



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

Processo n° 35301.006194/2005-60
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2403-002.442 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de fevereiro de 2015
Matéria OBRIGAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2002

PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. EMPRESA DO SIMPLES. RETENÇÃO. NÃO SE APLICA.

Nas prestações de serviços, a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplicara, quando a empresa prestadora for optante pelo SIMPLES. Tal determinação tem esteio no Ato Declaratório PGFN n° 10/2011, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar n° 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I e VI do § 5º - C do art. 18 da Lei Complementar n° 123, de 14 de dezembro de 2006.

Embargos Acolhidos em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para sanar a omissão da análise do recurso de ofício e rerratificar a decisão do acórdão embargado. Na parte retificada, conhecer e negar provimento ao recurso de ofício. Na parte ratificada, manter a decisão de dar provimento ao recurso voluntário. Manifestou-se impedido de votar o Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Ivacir Júlio de Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Com fulcro no art. 65 do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, às fls.1.260 a 1.263, a Procuradora da Fazenda Nacional, opôs, tempestivamente, Embargos de Declaração, contra supostas omissões e obscuridades no Acórdão nº 2403002.098, de 19 de junho de 2013, de lavra desta Terceira Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção de Julgamento do CARF.

OMISSÃO QUANTO AO RECURSO DE OFÍCIO

A i.Embargante ressalta a omissão no que concerne ao julgamento do **Recurso de Ofício** registrando **que este não fora enfrentado** e assim se manifestou:

“Todavia, analisando o inteiro teor do acórdão ora embargado, observa-se que não houve análise do recurso de ofício.

Nesse contexto, constatada omissão no acórdão, faz-se necessário que a Turma manifeste seu posicionamento acerca do recurso de ofício.”

OMISSÃO QUANTO À FALTA DE ANÁLISE DOS CONTRATOS, EM ESPECIAL DO REQUISITO DA SUBORDINAÇÃO

Na seqüência, a i, Embargante trouxe à colação parte do que a Turma entendeu e questionou a decisão alegando que, não **há qualquer comentário** sobre os elementos probatórios constantes no presente feito:

“Esse eg. Colegiado manifestou o entendimento de que “não basta que o objeto do contrato esteja incluído no rol dos serviços submetidos à retenção, há que restar caracterizado que a mão-de-obra esteve colocada à disposição da empresa contratante, isto é, ao seu comando, sob sua subordinação”.

Tal assertiva leva a crer que a Turma entendeu que, no caso concreto, não restou demonstrado o elemento da subordinação, requisito caracterizador da cessão de mão-de-obra.”

É de relevo notar que, **consta registrado na condução do voto que muito embora a Auditora tenha informado os objetos dos contratos, não os colacionou sequer por amostragem** impedindo de se verificar se não houvera equívoco nas transcrições, as datas dos pactos, os pactuantes, **se fora a matriz ou a filial autuada** ou se outra filial qualquer, e ainda **para quem efetivamente os serviços foram prestado**. Enfim em atenção ao comando do art. 142 do CTN e, ainda em obediência ao Princípio da verdade Material **tais procedimentos deveriam ter sido observados:**

“ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido,

identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”

Ressaltando que tudo o que se segue consta , também, da condução do voto , com efeito, submergem dos autos as sobreditas hipóteses.

Tomando-se como exemplo a empresa contratada HENPRAV TRANSPORTES LTDA LTDA motivo do levantamento neste auto sob o código HNP , **colacionado pelo contribuinte e não pela Autoridade aurtuante**, às fls. 432, consta o contrato a que fez referência a Auditora Fiscal. No documento trazido aos autos a Empresa contratante é a **XEROX DO BRASIL LTDA.**, (Unidade Fabril de Itatiaia) CNPJ **29.213.386/0002-82** e não a autuada CNPJ : 02.773.629/0033-87 **o que torna motivo de nulidade para o lançamento.**

Não obstante, descaracterizando eventual entendimento de que os segurados empregados da contratada pudessem estar à disposição do contratante a clausula 3.9 ressalta que os **serviços seriam coordenados por um empregado da contratada:**

“ 3.9 - A CONTRATADA manterá sem qualquer ônus adicionais para a CONTRATANTE um coordenador dos serviços no escritório da CONTRATADA.”

Da mesma forma acima , às fls. 449, **a recorrente juntara** cópia do contrato da prestadora BBS- SERVIÇOS REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA cujo levantamento nos autos recebera **o código BBS.**

Assente no pólo contratante se verifica a filial da empresa XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA, **CNPJ n° 02.773.629/0002-80**, também diferente do CNPJ 02.773.629/0033-87 da autuado. **Outra eventual nulidade.**

Outrossim, descartando a hipótese de cessão de mão de obra registram-se na clausula 3.1.8 que “ Para os serviços deste contrato, a CONTRATADA **atuará autonomamente**, assumindo todas as responsabilidades., na contratação de quaisquer funcionários para a execução dos serviços, onde quer que estejam executando os mesmos, os quais serão seus empregados e prepostos exclusivos, não existindo, pois, em hipótese alguma, vínculo de qualquer natureza entre os mesmos e a XEROX.”

Nos mesmos moldes foram contratadas não pela autuada mas sim pela filial de CNPJ 02.773.629/0002-80, as empresas PARTNER LOGÍSTICA E MOVIMENTAÇÃO LTDA, fls. 603; - SUPPLIES LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA, fls. 625; - R. A - A D M I N I S T R A C Ã O E SERVICOS LTDA, fls. 684

Relevante destacar que o § 1º , do art. 219 , do Decreto 3048/99, define a cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, **de segurados** que realizem serviços contínuos e não de máquinas e outro elemento qualquer, *verbis*:

“DECRETO 3048/99

“ Art. 219.

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 ”

Cumpra-se notar que, neste aspecto, desconsiderando todo o arrazoado na condução do voto expresso às fls.1.234 a 1.258 e ainda que a lei fala de segurados à disposição do contratante e não de máquinas, a embargante para sustentar seus argumentos aludiu como definitivo tão-somente os registros do relatório fiscal bem como consagrou que os veículos à disposição da contratante motivariam de modo suficiente o lançamento:

“Cabe destacar, por oportuno, que em diversos dos contratos celebrados pela autuada há cláusulas que, s.m.j., conduzem à conclusão de existência de subordinação. A título exemplificativo cita-se trechos destacados no relatório fiscal pela autoridade autuante que demonstram que os veículos contratados para prestar serviço de transporte ficavam à disposição do contratante em horários fixos nos locais por ela determinados

“ 1.1 O presente contrato tem por objeto serviços de transporte a serem prestados pela contratada à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos. Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2 a 6a feira;

3.2 - No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2 (duas) motocicletas neste período;

Nesse contexto, faz-se mister que o Colegiado esclareça suas razões de decidir, explicitando por quais razões e a partir de quais elementos probatórios constantes nos autos, concluiu não restar demonstrado o requisito da subordinação, elemento caracterizador da cessão de mão-de-obra.” (grifos do Relator)

DOS VÍCIOS

Na seqüência muito embora a decisão não tenha sido em razão das nulidades, mas sim pelo **MÉRITO**, registrou a Embargante que o voto traz meros comentários e “não há uma definição clara acerca de qual(is) vício(s)” :

“Observa-se que o contribuinte suscitou a existência de diversas nulidades no lançamento, as quais foram objeto de comentários no voto condutor do acórdão. Todavia, não há uma definição clara acerca de qual(is) vício(s) o Colegiado entende que estaria(m) maculando o lançamento, nem qual seria sua natureza (formal ou material).

Enfrentado o sobredito, aduz que na condução do voto, **de sobejo**, se expõe os vícios **ora tidos como não apontados com clareza**. Assim, na forma do abaixo se faz parcial transcrição do que na oportunidade, claramente, fora arrazoado :

“ DO LANÇAMENTO NO CNPJ DA FILIAL

*Pesquisa no sítio da Receita federal do Brasil, revela que a abertura desta filial 02.773.629/003387 ocorreu em 01/02/2002. Considerando que o período da constituição do crédito ocorreu nas competências 01/02/1999 a 31/12/2002, é nula, por impossível, a imputação de créditos constituídos para fatos anteriores a abertura da filial. Neste sentido **não se faz legítimo seu assento no pólo passivo da autuação** em razão de eventuais contratos anteriores a sua existência. Ademais, muito embora os créditos discutidos tenham sido lançados em 07/07/2005 consta, também, no sítio pesquisado que a filial em comento fora **BAIXADA** do Cadastro da Receita Federal em 14/08/2008 extinta por liquidação voluntária. Assim, **as eventuais pendências fiscais seriam de ser exigidas do respectivo estabelecimento matriz.***

DOS IMPEDIMENTOS DOS JULGADORES

(...)

Desse modo, conjugando as restrições de atuar em ambas instâncias, entendo ter havido irregular composição da turma julgadora na decisão “ad quod”. Tal fato inquina de VÍCIO o Acórdão exarado.

DA AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DA AÇÃO FISCAL – TIAF

Na forma do comando do § 2º do art. 591 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, a ciência do TIAF além de dar início ao procedimento fiscal, implicava formal perda da espontaneidade do sujeito passivo referida no §3º do art. 645. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007, verbis:

(..)

§ 2º A ciência do TIAF dá início ao procedimento fiscal, implicando a perda da espontaneidade do sujeito passivo referida no §3º do art. 645. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)

(..)

Desse modo, restando preterida formalidade obrigatória, o lançamento restou maculado por vício formal.”

É compulsório ressaltar que, na condução do voto, entre outros, ao enfrentar o MÉRITO fiz registros de que :

“ A autuação foi majoritariamente **sobre prestação de serviços de transporte de cargas**. Cumpre destacar que o período lançado tem a competência 12/2002 como marco final.

É cediço que todo o período do lançamento foi embasado na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, na forma estabelecida pelo art. 144, caput, do CTN.

O Decreto nº 4.729/2003, de junho de 2003, anterior ao início da ação fiscal, TIAD em 26/10/2004, veio determinar **que as empresas que prestam serviços de transporte de cargas não mais sofreriam a retenção em comento**.

DA RETROATIVIDADE BENIGNA

O Código Tributário Nacional – CTN, determina que a aplicação da Legislação Tributária observe os artigos 105 e 106 do citado Códex, verbis:

“ Aplicação da Legislação Tributária Art. 105.

A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos **pendentes**, assim entendidos **aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116**.

Art. 106. A lei aplicase a ato ou fato pretérito:

I **em qualquer caso**, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II **tratandose de ato não definitivamente julgado**:

a) **quando deixe de definir como infração**;

b) **quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão**, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) **quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática**” (grifos de minha autoria)

Isto exposto, entendo que ainda que restasse provada a condição basilar de que existira mão-de-obra à disposição do contratante, em razão de ter sido deixado de exigir o adimplemento das retenções em comento e em face do ato não ter sido definitivamente julgado como o em tela, seria compulsório contemplar a Recorrente com o benefício da retroatividade benigna previsto no comando do artigo 106 do sobredito diploma legal até porque o adimplemento fora também deixado de ser tratado como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão.”

Cumprе ressaltar que embora tenha sido demonstrado nas preliminares que o lançamento **estava eivado de vícios – formal e material** - em atenção ao § 3º do art. 51 do Decreto 70.235/72 resolveu-se decidir pelo mérito. Isto resta gravado na parte final do voto, verbis:

“Como comprovado nas preliminares, o processo encontra-se eivado de vícios.

Muito embora o acima, o § 3º do art. 51 do Decreto 70.235/72 preceitua que “ Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta ”

Assim, no acórdão embargado a Turma decidiu conhecer do Recurso Voluntário para NO MÉRITO LHES DAR PROVIMENTO.

Aduz que respeitosaente reconhecendo ser prerrogativa da i. Embargante interpor os embargos que julgar procedentes, cumpre observar que resultando da mesma ação fiscal ora em comento as autuações traduzidas pelos processos abaixo informados padeceram dos mesmos VÍCIOS supra relacionados que na oportunidade ao invés de decidir por julgar o mérito este Conselheiro resolveu determinar nulos os lançamentos e a Procuradoria Geral da Fazenda anuiu conforme os registros que seguem :

PROCESSO Nº 37216.000671/2006-59,

“A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por intermédio de sua Procuradora que esta subscreve, vem formalizar sua ciência do acórdão supra, bem como a ausência de interesse na interposição de recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Brasília/DF, 27 de setembro de 2013.

PATRÍCIA MAIA FEITOSA DE OLIVEIRA

Procuradora da Fazenda Nacional”

“PROCESSO Nº 35301.007038/2006-05:

“A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), por sua procuradora signatária, vem à presença de V. Exa. informar que está ciente do acórdão nº 2403002.124 e que não haverá interposição de recurso à Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Brasília/DF, 14 de outubro de 2013.

Daniela Figueiredo Oliveira França Ferreira

Procuradora da Fazenda Nacional”

Admitindo, entretanto, razão a Embargante quanto a omissão de julgar o RECURSO DE OFÍCIO, acolho precedentes - somente neste quesito - impondo-se pois que a omissão seja devidamente saneada.

DO VOTO EMBARGADO

Abaixo, segue a íntegra do voto ora embargado :

A instância “ ad quod ” produziu o Relatório abaixo que li, compulsei com os autos e com grifos de minha autoria o transcrevo.

“ Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (NFLD nº 35.804.502-9, consolidado em 07/07/2005), no valor de R\$ 1.925.635,88; acrescidos de juros e multa, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 193/207), refere-se às contribuições sociais a cargo da empresa destinadas ao custeio da Seguridade Social, relativas à retenção de 11% que deveria ter sido feita, incidentes sobre as Notas Fiscais/Faturas de Prestação de Serviços de entregas em emergência via moto utilitário, transporte de peças e equipamentos via rodoviária, e logística, mediante cessão de mão-de-obra, emitidas pelas empresas contratadas ACB SERVIÇOS LTDA – BOY SERVICE, BBS – SERVIÇOS REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, HENPRAV TRANSPORTES LTDA, FASTER SISTEMA DE TRANSPORTES URGENTES LTDA, PARTNER LOGÍSTICA E MOVIMENTAÇÃO LTDA, PEJOTA SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA, RA ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, R.C. DA SILVA BAHIENSES MOTO EXPRESSO-ME, SILVA & PACHECO LTDA, TNT LOGISTICS LTDA, SUPPLIES LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA, TRIUNFAL TRANSPORTE RODOVIÁRIO E DISTRIBUIÇÃO DE MALOTES E CARGAS LTDA., TRANSCOMENDAS TRANSPORTES E SERVIÇOS URBANOS LTDA, TRANSPEX LOCAÇÃO E SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA, VITE COURRIERS LTDA., no período de 02/1999 a 12/2002.

DA IMPUGNAÇÃO

2. A empresa, inconformada com o lançamento, do qual foi cientificada pessoalmente em 07/07/2005, apresentou impugnação, tempestivamente, protocolada sob nº 37216.003641/2005-13 em 22/07/2005 (fls. 274/314), alegando em síntese:

2.1. A tempestividade da impugnação;

2.2. Que o procedimento fiscal instaurado contra a impugnante é irregular, causando a nulidade do lançamento, devido à nulidade do Mandado de Procedimento Fiscal, já que as prorrogações do procedimento fiscal só eram cientificados após a data de validade do MPF anterior.

2.3. A decadência do direito de constituição dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos entre fevereiro de 1999 e junho de 2000;

2.4. A impossibilidade de duplo recolhimento da contribuição previdenciária, já que as empresas prestadoras recolheram suas contribuições e a obrigação legal de retenção constitui apenas obrigação acessória, não importando a cobrança do valor integral da contribuição;

2.5. A inconsistência da notificação, contrariando o art. 142 do CTN e o princípio da verdade material, vez que a fiscalização se baseou em meros indícios ou presunções simples de ausência de retenção dos 11%, sem avaliação e verificação efetiva dos possíveis fatos geradores, limitando-se a analisar os livros e documentos contábeis da impugnante;

2.6. Que traz por amostragem algumas inconsistências objeto da notificação, demonstrando a completa ausência de liquidez dos créditos tributários, além de documentos comprobatórios dos recolhimentos por ela efetuados, bem como da indevida cobrança;

2.7. Que a impugnante efetuou as retenções devidas nas respectivas competências, como demonstra por exemplo as GPS juntadas à defesa referentes à prestadora TNT Logísticas Ltda;

2.8. A inexigibilidade da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária, por ser as empresas prestadoras R.C. da Silva Bahiense Moto Expresso ME, Pejota Serviços de Transportes Ltda, Triunfal Transportes Rodoviário e Dsitribuição de Malotes e Cargas Ltda, Transcomendas Transporte e Serviços Urbanos Ltda optantes pelo SIMPLES;

2.9. A inexigibilidade da retenção na contratação de serviços de transporte de cargas e de armazenagem e controle de estoques;

*2.10. Que no caso das empresas prestadoras de serviços ABC Serviços Ltda, R.C. da Silva Bahiense Moto Expresso ME, VITE Courriers Ltda, a fiscal não analisou o **objeto dos contratos** , pelo que não poderia pretender a retenção dos 11 % sobre as notas fiscais, referentes a tais contratos, sem ter constatado se a retenção era de fato devida.*

Ademais, que é plenamente possível que os valores lançados comportem parcelas que deveriam ter sido excluídas da base de cálculo da retenção ou percentuais de redução desta base, conforme autorizado pela legislação;

*2.11. Que diante do curto prazo para apresentação desta impugnação, a impugnante não teve tempo suficiente para separar e apresentar todos os documentos que comprovam a **insubsistência dos valores exigidos na presente NFLD;***

2.12. Que a perícia se faz indispensável à elucidação da matéria, tendo em vista que a documentação não foi objeto de qualquer análise, pelo que requer seja feita perícia em seus livros e documentos contábeis e fiscais de acordo com os quesitos anexos (fls. 314).

DA DILIGÊNCIA

3. Em face das razões e da documentação apresentada pela impugnante, foi determinada a realização de diligência fiscal, a fim de se apurar a necessidade de se alterar o lançamento. Em resposta às fls. 758/760, à auditora-fiscal afirma em suma que os documentos ora fornecidos não foram apresentados durante a ação fiscal, pelo que foi realizada análise sobre os mesmos, culminando na necessidade de retificação da presente NFLD (planilhas/FORCED às fls. 733/757). A retificação foi efetuada conforme DADR às fls. 767/820.

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO, DO RECURSO E DO ACÓRDÃO DO CRPS

4. Às fls. 765/774, consta a **Decisão-Notificação nº 17.401.4/0706/2005**, que considerou o lançamento procedente em parte, com base no resultado da diligência.

5. Às fls. 896/926, a interessada interpôs recurso voluntário tempestivo direcionado ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

6. Em 06/05/2009, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que absorveu a competência do CRPS, em matéria de custeio, nos termos da Lei nº 11.457/2007, **exara acórdão de fls. 1043/1050, no sentido de anular a Decisão-Notificação, por violação ao contraditório**, determinando o reinício do contencioso administrativo com a ciência do Resultado da Diligência anterior à decisão de primeira instância.

DA NOVA IMPUGNAÇÃO

7. Devidamente cientificada do Acórdão proferido pelo CARF e do Resultado de Diligência de 03/10/2005, consoante Intimação nº 214/2011 de fls. 1061, a interessada, interpõe, tempestivamente nova impugnação, às fls. 1061/1074, reiterando os argumentos da impugnação originária e dos recursos apresentados, reproduzidos a seguir, em síntese:

7.1. **Que o código de pagamento 2100 utilizado para recolhimento da contribuição previdenciária da empresa TNT Logistics Ltda, está correto, eis que não havendo cessão de mão-de-obra nos serviços de transporte de carga, não se aplica a retenção de 11%;**

7.2. **Que não se aplica a obrigatoriedade de retenção de 11% em relação aos serviços de transportes de cargas, por não caracterizarem cessão de mão-de-obra, não estão sujeitos à retenção de 11% a título de contribuição previdenciária;**

7.3. **Os serviços de armazenamento são prestados exclusivamente nos estabelecimentos das empresas contratadas, portanto, resta inevitável a conclusão de que não há cessão de mão-de-obra a justificar a retenção de 11% sobre os serviços de armazenagem prestados à requerente em depósitos de propriedade das empresas BBS – Serviços Representação e Distribuição Ltda, R.A Administração Serviços Ltda, Partner Logística e Movimentação Ltda e Silva e Pacheco Ltda;**

7.4. *Que consoante jurisprudência, no que tange à inexigibilidade da retenção dos 11% por empresas prestadoras optantes pelo SIMPLES, devem ser excluídos do lançamento os valores lançados relativos às empresas: R.C. da Silva Bahiense Moto Expresso, Pejota Serviços de Transporte Ltda, Transcomendas Transportes e Serviços Urbanos Ltda e Triunfal Transporte Rodoviário Distribuição de Malotes e Cargas Ltda;*

7.5. *Que a diligência realizada comprova a inexatidão da ação fiscal, ratificando que a fiscalização, ao lavrar o auto de infração, deixou de apurar corretamente o crédito tributário exigido, fazendo com que o lançamento contenha uma série de inconsistências que importam em afronta ao disposto no art. 142, do CTN e aos princípios da legalidade e da verdade material;*

7.6. *Que a confirmação da existência de tais inconsistências demonstram que o crédito tributário lançado não atende aos requisitos de liquidez e certeza para sua cobrança, razão pela qual a requerente reitera os argumentos apresentados em sua impugnação que suportam a improcedência do lançamento;*

7.7. *Reitera por fim a alegação de decadência dos débitos relativos às competências de 02/1999 a 06/2000, com base no art. 150, § 4º, do CTN, aplicável aos débitos previdenciários, conforme Súmula Vinculante nº 08, do STF.*

8. É o relatório.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.1141, a 10ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro I - (RJ) - DRJ/RJO I, em 09 de maio de 2012, exarou o Acórdão nº 12-46.026, concedendo provimento parcial à impugnação.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.1.157, reiterando alegações que já fizera em sede de impugnação.

VOTO

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

O recurso é tempestivo e reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS PREJUDICIAIS DE NULIDADE

De plano, é necessário destacar que em 19 de janeiro de 2005, na forma do registro de fls.321, procederam-se a 15ª ALTERAÇÃO BC CONTRATO SOCIAL para o CNPJ nº. **02.773.629/0001-08**. Na cláusula segunda, do referido documento aduz que a empresa estabelecida **no município de Vila Velha, Estado do Espírito Santo** teria este como seu foro:

“ CLÁUSULA SEGUNDA

A sociedade tem sede na Av. Doutor Olívio Lira, 353, salas 1201 a 1216/1301 a 1316, Praia da Costa, município de Vila Velha, Estado do Espírito Santo, CEP 29.101-950, que é seu foro.”

Muito embora tal registro, a ação e autuação fiscal, sem justificativas no Relatório Fiscal, elegeu o CNPJ **02.773.629/0033-87** da filial aberta com endereço à AV.RODRIGUES ALVES 261 275 PARTE CAIS DO PORTO – RJ.

Assim a justificativa para que o lançamento tenha sido feito no CNPJ da filial precisaria ficar esclarecida.

DO LANÇAMENTO NO CNPJ DA FILIAL

Pesquisa no sítio da Receita federal do Brasil, revela que a abertura desta filial **02.773.629/0033-87** ocorreu em **01/02/2002**. Considerando que o período da constituição do crédito ocorreu nas competências **01/02/1999 a 31/12/2002**, **é nula, por impossível**, a imputação de créditos constituídos para fatos anteriores a abertura da filial. Neste sentido não se faz legítimo seu assento no pólo passivo da autuação em razão de eventuais contratos anteriores a sua existência. Ademais, muito embora os créditos discutidos tenham sido lançados em 07/07/2005 consta, também, no sítio pesquisado que a filial em comento fora **BAIXADA** do Cadastro da Receita Federal em **14/08/2008** extinta por liquidação voluntária. Assim, **as eventuais pendências fiscais seriam de se exigidas do respectivo estabelecimento matriz.**

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 02.773.629/0033-87 FILIAL	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	
---	---	--

NOME EMPRESARIAL XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA	
--	--

Processo nº 35301.006194/2005-60
Acórdão n.º 2403-002.442

S2-C4T3
Fl. 8

TÍTULO *****	DO	ESTABELECIMENTO	(NOME	DE	FANTASIA)
-----------------	----	-----------------	-------	----	-----------

CÓDIGO *****	E	DESCRIÇÃO	DA	ATIVIDADE	ECONÔMICA	PRINCIPAL
-----------------	---	-----------	----	-----------	-----------	-----------

CÓDIGO Não informada	E	DESCRIÇÃO	DAS	ATIVIDADES	ECONÔMICAS	SECUNDÁRIAS
--------------------------------	---	-----------	-----	------------	------------	-------------

CÓDIGO 206-2 - SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA	E	DESCRIÇÃO	DA	NATUREZA	JURÍDICA
--	---	-----------	----	----------	----------

LOGRADOURO *****	NÚMERO *****
---------------------	-----------------

CEP *****	BAIRRO/DISTRITO *****
--------------	--------------------------

SITUAÇÃO CADASTRAL BAIXADA	DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 14/08/2008
--------------------------------------	---

MOTIVO EXTINCAO P/ ENC LIQ VOLUNTARIA	DE	SITUAÇÃO	CADASTRAL
---	----	----------	-----------

SITUAÇÃO *****	ESPECIAL	DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL AL *****
-------------------	----------	---

Na forma do art. 745 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005 vigente à época da ação fiscal, “ o estabelecimento centralizador será alterado de ofício pela SRP, quando for constatado que os elementos necessários à Auditoria-Fiscal da empresa se encontram, efetivamente, em outro estabelecimento, observado o disposto no § 2º do art. 22. ”

Reitere-se que a competência atribuída à SRP para fazer de ofício a alteração, estabelece cumprir o disposto no § 2º do art. 22, verbis:

“ Art. 22. As alterações cadastrais serão efetuadas em qualquer UARP ou pela Internet, conforme o caso, exceto as abaixo

relacionadas, **que serão efetuadas na UARP da circunscrição do estabelecimento centralizador:**

I - de início de atividade;

II - de responsáveis;

III - de definição de novo estabelecimento centralizador:

IV - de mudança de endereço para outra circunscrição.

§ 1º Para quaisquer das alterações previstas no caput, será necessária a apresentação do contrato social, das alterações contratuais ou da ata de assembléia, registrados no órgão competente, considerando-se quanto aos efeitos de vigência das alterações, o disposto no §1º do art. 21. (Nova redação dada pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)

Redação original:

§ 1º Para quaisquer das alterações previstas no caput, será necessária a apresentação do contrato social, alterações contratuais ou da ata de assembléia, registrados no órgão competente.

§ 2º Para alteração do estabelecimento centralizador, prevista no inciso III do caput, deverá o sujeito passivo apresentar requerimento específico de alteração de estabelecimento centralizador contendo as justificativas e a indicação do número do novo CNPJ ou CEI centralizador.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso III do caput, a SRP recusará o estabelecimento eleito como centralizador quando constatar a impossibilidade ou a dificuldade de realizar o procedimento fiscal neste estabelecimento.

§ 4º Quando a empresa solicitar alteração de estabelecimento centralizador, deverá ser cientificada da aceitação ou da recusa de sua solicitação, pela Delegacia da Receita Previdenciária - DRP, no prazo de trinta dias, contados da data em que tenha protocolizado o requerimento.”

Isto posto, é relevante ressaltar que não consta colacionado nos autos documentação que demonstre formalizada a eleição do estabelecimento autuado como centralizador.

DO DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO

*Na exegese do art. 127 do Código Tributário Nacional é lícito concluir que se **exige formal da eleição do domicílio tributário pelo contribuinte** e que, na falta, determina-se :*

“ **Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável**, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

II - quanto às **peessoas jurídicas de direito privado** ou às firmas individuais, **o lugar da sua sede**, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

Realçando a necessidade de eleição formal do estabelecimento centralizador, regulamentando o sobredito, vigendo por ocasião da autuação, a Instrução Normativa MPS/S|RP nº 3, de 14 de julho de 2005, nos arts. 741, 743 e 744, instruíam efetivamente:

“ Art. 741. Domicílio tributário é aquele eleito pelo sujeito passivo ou, na falta de eleição, aplica-se o disposto no art. 127 da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN).

(...)

Art. 743. **Estabelecimento centralizador**, em regra, é o local onde a empresa mantém a documentação necessária e suficiente à fiscalização integral, sendo geralmente a sua sede administrativa, ou a matriz, ou o seu estabelecimento principal, **assim definido em ato constitutivo**.

Art. 744. A empresa poderá eleger como centralizador quaisquer de seus estabelecimentos, devendo, para isso, protocolizar requerimento na SRP, observado o disposto no art. 22.

Art. 745. O estabelecimento centralizador será alterado de ofício pela SRP, quando for constatado que os elementos necessários à Auditoria-Fiscal da empresa se encontram, efetivamente, em outro estabelecimento, observado o disposto no § 2º do art. 22.

§ 1º A escolha ou a alteração do estabelecimento centralizador levará em conta, alternativamente, o estabelecimento empresarial que:

I - possuir o maior número de segurados;

I - possuir o maior número de segurados;

II - concentrar o funcionamento contábil e de pessoal;

III - apresentar o maior valor de contribuição para a Previdência Social.

§ 2º Se o estabelecimento definido como novo centralizador estiver circunscrito a outra DRP, será providenciada, pelo Serviço/Seção de Fiscalização da DRP, **a transferência dos documentos e dos registros informatizados da empresa para a DRP circunscricionante do novo estabelecimento centralizador que, no prazo de trinta dias, comunicará à empresa esta mudança.**”

Não formalizar a exigência apontada, produz severas implicações. A Jurisprudência deste Conselho registra que **por não ter exercido a faculdade de centralizar** em um de seus estabelecimento a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição ao PIS, devida pela matriz e suas filiais, **o contribuinte não se legitimou para pleitear** eventual repetição de indébitos referente a pagamentos efetuados por estabelecimentos distintos daquele que efetuou o pedido de restituição, verbis:

“ Segundo Conselho de Contribuintes. 4ª Câmara. Turma Ordinária Acórdão nº 20400448 do Processo 109800072930023 10/08/2005 **NORMAS PROCESSUAIS CONTRIBUIÇÃO AO PIS - SEMESTRALIDADE- PRAZO PARA RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. RESOLUÇÃO Nº 49 DO SENADO FEDERAL.** O prazo para o sujeito passivo formular pedidos de restituição e de compensação de créditos de PIS decorrentes da aplicação da base de cálculo prevista no art. 6º, parágrafo único da LC nº 7/70 é de 5 (cinco) anos, contados da Resolução nº 49 do Senado Federal, publicada no Diário Oficial, em 10/10/95. Inaplicabilidade do art. 3º da Lei Complementar nº 118/05. **REPETIÇÃO DE INDEBITO. PAGAMENTOS INDEVIDOS. ÔNUS DA PROVA.** O reconhecimento do direito creditório pertinente a indébitos só é possível quando houver prova dos recolhimentos indevidos ou efetuados a mais que o devido. O ônus dessa comprovação incumbe ao demandante. **LEGITIMIDADE PARA REPETIR. INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR.** A contribuinte, **ao não ter exercido a faculdade de centralizar em um de seus estabelecimento a responsabilidade pelo recolhimento da contribuição** ao PIS, devida pela matriz e suas filiais, **não se legitima para pleitear eventual repetição de indébitos** referente a pagamentos efetuados por estabelecimentos distintos daquele que efetuou o pedido de restituição. PIS. BASE DE CÁLCULO. Os indébitos oriundos de recolhimentos efetuados nos moldes dos Decretos-Leis nº.s 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo STF, deverão ser calculados considerando que a base de cálculo do PIS, até a data em que passou a vigor as modificações introduzidas pela Medida Provisória nº. 1.212/95 (29/02/1996), era o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária. **Recurso provido em parte.**”

Por ocasião da baixa da filial, vigiam os termos capitulados no inciso I do § 2º do art. 28 da Instrução Normativa RFB, nº 748, de 28 de junho de 2007, verbis:

“ Art. 28. *A baixa de inscrição no CNPJ, de matriz ou de filial, deverá ser solicitada até o quinto dia útil do segundo mês subsequente à ocorrência dos seguintes eventos de extinção:*

I - encerramento da liquidação, judicial ou extrajudicial, ou conclusão do processo de falência;

II - incorporação;

III - fusão;

IV - cisão total;

V - elevação de filial à condição de matriz, inclusive:

a) transformação em matriz de órgãos regionais de Serviço Social Autônomo; e

b) transformação em matriz de unidades regionais ou locais de órgãos públicos;

VI - transformação de órgãos locais de Serviço Social Autônomo em filial de órgão regional; e

VII - transformação de filial de um órgão em filial de outro órgão.

§ 1º O pedido de baixa de entidade deverá observar o disposto no art. 8º.

§ 2º Para efeito de baixa de inscrição no CNPJ de filial, a verificação restringir-se-á à análise formal do ato registrado e as pendências fiscais serão exigidas do respectivo estabelecimento matriz.

§ 3º Será indeferido o pedido de baixa de inscrição no CNPJ de entidade para a qual constarem as seguintes situações:

I - débito tributário em aberto, parcelado ou com exigibilidade suspensa;

No inciso I supra a exigibilidade suspensa, como no caso em comento, apesar do registro do § 2º do citado artigo, era motivo de indeferimento.

Cumpre ressaltar que tradicionalmente, anterior a unificação das receitas, a baixa de empresa junto ao INSS sempre fora precedida do pedido de Certidão Negativa de Débito.

Na época não se concedia a baixa de filial em relação à qual constasse pendência quanto à obrigação tributária principal ou acessória.

Há questão pode não estar sendo trazida à colação pela Recorrente motivada por alguma estratégia processual que posterior ao trânsito em julgado nas instâncias administrativas sem que lhe tenha sido atribuído êxito, argüida em juízo é grande a possibilidade dos argumentos prosperarem tendo em

vista que confirmando-se a ocorrência de ato nulo este não terá convalidado.

DA NULIDADE DO MPF.

*A matéria já fora enfrentada em sede de impugnação com arrazoado o qual tem minha anuência. Entretanto, **referindo-me sobre outros aspectos dos MPFs**, providenciei a planilha abaixo para elucidar questões relevantes na emissão dos Mandados de Procedimento Fiscal – MPF.*

PROCESSO	CNPJ	MPF	CIÊNCIA	FLS	EMISSÃO
----------	------	-----	---------	-----	---------

1- 37216.000668/2006-35-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004- 61 -**08/10/04**

2 -37216.000672/2006-01-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004- 80 -**08/10/04**

3 -37216.000677/2006-26-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004- 55 -**08/10/04**

4 -37216.000705/2006-13-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004- 70 -**08/10/04**

5 -35301.006194/2005-60-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004- 256 -**08/10/04**

6-35301.007038/2006-05-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004 - 80 -04/10/04

7-37216.000671/2006-59-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004 - 50 -04/10/04

8-37216.000674/2006-92-02.773.629/0033-87-09194385-13/10/2004 - 110 -04/10/04

Ressalte-se que os processos numerados de 1 a 8 tiveram o período ago/98 a out. 2004 para proceder a ação fiscal.Todos foram 5 vezes prorrogados.

*É relevante notar que muito embora todos tivessem o mesmo número de identificação de – 09194385 – não foram emitidos nas mesmas datas. Registram-se coincidentes os de número 1 a 5, em **08/10/04** e os numerados de 6 a 8, em **04/10/04**.*

DA ANULAÇÃO DO PROCESSO E DA RETOMADA DO CONTENCIOSO NA INSTÂNCIA AD QUOD.

Consta colacionado às fls.813, Acórdão exarado pelos membros da Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte que, por unanimidade de votos, resolveram ANULAR o processo e por conseguinte a Decisão Notificação- DN, em razão de ter ocorrido supressão de instâncias verificada no procedimento.

DO NOVO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Na formação da 10ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro – RJ DRJ/RJI, participaram do julgamento: Ana Lucia Teles Coutinho e José Silva Filho e Ana Carolina Denoyé Macedo da Silva.

Cumpre destacar que a Decisão/Notificação nº 17.401.4/0706/2005 de fls. 626, anulada no Acórdão exarado pelos membros da Sexta Câmara do Segundo Conselho de Contribuinte é resultado de decisão monocrática exarada pela então Auditora-Fiscal Analista Ana Carolina Denoyé que mais tarde viria compor, também, a turma de julgadores da nova decisão acima referida.

DOS IMPEDIMENTOS DOS JULGADORES

No âmbito deste Conselho, na forma do inciso I e IV do art. 42, o Conselheiro está impedido de atuar no julgamento de recurso, em cujo processo tenha **praticado ato decisório monocrático**.

Na Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, que disciplina a constituição das turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento – DRJ o inciso I do art. 19 que trata dos impedimentos dos julgadores, faz restrição tão-somente àqueles que eventualmente tenham participado da ação fiscal, verbis:

“ Art. 19. Os julgadores estão impedidos de participar do julgamento de processos em que tenham:

I - participado da ação fiscal; ”

Não obstante o acima, o inciso I do art. 18 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 determina o impedimento de atuar no processo administrativo da autoridade que **tenha interesse direto ou indireto na matéria**. O artigo 19 do mesmo diploma legal define que “a autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, **abstendo-se de atuar**, verbis:

“ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, **abstendo-se de atuar**.” (grifos de minha autoria)

Desse modo, conjugando as restrições de atuar em ambas instâncias, entendo ter havido irregular composição da turma julgadora na decisão “ad quod”. Tal fato inquina de **VÍCIO** o Acórdão exarado.

DA DILIGÊNCIA.

Conforme o comando do art. 18 do Decreto 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício a realização de diligências quando entendê-las necessárias, verbis:

“ Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, **quando entendê-las necessárias**, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.(Redação dada pela Lei n 8.748, de 1993) ” (grifos de minha autoria)

Desse modo, as Diligências **não são meras formalidades** e seus resultados devem observar o exato cumprimento do determinado pela Autoridade Julgadora sob pena de comprometer a decisão do julgado.

O art. 589 da IN 100, de 18 de dezembro de 2003 vigente à época da ação fiscal, conceitua o procedimento de Diligência Fiscal :

“ Art. 589. A Diligência Fiscal (DF) **é o procedimento fiscal externo** destinado a coletar e a analisar informações de interesse da administração previdenciária, inclusive **para atender à exigência de instrução processual**, podendo resultar em lavratura de Auto de Infração, Termo de Arrolamento de Bens ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive os armazenados em meio magnético ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados” (grifos de minha autoria)

Com previsão no § 1º do art. 591 da sobredita IN 100, no caso de **DILIGÊNCIAS FISCAL**, **emitiam-se** Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D), verbis:

“ Art. 591. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído pelo Decreto nº 3.969, de 15 de outubro de 2001, alterado pelo Decreto nº 4.058, de 18 de dezembro de 2001, é a **ordem específica** dirigida a AFPS, para que, no uso de suas atribuições privativas, instaure os procedimentos fiscais descritos nos incisos I e II do art. 587.

§ 1º Para o procedimento de Auditoria-Fiscal Previdenciária, **será emitido** Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) e, **no caso de Diligência Fiscal, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).**”

O § 2º do art. 601 da sobredita IN 100 determina que “ O MPF-D indicará, ainda, a descrição sumária das verificações a serem realizadas.”

Ainda sobre o MPF – D , o inciso II do art. 605, registra prazo de sessenta dias, para cumprimento nos casos de MPF-D .

“ Art. 589. A Diligência Fiscal (DF) é o procedimento fiscal externo destinado a coletar e a analisar informações de interesse da administração previdenciária, inclusive para atender à exigência de instrução processual, podendo resultar em

lavratura de Auto de Infração, Termo de Arrolamento de Bens ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive os armazenados em meio magnético ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados.”

No Despacho de fls. 539, abaixo transcrito a Autoridade Julgadora ANA CAROLINA DENOYÉ, exortando “ mister que o Auditor-Fiscal notificante realize diligência na empresa para análise dos documentos não apresentados durante a auditoria-fiscal (Notas fiscais e GPS referentes à retenção dos 11%)”, requereu **O PROCEDIMENTO** nos termos abaixo:

“1- Considerando que a impugnação de fls.233 a 519 traz farta prova documental, além de argumentos de fato relativos a erro na base de cálculo das contribuições considerada na presente NFLD, faz-se mister que o Auditor-Fiscal notificante realize diligência na empresa para análise dos documentos não apresentados durante a auditoria-fiscal (Notas fiscais e GPS referentes à retenção dos 11%) , a fim de possibilitar seu pronunciamento acerca dos itens 82 a 169 da defesa, no sentido de ratificar ou retificar (se for o caso, com preenchimento de FORCED ou equivalente) o lançamento.

2- Ao Serviço de Fiscalização Previdenciária, para as providências cabíveis, com posterior retorno a este Serviço para prosseguimento do feito.” (grifos de minha autoria)

Cumpre notar que a Autoridade Julgadora requereu diligenciar na empresa as notas fiscais e GPS não apresentados na ação fiscal. Compulsório ressaltar que a diligência nos moldes regulamentares determinada pela Autoridade Julgadora não foi realizada e na forma do documento colacionado às fls. 540 a 567, aceito pelo Julgador requerente, a Autoridade Autuante não retornou à empresa e restringiu sua informação às análises que procedeu nos documentos colacionados nos autos. Novo julgamento realizado mais tarde pela 10ª Turma da DRJ/RJ – turma esta integrada, também, pela Auditora Analista que exarou monocraticamente a Decisão Notificação - DN - procedendo novos expurgos demonstraria que o reexame, classificado como diligência, efetuado não fora exatamente eficaz.

Na forma do parágrafo único e do caput do art. 196, do CTN, a Autoridade Administrativa que proceder a quaisquer diligências de fiscalização deve lavrar os termos necessários para que se documente o início do procedimento e entregar à pessoa sujeita à fiscalização , verbis:

“Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos;

quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.” (grifos de minha autoria)

Aduz que na oportunidade o contribuinte sequer fora comunicado de sua ocorrência, fato este ensejou a nulidade, da Decisão Notificação-DN em razão de ter havido cerceamento de defesa.

DA AUSÊNCIA DE TERMO DE INÍCIO DA AÇÃO FISCAL – TIAF.

*Muito embora tenha sido emitido o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD), este, tendo sido já iniciada a ação fiscal, na forma do art. 609 da multicitada da IN 100 teve por finalidade formalizar a intimação do sujeito passivo a apresentar **os documentos necessários** para o procedimento fiscal, verbis:*

*“Art. 609. O Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD) **tem por finalidade** intimar o sujeito passivo a apresentar, em dia e em local nele determinados, os documentos necessários à verificação do regular cumprimento das obrigações previdenciárias principais e acessórias, os quais deverão ser deixados à disposição da fiscalização até o término do procedimento fiscal.” (grifos de minha autoria)*

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF foi assinado pelo contribuinte em 13/10/2004 e a notificação do lançamento ocorreu em 07/07/2005.

Na forma do comando do § 2º do art. 591 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3, de 14 de julho de 2005, a ciência do TIAF além de dar início ao procedimento fiscal, implicava formal perda da espontaneidade do sujeito passivo referida no §3º do art. 645. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007, verbis:

*“ Art. 591. O TIAF emitido privativamente pelo AFPS, no pleno exercício de suas funções, **tem por finalidades cientificar o sujeito passivo de que ele se encontra sob ação fiscal e intimá-lo a apresentar, em dia e em local nele determinados, os documentos necessários à verificação do regular cumprimento das obrigações previdenciárias principais e acessórias, os quais deverão ser deixados à disposição da fiscalização até o término do procedimento fiscal.** (Nova redação dada pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)*

§ 1º Será dada ciência do TIAF ao sujeito passivo na forma prevista no art. 588. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)

§ 2º A ciência do TIAF dá início ao procedimento fiscal, implicando a perda da espontaneidade do sujeito passivo referida no §3º do art. 645. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)

§ 7º Após a ciência do TIAF, a SRP não emitirá parecer em relação a consulta referente às obrigações previdenciárias objeto de verificação no procedimento fiscal. (Incluído pela IN MPS/SRP nº 23, de 30/04/2007)

Parágrafo único. Para o fim previsto no caput, considera-se documento aquele definido no inciso IV do parágrafo único do art. 606.”(grifos de minha autoria)

Desse modo, restando preterida formalidade obrigatória, o lançamento restou maculado por vício formal.

DO MÉRITO

Com grifos de minha autoria transcrevi o Relatório Fiscal de fls. 193 onde se registra que a Autoridade autuante destacou o que lera nos contratos como objeto das prestações e assim, na forma de seu entendimento autou empresa em razão de não sido efetuada a retenção de 11% 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviço :

“ 1. Introdução

1.1. O presente relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n.2 35.804.502-9, referente ao período de 02.1999 a 12.2002, e tem por objeto a narrativa do fato ocorrido e verificado na ação fiscal realizada junto ao contribuinte, que ensejou o lançamento fiscal em referência.

1.2. O contribuinte na condição empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra e empreitada, está sendo notificado a recolher à Previdência Social 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviço que deveriam ter sido retidas conforme determina o artigo 31 da Lei 8212/91.

1.3. O débito aqui descrito foi apurado após a verificação através dos registros contábeis e com a descrição dos serviços executados nos contratos firmados entre a empresa objeto de fiscalização e empresas prestadoras de serviço, de entregas em emergência via moto utilitário ,transporte de peças e equipamentos via rodoviária e logística, conforme descrito abaixo:

SERVIÇOS LTDA- BOY SERVICE (Levantamento ACB)

Não apresentado. Registro contábil na contábil na conta ENTREGA MOTO RJ/SP- PECAS

BBS- SERVIÇOS REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA

(Levantamento BBS)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto serviços de transporte a serem prestados pela contratada à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3 PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2 à 6a feira;

3.2- No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2 (duas) motocicletas neste período;

HENPRAV TRANSPORTES LTDA (Levantamento HNP)

1- Do Objeto

É a prestação de serviços por parte da CONTRATADA, em transportar peças e equipamentos, via rodoviária, da CONTRATANTE em perfeitas condições de transporte.

Item 3.3

A CONTRATADA obriga-se a manter a disposição da CONTRATANTE, **uma frota em perfeitas** condições de uso e segurança, com 4(quatro) veículos Kombis, Furgão ou similares, 5(cinco) Caminhões Toco (06 Toneladas) equipados com Baús de Duralumínio, 01(um) Caminhão Truck Sider (12 ton) e 03(três) Carretas Baú (24 Ton) da seguinte forma, cuja frota poderá ser alterada, qualquer tempo, de acordo com a necessidade da CONTRATANTE."

FASTER SISTEMA DE TRANSPORTES URGENTES LTDA Distribuição de Peças CDA- VITÓRIA/ES (Levantamento FTR)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto serviços de transporte a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- **Uma moto** ficará à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00/14:00 às 18:00, de 2 a a 6a feira;

FASTER SISTEMA DE TRANSPORTES URGENTES LTDA Distribuição de Peças RJ

ITEM 3.1.1.

"O presente contrato prevê a **utilização dos seguintes veículos** para distribuição dos produtos de propriedade da XEROX, nas **áreas de atendimento definidas no item 2 supra:**

MOTOCICLETAS:

Mínimo de 3 0 (trinta) veículos para entrega em emergência, de 2 a a 6ª feira, das 08:00 às 18:00; e

1 (um) veículo a ser utilizado aos sábados, também no mesmo intervalo/horário.

UTILITÁRIOS:

3(três) veículos para prestação de serviços de coleta de produtos XEROX, denominado AR(Aviso de Recolhimento) . O serviço será prestado de 2 a a 6ª feira, das 08:00 às 18:00h.

1 (um) veículo para realização de entregas em emergência, operando 24(vinte e quatro) horas por dia, durante 30 dias do mês.

Nota: Nos veículos tipo utilitários, o serviço será realizado através de 1(um) motorista e 1(um)

ajudante."

**PARTNER LOGÍSTICA E MOVIMENTAÇÃO LTDA
(Levantamento PRT)****CLÁUSULA Ia - OBJETO**

O presente contrato tem por objeto a prestação pela **CONTRATADA de serviço de carga, descarga e distribuição de material** de consumo e peças, doravante designados produtos XEROX na Região Metropolitana de Porto Alegre de acordo com ANEXO I, que deste passa a fazer parte integrante.

Parágrafo Único- A execução dos serviços será acompanhada e coordenada diretamente pela **CONTRATADA**, através de seus prepostos, a quem os profissionais por ela disponibilizados devem subordinação. .

Item 3 do Anexo I**"PROROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:**

3.1 As motos/utilitário utilizados na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00h, de 2 a a 6- feira;

3.2 No intervalo do almoço, das 12:00 às 14:00h, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2(duas) motocicletas neste período;

**PEJOTA SERVIÇOS DE TRANSPORTES LTDA
(Levantamento PEJ)****CLÁUSULA Ia – OBJETO**

O presente contrato tem por objeto a prestação pela **CONTRATADA de serviço de carga, descarga e distribuição de**

material de consumo e peças, doravante designados produtos XEROX na Região Metropolitana de Porto Alegre de acordo com ANEXO I, que deste passa a fazer parte integrante.

Parágrafo Único- A execução dos serviços será acompanhada e coordenada diretamente pela CONTRATADA, através de seus prepostos, a quem os profissionais por ela disponibilizados devem subordinação..

Item 3 do Anexo I

"PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1 As motos utilizadas na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00h, de 2 a a 6a feira;

3.2 No intervalo do almoço, das 12:00 às 14:00h, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2(duas) motocicletas neste período;"

RA ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA (Levantamento RA)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto serviços de transporte a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2 a a 6a feira;

3.2- No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma arantir a presença de pelo menos 2 (duas) motocicletas neste período;

R.C. DA SILVA BAHIENSE MOTO EXPRESSO- ME (Levantamento RCS)

Sem existência de contrato formal anexamos à via da Secretaria da Previdência Social do Relatório Fiscal cópia do distrato.

SILVA & PACHECO LTDA (Levantamento SIL)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto serviços de transporte a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2 à a 6ª feira;

3.2- No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2 (duas) motocicletas neste período;

TNT LOGISTICS LTDA (Levantamento TNT)

"1. OBJETO

A contratada prestará à XEROX **serviço de transporte** de produtos de consumo e peças, denominados "Produtos", com início em Diadema/SP e destino às localidades relacionadas na cláusula 2 deste Anexo, incluindo as atividades de recebimento e conferência de das mercadorias e respectiva documentação, roteirização das entregas, emissão da correspondente descarregamento de veículos, administração da distribuição desses produtos aos clientes da Xerox, comunicação com os veículos, que será realizado com recursos necessários para o bom desempenho do serviço, de acordo com os procedimentos e prazos acordados entre as partes . Os serviços serão prestados de acordo com as modalidades de atendimento abaixo especificadas:

A) **ENTREGAS EXPRESSAS:** Entregas realizadas em caráter de emergência , imediatamente após a emissão da nota fiscal, através de veículos tipo motocicleta, em horário comercial, de segunda à sexta-feira.

B) **ENTREGAS PROGRAMADAS:** Entregas efetuadas no dia seguinte à emissão da nota fiscal, em horário comercial, de segunda à sexta-feira.

C) **RECOLHIDAS PROGRAMADAS:** Coletas realizadas em SITES (Capital e Região Metropolitana/SP), conforme solicitação da XEROX, através de veículos tipo Kombi, sprinter e caminhão 608, em horário comercial, de Segunda à Sexta-feira."

Item 5 do Anexo I

• "ESTRUTURA DE VEÍCULOS CONTRATADA:

O presente contrato prevê a **utilização dos seguintes veículos** para distribuição dos produtos de propriedade da Xerox, nas áreas de atendimento definidas:

5.1. MOTOCICLETAS:

A. Mínimo de 40(quarenta) veículos para entregas expressas e programadas, de 2- a 6- feira, das 08:00 às 18:00h.

B. 02(dois) veículos diurnos para coletas de produtos XEROX através de documento emitido pela Xerox, denominado AR (Aviso de Recolhimento), de 2 a a 6a feira, das 8:00 às 17:00h.

C. 02(dois) veículos noturnos para entregas expressas de produtos XEROX, das 19:00 às 07:00, durante 30(trinta) dias do mês.

D. 01(um) veículo para entregas expressas de produtos XEROX, das 07:00 às 19:00h, somente aos sábados e domingos durante o mês.

5.2. UTILITÁRIOS:

a. 02(dois) veículos diurnos para prestação de serviço de coleta de produtos XEROX, através de documento emitido pela XEROX, denominado ar (Aviso de Recolhimento) . O serviço será prestado de 2a a 6ª, das 08:00 às 17:00h.

B. 04(quatro) veículos para prestação de serviço de entrega/coleta de produtos XEROX. O serviço será prestado, das 07:00h às 19:00 durante 30(trinta) dias do mês.

C. 02(dois) veículos para entregas em emergência de produtos XEROX, das 19:00 às 07:00h, durante 30(trinta) dias do mês."

SUPPLIES LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA (Levantamento SUP)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto **serviços de transporte** a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2a a 6a feira;

3.2- No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2 (duas) motocicletas neste período;

TRIUNFAL TRANSPORTE RODOVIÁRIO E DISTRIBUIÇÃO DE MALOTES E CARGAS LTDA (Levantamento TRF)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto **serviços de transporte** a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexo I item 3

PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS:

3.1- *As motos/utilitários na operação ficarão à disposição da XEROX no local de coleta informado no "item 1", das 08:00 às 18:00, de 2 à a 6ª feira;*

3.2- *No intervalo, das 12:00 às 14:00, deverá haver um revezamento entre os motociclistas, de forma a garantir a presença de pelo menos 2 (duas)*

motocicletas neste período;

TRANSCOMENDAS TRANSPORTES E SERVIÇOS URBANOS LTDA (Levantamento TCD)

1- DO OBJETO

1.1. *O presente contrato tem por objeto a prestação pela contratada à XEROX de serviços de movimentação de materiais internos da XEROX DO NORDESTE (XNOR), cujos serviços dar-se-ão nos moldes descritos na cláusula "2- DOS SERVIÇOS" do presente instrumento.*

2- DOS SERVIÇOS

2.1. *As atividades a seguir descritas serão realizadas no 'horário noturno, este compreendido entre 22h00 às 06h00, cujos serviços serão realizados por 2(dois) operadores de empilhadeira, 01(um) por turno, com Curso de Operação de Empilhadeira e Carteira de Habilitação- Classe D:*

2.1.1. *Movimentação de materiais entre docas e almoxarifado;*

2.1.2. *Movimentação de materiais entre almoxarifado e planta;*

2.1.3. *Movimentação de materiais entre planta e almoxarifado ;*

2.1.4. *Movimentação de materiais entre almoxarifados e docas;*

2.1.5. *Carregamento e descarregamento de caminhões e ,% containers" ;*

2.1.6. *Atendimento emergencial no almoxarifado de peças leves, fora do horário comercial.*

2.2. *As atividades a seguir descritas serão realizadas no horário comercial, cujos serviços*

serão realizados por 2(dois) operadores de empilhadeira, com Curso de Operação de Empilhadeira e Carteira de Habilitação - Classe D e 01(um) movimentador de materiais sem a necessidade da habilitação para a empilhadeira:

2.2.1. *Movimentação de materiais entre docas e almoxarifado;*

2.2.2. *Movimentação de materiais entre almoxarifado e planta;*

2.2.3. *Movimentação de materiais entre planta e almoxarifado;*

2.2.4. *Movimentação de materiais entre almoxarifados e docas;*

2.2.5. Carregamento e descarregamento de caminhões e "containers";

2.3. As atividades a seguir descritas serão realizadas no horário comercial, no Centro de Resíduos, cujos serviços serão realizados por 1 (um) operador de empilhadeira, com Curso de Operação de Empilhadeira e Carteira de Habilitação - Classe D:

2.3.1. Movimentação de materiais entre planta e centro de resíduos;

2.3.2. Movimentação de materiais entre centro de resíduos e docas;

2.3.3. Carregamento de caminhões.

2.4. Para revezamento de turno 3X7, serão necessários 08(oito) ajudantes de movimentação para realizar as seguintes atividades:

2.4.1. Movimentação de materiais entre planta e almoxarifado

2.4.2. Movimentação de materiais entre almoxarifado e planta.
(Levantamento TPX)

1- Objeto

1.1 O presente contrato tem por objeto **serviços de transporte** a serem prestados pela CONTRATADA à XEROX, conforme discriminado na cláusula 2, abaixo e de acordo com as demais condições e obrigações constantes deste contrato e seus Anexos.

Anexos itens 2 e 3

"2) **HORÁRIOS/CONDIÇÕES DE ATENDIMENTO:**

Os serviços de transportes de peças dar-se-ão de segunda à sexta-feira, no horário das 8:00 às 18:00 horas, com intervalo de 2(duas) horas. Os serviços serão executados por pessoal devidamente treinado pela CONTRATADA, uniformizado, identificado e dentro dos padrões de segurança previstos pelo Código Nacional de Trânsito."

VITE COURRIERS LTDA (Levantamento VIT)

Não apresentado. Registros contábeis na conta Serviço de Terceiros. **Anexada cópia Nota Fiscal Fatura de Serviços com descrição dos serviços prestados.**

Os serviços acima descritos estão sujeitos à retenção de contribuição para a Seguridade Social, pois trata-se de cessão de mão de obra com as características descritas nos parágrafos 3º e 4º do art. 31 com regulamentação dada pelas Ordens de Serviço 203/99, 209/99 e Instrução Normativa n 2 71/02 conforme neste relatório transcrito:

DAS NOTAS FISCAIS

2 . Para calculo do débito foi apurado o valor das Notas Fiscais/Faturas e Recibos de Serviços(Vide planilha demonstrativa anexa) registradas na escrituração contábil da empresa ou com as Notas fiscais apresentadas e aplicado o percentual de 11% conforme determina o artigo 31 da Lei 8212/91 e não foi constatado a ocorrência de crime de apropriação indébita, pois as notas apresentadas onde houve destaque foi também apresentada a respectiva guia.

Elementos Examinados

3.1. Os fatos geradores foram identificados a partir da análise dos seguintes documentos, apresentados pelo contribuinte à fiscalização:

3.1.1- Contratos de Prestação de Serviço, Livros Diários 08 a 640 relativos a Fevereiro de 1999 a Dezembro de 2002. ”

Cumpre ressaltar que as sobreditas planilhas anexas às fls. 208 a 249, são auto-referidas como papéis de trabalho cujas colunas registram os números das NFs, datas, valores escriturados, o cálculo efetuado do destaque efetuado pela Auditora Fiscal, e observa que estas não foram apresentadas na ação fiscal.

O acima destacado apresenta grande relevo tendo em vista que **as planilhas não informam de quais livros contábeis as contas foram extraídas, as folhas, e demais informações necessárias para o confronto material proporcionando a ampla defesa e o contraditório.**

A maioria dos eventos narrados ocorreu em período decaído uma vez que o Acórdão de primeira instância às fls. 1141 reconheceu , acertadamente , que as 06/2000 e anteriores fora alcançada pelo Instituto da decadência. **É relevante também notar que não se encontra nos autos documento intimando o contribuinte para apresentação das Notas fiscais destacadas nas planilhas.**

A ação fiscal teve respaldo no MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO Nº 09194385, fls, 256 - 5 vezes prorrogado - que fora notificado e assinado pelo contribuinte em 13/10/2004.

O encerramento da ação ocorreu cerca de 9 meses depois na forma do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, fls. 263 em 07/07/2005. Neste interregno, no único Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD - colacionado nos autos e , portanto, não reiterado, consta que fora emitido em 26/10/2004 onde se solicitara de forma genérica todas as notas fiscais de serviço para o longo período de **Julho de 1998 a Dezembro de 2002 para o qual estaria sendo a ação fiscal 48 meses de notas fiscais das inúmeras empresas que prestaram serviços :**

“ALVARÁS DE LICENÇA E HABITE-SE PARA CONSTRUÇÃO

COMUNICAÇÕES DE ACIDENTE DO TRABALHO

COMPROVANTES DE RECOLHIMENTO: GR/DARP/GRPS/GPS

CONTRATO SOCIAL/DECLARAÇÃO/ALTERAÇÕES CONTRATUAIS

CONTRATOS DE EMPREITADA E SUBEMPREITADA

CONTRATOS DE SERV. DE CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA E TEMPORÁRIOS

FATURAS E RECIBOS DE MÃO-DE-OBRA

GFIP, GRFP, GRFC E EVENTUAIS RETIFICAÇÕES

LAUDO TÉCNICO, PERFIL PROFISSIONAL, PPRA E PCMSO

LIVRO DIÁRIO/PLANO DE CONTAS

NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS

PROGRAMA DE GERENCIAMENTO DE RISCOS”

DAS PROVAS E DA VERDADE MATERIAL

Trazidos aos autos somente pela então impugnante, há que se dar destaque que muito embora a Auditora tenha informado os objetos dos contratos, não os colacionou sequer por amostragem impedindo de se verificar se não houvera equívoco nas transcrições, as datas dos pactos, os pactuantes, se fora a matriz ou a filial autuada ou se outra filial qualquer, e ainda para quem efetivamente os serviços foram prestado. Enfim em atenção ao comando do art. 142 do CTN e , ainda em obediência ao Princípio da verdade Material tais procedimentos deveriam ter sido observados:

“ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”

DA LEGITIMIDADE

Destacando a empresa contratada HENPRAV TRANSPORTES LTDA LTDA motivo do levantamento neste auto sob o código HNP , colacionado pelo contribuinte às fls. 432, consta o

contrato a que fez referência a Auditora Fiscal. No documento trazido aos autos a Empresa contratante é a XEROX DO BRASIL LTDA., (Unidade Fabril de Itatiaia) CNPJ 29.213.386/0002-82 e não a autuada . Não obstante, descaracterizando eventual entendimento de que os segurados empregados da contratada pudessem estar à disposição do contratante a clausula 3.9 ressalta que os serviços seriam coordenados por um empregado da contratada:

“ 3.9 - A CONTRATADA manterá sem qualquer ônus adicionais para a CONTRATANTE

um coordenador dos serviços no escritório da CONTRATADA.”

Da mesma forma acima , às fls. 449, a recorrente juntara cópia do contrato da prestadora BBS- SERVIÇOS REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA cujo levantamento nos autos recebera o código BBS.

Assente no pólo contratante se verifica a filial da empresa XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA, CNPJ n° 02.773.629/0002-80, também diferente do CNPJ 02.773.629/0033-87 da autuado. Outrossim, descartando a hipótese de cessão de mão de obra registram-se na clausula 3.1.8 que “ Para os serviços deste contrato, a CONTRATADA atuará autonomamente, assumindo todas as responsabilidades., na contratação de quaisquer funcionários para a execução dos serviços, onde quer que estejam executando os mesmos, os quais serão seus empregados e prepostos exclusivos, não existindo, pois, em hipótese alguma, vínculo de qualquer natureza entre os mesmos e a XEROX.”

Nos mesmos moldes foram contratadas não pela autuada mas sim pela filial de CNPJ 02.773.629/0002-80, as empresas PARTNER LOGÍSTICA E MOVIMENTAÇÃO LTDA, fls. 603; - SUPPLIES LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA, fls. 625; - R. A - A D M I N I S T R A Ç Ã O E SERVIÇOS LTDA, fls. 684.

DA CESSÃO DE MÃO DE OBRA

A cessão de mão de obra esta prevista na Lei n.º 8.212, de 24.07.91, art. 31, parágrafos 1. e 2., (com as alterações da MP n. 1.663-15, de 23.10.98, convertida na Lei n. 9.711, de 21.11.98); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 219, parágrafos 1., 2., 3., 4. e 7..”

“ Art. 31 - A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5º do art. 33.

§ 1º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço.

§ 2º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição.

§ 3º Para os fins desta Lei, **entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros**, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação.”

DECRETO 3048/99

“ Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5º do art. 216.(Redação dada pelo Decreto nº 4.729, de 2003)

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

(..)

§ 7º Na contratação de serviços em que a contratada se obriga a fornecer material ou dispor de equipamentos, fica facultada ao contratado a discriminação, na nota fiscal, fatura ou recibo, do valor correspondente ao material ou equipamentos, que será excluído da retenção, desde que contratualmente previsto e devidamente comprovado ” (grifos de minha autoria)

Destaque-se que não sem razão o legislador determina no § 3º do art. 31 da Lei n 8.212 e § 1º do Decreto 3.048/99 que a cessão de mão de obra impõe a colocação dos segurados empregados **à disposição da empresa contratante**, verbis:

“§ 3º Para os fins desta Lei, **entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados** que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação”

§ 1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros (grifos de minha autoria)

Com destaque para a natureza do serviço entende-se cessão de mão de obra disposição a condição plena do segurado da contratada ao comando da contratante. Assim o pessoal utilizado se submete às efetivas e determinações do que , como , quem e quando fazer, gerenciadas pelo tomador dos serviços. **Cessão de mão de obra não pode ser presumida , há que restar materialmente comprovada.**

Conforme Pedro Nunes em sua obra Dicionário de Tecnologia Jurídica, Ed. Renovar, 13ª edição, **cessão é o ato de ceder. É uma forma de sub-rogação.**

Assim não basta que o objeto do contrato esteja incluído no rol dos serviços submetidos à retenção, há que restar caracterizado que a mão-de-obra esteve colocada à disposição da empresa contratante , isto é ao seu comando, sob sua subordinação.

DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTES

A autuação foi majoritariamente sobre prestação de serviços de transporte de cargas.

Cumprir destacar que o período lançado tem a competência 12/2002 como marco final.

É cediço que todo o período do lançamento foi embasado na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, na forma estabelecida pelo art. 144, caput, do CTN .

O Decreto nº 4.729/2003, de junho de 2003, anterior ao início da ação fiscal, TIAD em 26/10/2004, veio determinar **que as empresas que prestam serviços de transporte de cargas não mais sofreriam a retenção em comento.**

DA RETROATIVIDADE BENÍGNA

O Código Tributário Nacional – CTN, determina que a aplicação da Legislação Tributária observe os artigos 105 e 106 do citado Códex, verbis:

“ Aplicação da Legislação Tributária

Art. 105. A legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

*I - **em qualquer caso**, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática” (grifos de minha autoria)

*Isto exposto, entendo que **ainda que restasse provada a condição basilar de que existira mão de obra à disposição do contratante, em razão de ter sido deixado de exigir o adimplemento das retenções em comento e em face do ato não ter sido definitivamente julgado como o em tela, seria compulsório contemplar a Recorrente com o benefício da retroatividade benigna previsto no comando do artigo 106 do sobredito diploma legal até porque o adimplemento fora também deixado de ser tratado como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão.***

DAS NULIDADE E DO MÉRITO

*O parágrafo único do art. 168, da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, subsidiariamente trazido à colação, aduz que as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz **quando a encontrar provada não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes :***

“ Art. 168. []

***Parágrafo único.** As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e **as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.**” (grifos de minha autoria)*

Também o art. 53 da Lei 9.784/99 preceitua que ; “ A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Como comprovado nas preliminares, o processo encontra-se eivado de vícios.

*Muito embora o acima, o § 3º do art. 51 do Decreto 70.235/72 preceitua que “ Quando puder decidir **do mérito a favor do sujeito passivo** a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” , verbis:*

“ 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.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993)” (grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

*Diante de tudo que foi exposto, conheço do **Recurso Voluntário para NO MÉRITO LHES DAR PROVIMENTO**”*

RECURSO DE OFÍCIO

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.1141, a 10ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro I - (RJ) - DRJ/RJO I, em 09 de maio de 2012, exarou o Acórdão nº 12-46.026, concedendo provimento parcial à impugnação. Na oportunidade a Presidente da Turma recorreu de ofício a este Egrégio Segundo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, face à exoneração do crédito em valor superior ao limite de alçada, previsto no art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza - Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Os embargos são tempestivos e admissíveis. Portanto, os ACOLHO.

DO RECURSO DE OFÍCIO

A Presidente da instância “*ad quod*” recorreu de ofício a este Egrégio Segundo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, face à exoneração do crédito em valor superior ao limite de alçada, previsto no art. 1º da Portaria MF nº 3, de 03/01/2008, publicada no DOU de 07/01/2008.

De fato, o Recurso de ofício não foi expressamente enfrentado pelo Relator que referindo-se a este apenas na conclusão do voto negou-lhe provimento.

Na condução do voto a I. Relatora assim se manifestou:

“36. Com base nos demais elementos constantes no processo, há que se retificar o lançamento, excluindo-se o período decadente (até 06/2000) e o período de 09 a 12/2002 das empresas: Pejota Serviços de Transporte Ltda, Transcomendas Transportes e Serviços Urbanos Ltda e Triunfal Transporte Rodoviário Distribuição de Malotes e Cargas Ltda., consoante item 33 acima.”

Aduz que o item 33 supra refere-se ao abaixo transcrito:

“33. Excluimos do presente lançamento as competências 09 a 12/2002, das empresas Pejota Serviços de Transporte Ltda, Transcomendas Transportes e Serviços Urbanos Ltda e Triunfal Transporte Rodoviário Distribuição de Malotes e Cargas Ltda, com base no Parecer exarado pela PGFN/CRJ/Nº 2122/2011 (aprovado pelo Min. da Fazenda - DOU de 15/12/2011), e Ato Declaratório nº 10/2011, que fixou o entendimento de que a retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo SIMPLES A retenção da contribuição para a Seguridade Social pelo tomador do serviço não se aplica às empresas optantes pelo SIMPLES, ressalvadas as retenções realizadas a partir do advento da Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, nas atividades enumeradas nos incisos I ”

Partindo da premissa de que este Egrégio Conselho tem por princípio apreço à celeridade, e considerando-se que os motivos que levaram a instância “*ad quod*” a dar provimento parcial ao contribuinte foram e por mim corroborados, **fere o princípio da economia processual proceder arrazoado sinônimo tão-somente para corroborar a decisão de primeira instância**. Assim, por anuir os argumentos do sobredito “*decisium*”, compulsório ratificar provimento negado ao recurso de ofício.

Reitere-se que na forma da condução do voto hostilizado, comprova-se o que o lançamento restou inquinado de nulidades que, entretanto, em atenção ao que preceitua o § 3º, do RT. 59 DO Decreto 70.235, exortado na oportunidade, tais prejudiciais não balizaram a conclusão e tampouco foram pronunciadas no desfecho, *verbis*:

“ § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993) ” (grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, conheço do Recurso de Ofício e do Recurso Voluntário para NO MÉRITO NEGAR PROVIMENTO ao primeiro E DAR PROVIMENTO ao segundo.”

Ressalte-se que na forma da condução do voto hostilizado, comprova-se o que o lançamento restou inquinado de **nulidades que, entretanto, em atenção ao que preceitua o § 3º, do RT. 59 DO Decreto 70.235, exortado na oportunidade, estas não balizaram a conclusão e, tampouco, foram pronunciadas no desfecho**, *verbis*:

“ § 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei n 8.748, de 1993) ” (grifos de minha autoria)

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, conheço do Recurso Voluntário para NO MÉRITO LHE DAR PROVIMENTO”

CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto, conheço do RECURSO DE OFÍCIO para, NO MÉRITO NEGAR-LHE PROVIMENTO e ratificar a decisão sobre o MÉRITO DO RECURSO VOLUNTÁRIO DANDO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator

CÓPIA