemente da forma jurídica que foi adotada no espectro trabalhista, a qual pode mascarar tal condição, nos termos do art. 33, caput da Lei nº 8.212/91 c/c art. 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

16.9. Uma vez verificada a ocorrência dos fatos geradores, tem o auditor fiscal o dever indeclinável de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142, § único do CTN.

Dessa forma, como bem apreciado pela DRJ de origem, o Relatório Fiscal informa *“que apesar da aparente regularidade formal da Coopetraux, o sistema (cooperativismo) foi desvirtuado por completo, pois os empregados cooperados trabalham em atividades essenciais do Posto, se inserindo dentro da hierarquia local, recebendo ordens e cumprindo jornada, o que, por si só já seria suficiente para desnaturar sua condição de cooperado. Por serem as atividades prestadas pelos empregados cooperados essenciais aos fins do Posto Kohara, a não eventualidade do trabalho desenvolvido foi considerada presente, assim como foi considerado que os serviços executados eram prestados de forma pessoal pelos cooperados, tudo a caracterizar uma intermediação irregular.”*.

Assim, não merece acolhida a alegação da recorrente de que não houve por parte da fiscalização demonstração, nem tampouco fundamentação das supostas ilicitudes cometidas pela contribuinte que amparam o presente lançamento, pois o fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes ou pelos contribuintes.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 104, de 2001, introduziu um parágrafo único no artigo 116 do Código Tributário Nacional (CTN), o qual permite que a fiscalização poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária. vejamos:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

(...)

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Por essas razões, constatou-se pela auditoria uma simulação por parte do Posto Kohara, na contratação de trabalhadores através de pessoa jurídica interposta, ou seja, a Coopetraux.

Desse modo, uma vez demonstrada o vínculo empregatício, correto está o lançamento das contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos decorrentes da relação de emprego.

Ocorre que cabia à contribuinte recolher as contribuições previdenciárias e sociais para custeio da seguridade social e das outras entidades e fundos a seu cargo, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais.

Salienta-se que compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

Assim, conforme exposto, não possui razão a recorrente, pois o lançamento encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado nos termos da legislação e normativas que disciplinam o assunto.

Dos valores recolhidos.

A DRJ de origem assim apreciou a questão:

18.1. O impugnante contesta a presente cobrança alegando que com este lançamento estaria sendo cobrado a mais do que o efetivamente devido.

18.2. Os autos retornaram à autoridade lançadora, à qual conclui pela retificação do crédito tributário apurado, nos termos da Informação Fiscal presente nos autos.

18.3. Pois bem, improcedem as alegações do impugnante de que o fisco federal já tenha arrecadado das empresas em questão (Posto Kohara e Coopetraux) um percentual a maior do que estaria cobrando do impugnante.

18.4. Ocorre que o presente lançamento foi realizado tendo em vista a caracterização de segurado empregado no Posto Kohara e descaracterização da relação de trabalho existente entre o Posto e a Coopetraux, como anteriormente explanado. Sendo assim, cabível a aplicação da legislação vigente à situação fática verificada, cobrando-se os tributos a serem pagos na forma devida.

18.5. Por este motivo, foi aplicado o artigo 22, artigo 20 da lei 8.212/91 ao caso concreto, eis que estão sendo cobrados da empresa Posto Kohara as suas contribuições devidas, inobstante o devido pela cooperativa. Vide o previsto:

Lei 8.212/91

Art. 20. A contribuição do empregado, inclusive o doméstico, e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa, observado o disposto no art. 28, de acordo com a seguinte tabela: (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

<i>Salário-de-contribuição</i>	<i>Alíquota em %</i>
<i>até 249,80</i>	<i>8,00</i>
<i>de 249,81 até 416,33</i>	<i>9,00</i>
<i>de 416,34 até 832,66</i>	<i>11,00</i>

(Valores e alíquotas dados pela Lei nº 9.129, de 20.11.95)

18.6. Outrossim, é obrigação da empresa recolher as contribuições sociais devidas a seu cargo:

Lei 8.212/91

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

I – a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

(...)

18.7. Entretanto, como a empresa já havia pago valores a título de contribuição de 15% de cooperativa e foi apurado que esta forma de recolhimento foi indevida, estes valores estão sendo abatidos dos autos de infração desta ação fiscal, conforme relatado na Informação Fiscal emitida após a Diligência, ou seja, na apuração do crédito foram considerados os recolhimentos efetuados e informados em GFIP, seguindo Demonstrativo da Apropriação de Créditos, acompanhado do Relatório extraído do sistema Águia/CCORGIP.

Entendo que os cálculos da contribuinte apresentados em recurso voluntário não se mostram corretos, pois foram lavrados três autos de infração, sendo um quanto a parte patronal, o segundo quanto a parte segurados e, o terceiro, quanto a contribuição a terceiros e outras entidades.

Desconsiderou a recorrente no seu cálculo os valores que deveriam ter sido recolhidos valores, além de contribuição parte empresa, também a título de GILRAT, parte segurados e de terceiros e outras entidades.

A alegação de que por muitas vezes a alíquota da contribuição dos cooperados foi inferior a 11% e mesmo assim teria sido aplicada a alíquota maior, entendo não merece acolhida. Conforme fls. 46 e 52/79 dos autos está claro que foram utilizadas as alíquotas progressivas da contribuição previdenciária, sendo totalmente improcedente tal argumento.

Embora afirme a recorrente que a Coopetraux efetuou a retenção da parte segurados quando do pagamento a seus cooperados e que este valor teria sido recolhido, tendo o

presente auto de infração modo deixado de aproveitar tais valores, a DRJ se manifestou no sentido de que estão sendo cobrados neste auto de infração as contribuições devidas pela empresa Posto Kohara, inobstante o devido pela cooperativa.

Em que pese não concordar com este argumento da instância *a quo*, verifico que não há nos autos prova que permita o acolhimento do pedido da recorrente.

Compreendo que as GPS's da Coopetraux juntadas aos autos (às fls. 441/494), desacompanhadas das respectivas GFIP's e folhas de pagamento, não fazem prova inequívoca de que os cooperados da Coopetraux, os quais foram considerados nestes autos como empregados da recorrente, tiveram retenção de contribuição previdenciária (parte segurados) por parte da cooperativa e que a cooperativa tenha recolhido tais valores. Logo, entendo que não seja possível o abatimento ou aproveitamento de tais valores.

Portanto, por não falta de provas, entendo que improcedem as alegações da contribuinte quanto ao abatimento de valores que teriam sido descontados pela cooperativa dos segurados.

Ocorre que inexistindo prova nos autos de pagamento do tributo, acompanhada da documentação contábil e fiscal pertinente, deve ser desacolhido o pedido de apropriação de pagamento.

Cabia a contribuinte apresentar a prova de suas alegações, carecendo de razão a recorrente. Assim, não sendo provado o fato constitutivo do direito alegado pela contribuinte, com fundamento no artigo 373 do CPC e artigo 36 da Lei nº 9.784/99, não deve ser dado provimento recurso ora em análise. Ocorre quem no processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, à exceção das alegações quanto à incidência das contribuições sociais devidas a outras entidades e fundos e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator