

2º CC/MF - Quinta Câmara  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 01, 07, 08  
Isis Sousa Moura  
Matr. 4295

CC02/C05  
Fls. 699



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**QUINTA CÂMARA**

---

<b>Processo n°</b>	35434.001168/2003-78
<b>Recurso n°</b>	143.567 Voluntário
<b>Matéria</b>	Aferição Indireta -Parte Empresa Parte Empregado
<b>Acórdão n°</b>	205-00.499
<b>Sessão de</b>	09 de abril de 2008
<b>Recorrente</b>	VIAÇÃO SAFIRA LTDA
<b>Recorrida</b>	DRP- SÃO CAETANO DO SUL /SP

---

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias.

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/12/1998.

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.  
OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO.  
FATO GERADOR.

Caberá o lançamento por arbitramento somente nos casos de recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo n.º 35434.001168/2003-78  
Acórdão n.º 205-00.499

2º CC/MF - Quinta Câmara  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 01, 07, 08  
Isis Sousa Moura  
Matr. 4295

CC02/C05  
Fls. 700

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, Por unanimidade de votos rejeitar as preliminares suscitadas, e no mérito, por maioria negar provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marco André Ramos Vieira. Vencidos o Relator e o Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior.


  
JULIO CESAR VIEIRA GOMES

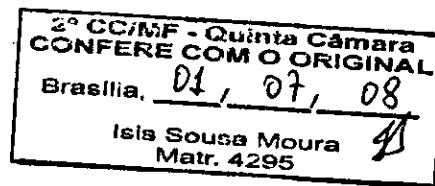
Presidente

  
MARCELO OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros, Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro De Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi e Adriana Sato e Renata Souza Rocha (Suplente).





## Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), em São Bernardo do Campo/SP, Decisão-Notificação (DN) 21.432/0675/2003, fls. 0548 a 0556, que julgou procedente o lançamento, efetuado pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 049 a e 053, a NFLD refere-se a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes às contribuições incidentes sobre "horas extras" pagas e não lançadas em folha de pagamento pela empresa, com conseqüente redução da contribuição social arrecadada ao INSS. O lançamento foi efetuado por Arbitramento, devido à fiscalização ter solicitado "recibos de pagamentos de horas-extras" e a recorrente não ter disponibilizado. Assim, a partir de decisões da Justiça do Trabalho, em que havia horas extras solicitadas por ex-segurados a serviço da empresa, foram elaborados critérios para aferição de horas extras para os segurados que atuam na área fim da empresa: motoristas; cobradores; fiscais de ponto; auxiliares de fiscal de ponto e motoristas de micro-ônibus.

Os documentos examinados foram: a) Recibos de pagamento por fora, constantes dos processos trabalhistas 1804/99 e 1724/99, dos quais consta a decisão da justiça trabalhista em fls. 132 a 142 e 169 a 180, respectivamente; b) Processos trabalhistas número: 2387/99, 2159/99, 471/00, 679/00, 1001/97, 1117/97, 2201/98, 593/00, 2260/00, 1805/99, 1726/99, 1897/99, dos quais conta, em sua petição inicial, o pedido de pagamento de "horas extras pagas por fora"; c) Demonstrativo de pagamento de horas extras no holerite e por fora, constante nos processos trabalhistas mencionados; d) Ficha de registro de empregados; e e) Folhas de pagamento.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Contra a autuação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0183 a 0196, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, solicitando esclarecimentos à fiscalização notificante, fls. 0545.

A fiscalização emitiu informação, opinando pela ratificação do valor lançado, fls. 0546 e 0547.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento, fls. 0548 a 0556.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0567 e 0574, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:



1. Há, no lançamento, uma falsa presunção de que todos os empregados da recorrente prestam horas extras na mesma proporção de dois reclamantes de ação transcorrida na Justiça do Trabalho, e que este fato ocorrera de 01/1994 a 12/1998;
2. Diante desse fato, a recorrente argüiu a preliminar de nulidade, declarada improcedente pela autoridade julgadora;
3. Data vênia, a argüição é de total procedência, razão pela qual insiste para que seja novamente examinada;
4. A recorrente anexou vários documentos, com folhas de pagamento, que não foram analisados pelo julgador;
5. A fiscalização utilizou, também, horas extras pretendidas e solicitadas em petições iniciais, em que as empresas processadas não são a recorrente;
6. É irracional presumir que em um universo de centenas de empregados, tendo a recorrente pago horas extras a dois deles, tenham todos os outros sido submetidos ao mesmo tratamento;
7. Esclarece que não é verdade o que está consignado no item 18 da decisão recorrida, de que somente os resumos de pagamento foram anexados;
8. A recorrente juntou as folhas de pagamento de todo o período;
9. Assim, requer: a) que o recurso seja reconhecido e provido; b) a decretação da nulidade da NFLD ou sua desconstituição.

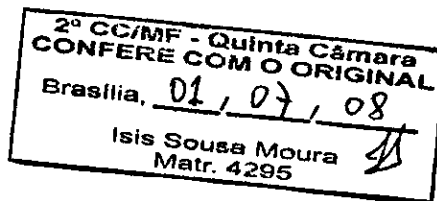
A DRP emitiu contra-razões, fls. 0597 a 0600, mantendo, em síntese, a decisão proferida e encaminhando o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

A Segunda Câmara de Julgamento, do CRPS, emitiu decisório, 000177, em 25/05/2006, em que solicitava diligência para que fossem trazidos aos autos elementos que esclareçam quais os pedidos e quais os pólos passivos das demandas trabalhistas utilizadas como base para a aferição indireta constante na presente NFLD.

Em resposta, a fiscalização emitiu parecer onde afirma que nas petições iniciais há o pedido de pagamento de horas extras feitos "por fora". Ressalta, ainda, que o Ministério Público Federal (MPF) tem acompanhado o desenrolar do presente processo.

É o Relatório.





## Voto Vencido

Conselheiro, MARCELO OLIVEIRA Relator

### Da Admissibilidade

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, razões pelas quais dele se deve tomar conhecimento.

### Da Preliminar

Nas preliminares, a recorrente alega há, no lançamento, uma falsa presunção de que todos os empregados da recorrente prestam horas extras na mesma proporção de dois reclamantes de ação transcorrida na Justiça do Trabalho, e que este fato ocorrera de 01/1994 a 12/1998.

Diante desse fato, a recorrente argúi a preliminar de nulidade.

Analisando o RF e os demais documentos constantes do processo, verificamos que a fiscalização tomou por base, como indícios, para aferir horas extras pagas a todos segurados que atuam na área fim da empresa, duas reclamatórias trabalhistas transitadas em julgado e alegações constantes em petições, que ainda iriam passar pela análise do Poder Judiciário.

Primeiramente, cabe analisar quando a fiscalização pode utilizar o mecanismo da aferição.

### Lei 8.212/1991:

*Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.*

...

*§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.*

Portanto, fica claro que a fiscalização, que tem a sua atuação totalmente vinculada à Legislação, só pode utilizar da aferição em três situações:

- 1 - Quando ocorrer recusa na apresentação de qualquer documento ou informação;
- 2 - Quando ocorrer sonegação de qualquer documento ou informação; e
- 3 - Quando documentos ou informações forem apresentados de forma deficiente.

No presente caso, segundo o RF, pela não apresentação de recibos de pagamentos de horas extras, foi efetivada a aferição.

Primeiro, esclarecemos que esse documento solicitado não é de elaboração obrigatória.

De elaboração legal obrigatória, na época, para a fiscalização previdenciária, entre outros, são as folhas de pagamentos, os recibos que a embasam e a escrituração contábil.

Cabe a fiscalização analisar esses documentos, as contas de despesas e receitas da escrituração contábil e confrontá-los, assim como confrontar com outros documentos que, mesmo não sendo de elaboração obrigatória, a fiscalização deveria solicitar, caso tivesse prova de que existissem, e confrontar, como: os relatórios dos fiscais de ponto; os relatórios de saída e chegada dos veículos; etc.

É um trabalho complexo, mas correto, em que a fiscalização traria aos autos provas de que ocorreu o pagamento de horas extras.

Não há, pelos documentos presentes no processo, como afirmar ser possível que todos os segurados que atuam na área fim da empresa receberam horas extras, em que incidiriam contribuições sociais previdenciárias.

Também não há como a recorrente refutar as alegações da fiscalização, devido o lançamento não ter se originado por falhas ou recusa de documentos da recorrente, causando a preterição de seu direito de defesa.

Assim, devido à preterição de direito de defesa, configura-se a nulidade do lançamento.

Quanto à exigência de contribuições previdenciárias em processos trabalhistas, esclarecemos que compete à Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114, da Constituição Federal, conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Essa competência é instrumentalizada através do processo trabalhista.

Cabe lembrar que a fiscalização, antes de 116/12/1998, data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 20/1998, procederá à análise dos elementos informados pelas Varas do Trabalho e convocará o contribuinte por intermédio de correspondência, para

apresentar os comprovantes de recolhimento, bem como outros elementos que julgar necessário, fixando-lhe prazo para tanto.

Quando o contribuinte não atender essa convocação ou, atendendo-a, negar-se a recolher as contribuições devidas, caberá somente o lançamento do débito.

Já nas sentenças e acordos homologados após 15/12/98, a CF/88 mudou a sistemática de exigência.

**CF/88:**

*§ 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir."*

...

*Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

*"I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:*

*a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;*

...

*II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;"*

Assim, a partir de 16 de dezembro de 1998, data do início da vigência da Emenda Constitucional nº 20, é de competência exclusiva da Justiça do Trabalho promover a execução das contribuições previdenciárias destinadas à previdência social e às entidades e fundos, conforme estabelece a Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2.000, devendo a fiscalização abster-se de lançar qualquer débito que porventura verificar em ação fiscal.

Pelo que se demonstra no RF, os dois processos trabalhistas anexados, 1804/99, fl. 0132, e 1724/99, fl. 0169, foram decididos em 11/1999, data em que somente a Justiça do Trabalho tinha competência para executar as contribuições sociais previdenciárias.

Assim, se há no processo a exigência dessas contribuições, as mesmas devem ser excluídas, devido a falta de competência legal para essa exigência, motivo de nova nulidade.

Para a validação de um lançamento há a necessidade de constatação, com indícios e provas, do atraso no recolhimento de contribuições, com clareza na descrição do fato gerador, fato que não ocorreu, pelos motivos já expostos.

**Lei 8.212/1991:**

*Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.*

**Decreto 70.235/1972:**

*Art. 59. São nulos:*

*I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;*

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.*

*§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.*

*§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.*

...


*Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.*

Como demonstrado na Legislação acima, a autoridade julgadora deve decretar a nulidade do ato, quando o mesmo é lavrado por pessoas incompetente ou quando ocorre com preterição do direito de defesa.

Por respeito ao disposto no § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressaltamos que ocorreram os vícios citados e que a fiscalização deve buscar verificar se está, ou não, de forma correta, ocorrendo desobediência legal ao pagamento da obrigação tributária principal, a fim de tomar as devidas providências legais.

Ressaltamos que o acompanhamento do Ministério Público Federal é salutar, pois, assim como nós, esse nobre órgão pauta-se pela busca da Verdade, da Justiça e da Legalidade na realização dos atos administrativos, especialmente quando totalmente vinculados à Lei.

Por fim, analisando o processo, verificamos que a descrição dos fatos não possibilita a compreensão do lançamento e da decisão.





Processo n.º 35434.001168/2003-78  
Acórdão n.º 205-00.499

2.ª CC/DF - Quinta Câmara  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 01, 07, 08  
Isis Sousa Moura  
Matr. 4295

CC02/C05  
Fls. 707

Assim, o presente processo não se encontra revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado em desacordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto e, como consequência, voto por CONHECER o recurso e pela ANULAÇÃO do processo.

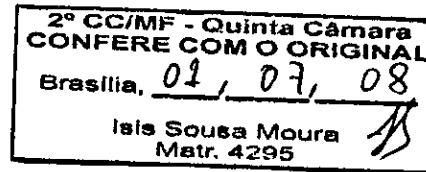
Sala das Sessões, em 09 de abril de 2008



MARCELO OLIVEIRO

Relator





## Voto Vencedor

Conselheiro MARCO ANDRE RAMOS VIEIRA Relator Designado

Entendo que não há dúvidas que a recorrente adotava como rotina o pagamento de horas extras sem que tais verbas transitassem em folha de pagamento, conforme provas colacionadas nas reclamações trabalhistas arroladas à fl. 51 do relatório fiscal; fato inclusive reconhecido por meio de decisão judicial.

A elaboração de recibos não é obrigatória na hipótese de não ter havido pagamento, agora se houve pagamento a empresa tem que ter a prova do pagamento realizado ao empregado, tal prova pode ser a folha de pagamento, ou recibo, ou comprovante de depósito em conta do funcionário. Como restou comprovado o pagamento de horas extras, há que ser apresentada à fiscalização a prova de tal pagamento. Pelo menos dos funcionários envolvidos na reclamação trabalhista a recorrente deveria demonstrar como foi realizado o pagamento, provando que somente aqueles empregados receberam valores sem transitar em folha de pagamento.

Desse modo, ao efetuar o pagamento de verbas sujeita à incidência de contribuições previdenciárias a empresa deveria elaborar recibos de pagamento, folhas de pagamento e registrar na contabilidade. Contudo, a empresa não cumpriu suas obrigações acessórias, as horas extras foram pagas "por fora" sem que a empresa elaborasse tais registros, o que, não há dúvida, configura a sonegação.

Conforme previsto no art. 71 da Lei n.º 4.502, sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

Ao contrário do que afirma o Conselheiro Relator, entendo plenamente cabível o procedimento adotado pela fiscalização para realizar a aferição. Restou caracterizada a sonegação, além da apresentação deficiente de documentos, pois uma vez que houve pagamento de horas extras, como restou comprovado, a empresa teria que apresentar os comprovantes à fiscalização. Assim sendo, houve subsunção do ocorrido à previsão contida no art. 33, § 3º da Lei n.º 8.212.

Nas relações entre Fisco e contribuinte há que se preservar a boa-fé e os deveres instrumentais, a recorrente assumiu um risco ao não cumprir com as obrigações legais, e no caso de sonegação, há o risco de ocorrer o lançamento por arbitramento, na forma do art. 148 do CTN, e no art. 33, § 3º da Lei n.º 8.212. Como é cediço, no caso do lançamento por arbitramento há a inversão do ônus probatório, devendo a empresa demonstrar que o lançamento não condiz com a realidade dos fatos. O contribuinte tem que ser responsabilizado pelos seus atos.

Com a inversão do ônus probatório, ao contrário do afirmado pelo Conselheiro Relator, não caberia à fiscalização analisar documentos, contas de despesas e receitas, a escrituração contábil e confrontá-los, bem como os relatórios dos fiscais de ponto; os relatórios

de saída e chegada dos veículos, entre outros. A quem caberia colacionar tais provas aos autos seria a notificada.

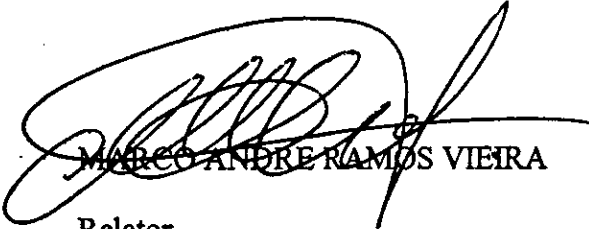
Uma vez que a empresa adotou como prática o pagamento de verbas por fora dos registros documentais, é razoável a conclusão da fiscalização que o pagamento foi feito aos seus empregados da área fim dessa maneira. O cálculo realizado pela fiscalização foi de maneira individualizada, considerando a atividade e a remuneração auferida pelo trabalhador.

Pelo exposto caberia à recorrente provar quanto efetivamente pagou de horas extras, quais títulos contábeis foram usados para esses pagamentos, e os registros de tais pagamentos. Como nada disso foi demonstrado ao longo do processo administrativo, merece prosperar o lançamento nos termos em que foi realizado.

Ao contrário do que afirma o Conselheiro Relator não estão sendo cobradas verbas objeto de reclamações trabalhistas. As reclamações foram usadas como meio de aferir os valores devidos pela recorrente em relação às horas extras dos empregados utilizados na área fim.

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito NEGAR PROVIMENTO.

É como voto.

  
MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA  
Relator

