



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

Processo nº 35301.007038/2006-05
Recurso nº 148.295 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.124 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PREVIDENCIÁRIO. NULIDADE.SUPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Na forma do art. 61 do Decreto 70.235/72, diante de fatos que a ensejar, é prerrogativa do relator declarar a nulidade.

O parágrafo único do art. 168, da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, aludido subsidiariamente, 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 .

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para em preliminar determinar a nulidade por vício formal. Votou pelas conclusões o conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari. Declarou se impedido 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, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

CÓPIA

Relatório

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 35.804.506-1, consolidado em 02/06/2005), no valor de R\$ 342.432,96; acrescidos de juros e multa, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls.66/73), 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 limpeza e conservação, coleta de lixo, paisagismo, mediante cessão de mão-de-obra e empreitada, emitidas pelas empresas contratadas BRASANITAS EMPRESA LTDA., COPELRIO COMÉRCIO DE APARELHOS LTDA., FLORA ÉVORA PAISAGISMO LTDA., HIGISERV EMPRESA DE SERVIÇOS LTDA., LISERVE SERVIÇOS AUXILIARES LTDA., MULTILIXO REMOÇÕES DE LIXO S/C LTDA., NATUS ENGENHARIA AMBIENTAL 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 37216.003639/2005-44 em 22/07/2005 (fls. 95/131), 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. A inexigibilidade da retenção de 11% na contratação de serviços de transportes de cargas e armazenagem e controle de estoques;

2.8. Que a impugnante efetuou retenções devidas nas respectivas competências, como demonstra por exemplo as GPS juntadas à defesa referentes às prestadoras Brasanitas Empresa Ltda e Liserve Serviços Auxiliares Ltda.;

2.9. A inexigibilidade da retenção dos 11% a título de contribuição previdenciária, por ser a empresa optante pelo SIMPLES;

2.10. A inexigibilidade da retenção sobre valores que não compõem a sua base de cálculo (despesas com materiais e insumos);

2.11. Que nos casos das empresas prestadoras de serviços Brasanitas Empresa Ltda, Copelrio Comércio de Aparelhos Ltda, Hgiserv Empresa de Serviços Ltda e Liserve Serviços Auxiliares 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;

2.12. 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;

2.13. 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. 131).

DAS DILIGÊNCIAS

Da Primeira 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. 610/612, 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. 602/609). A retificação foi efetuada conforme DADR às fls. 614/634.

Da Segunda Diligência

3.1. *Tendo em vista a juntada, pela recorrente de documentos em fase de Recurso, solicitou-se o retorno dos autos à autoridade fiscal notificante, a fim de que se manifestasse sobre a adequação da referida documentação. Em resposta às fls. 973, à auditora fiscal se pronunciou acerca da pertinência da prova documental apresentada, determinando nova retificação da presente NFLD, consoante planilhas/FORCED 967/972. As provas permaneceram nos autos para apreciação do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social, razão pela qual não foi procedida a retificação.*

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

4. *Às fls. 635/643, consta a Decisão-Notificação nº 17.401.4/0639/2005, que considerou o lançamento procedente em parte, com base no resultado da diligência.*

5. *Às fls. 673/705, a interessada interpôs recurso voluntário tempestivo direcionado ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.*

6. *Em 04/06/2009, 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. 1026/1031, no sentido de anular a Decisão-Notificação, por violação ao contraditório, determinando o reinício do contencioso administrativo com a ciência do Resultado das Diligências anterior e posterior à decisão de primeira instância.*

DA NOVA IMPUGNAÇÃO

7. *Devidamente cientificada do Acórdão proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e das Diligências de 04/10/2005 e 10/04/2006, consoante Intimação nº 217/2011 e AR de fls. 1042, a interessada, interpõe, tempestivamente nova impugnação, às fls. 1043/1058, juntando os documentos de fls. 1085/1290, reiterando os argumentos da impugnação originária e alegando ainda:*

7.1. *Que as GPS apresentadas em relação às notas fiscais de serviço emitidas pelas empresas Brasanitas Empresa Brasileira de Saneamento e Comércio Ltda, e Liserve Serviços Auxiliares Ltda, das competências 01/00, 04/00 e 08/00, e as identificadas nas fls. 354 e 365 (atuais 543 e 564), devem ser consideradas apesar de não constarem a contabilização dessas GPS, os recolhimentos efetuados pelas requerentes não podem ser desconsiderados, pelo que representa as GPS e notas fiscais que foram desconsideradas;*

7.2. 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 à empresa Flora Évora Paisagismo Ltda, no período de 09/02 a 12/02;

7.3. 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;

7.4. Que outros recolhimentos realizados pela Requerente além dos considerados na retificação do lançamento, deixaram de ser verificados pela fiscalização, resultando na indevida exigência, em diversas competências, conforme doc. 04 e 05 da empresa Brasanitas Empresa Brasileira de Saneamento e Comércio Ltda., notas fiscais das competências 06/1999 a 03/2001 e GPS das competências 09/1999 a 04/2000.

7.5. 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;

7.6. 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.1326, a 10ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro I - (RJ) - DRJ/RJO I, em 03 de abril de 2012, exarou o Acórdão nº 12-44.866 , concedendo provimento parcial à impugnação. Na oportunidade retificaram-se o lançamento, excluindo-se o período decadente (até 06/2000) e excluindo a competência 02/2001 – LEV BRS, constante nas planilhas/FORCED às fls. 967/972, de acordo com a Informação Fiscal às fls. 973 e item 33.2 acima, bem como o período de 09 a 12/2002 da empresa Flora Évora Paisagismos Ltda.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.1342, reiterando alegações que fizera em sede de impugnação.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza - Relator

DA TEMPESTIVIDADE

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

DAS PREJUDICIAIS DE NULIDADE

DO LANÇAMENTO NO CNPJ DA FILIAL

De plano, é necessário destacar que em 19 de janeiro de 2005, na forma do registro de fls.143, 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.”

O Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, fls. 87 foi emitido em **07/07/2005**. A sede da empresa seria alterada do Município de Vila Velha no Espírito Santo-ES somente em , **06 /12/ 2007 na forma do que registra a 23ª Alteração Contratual :**

“ INSTRUMENTO PARTICULAR DA 23ª ALTERAÇÃO .DO CONTRATO SOCIAL DA SOCIEDADE LIMITADA DENOMINADA "XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA.,

*com sede social na Av. Doutor Olívio Lira, 353, sala 1608, Praia da Costa, Município de Vila Velha, Estado do Espírito Santo, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º **02.773.629/0001-08**, com seus atos constitutivos e última alteração do contrato social devidamente arquivada na Junta Comercial do Estado do Espírito Santo – JUCEES protocolo n.º 07/098243-0 em 12 de novembro de 2007, resolvem, de comum acordo, deliberar às 17 horas desta data, o quanto segue:*

PRIMEIRO

Aprovar por unanimidade a alteração de endereço da sede da sociedade, atualmente situada à Avenida Doutor Olívio Lira,

353. sala 1608, Praia da Costa, Vila Velha/ES, CEP: 29101-950, para Avenida Rodrigues Alves, 261/275, Cais do Porto, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20220-360, permanecendo a sociedade com o mesmo CNPJ sob o nº 02.773.629/0001-08 e o mesmo objeto social

(...)

CONTRATO SOCIAL DA XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

TÍTULO I

Da Denominação, Sede, Prazo de duração e objeto social

CLÁUSULA PRIMEIRA

A sociedade, que é empresaria, girará sob a denominação XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

CLÁUSULA SEGUNDA

A sociedade tem sede na Avenida Rodrigues Alvos, 261/275, Cais do Porto, município do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, CEP 20220-360, que é seu foro

(..)

Vila Velha, 06 de dezembro de 2007.”

Muito embora tal registro, a ação e autuação fiscal, sem justificativas no Relatório Fiscal, elegeu o CNPJ **02.773.629/0033-87** da então filial aberta em 01/02/2002, 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.

DOS FATOS GERADORES ANTERIORES A ABERTURA DA FILIAL AUTUADA.

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**, **tem-se como 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.

DA BAIXA DA FILIAL AUTUADA

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.**

Processo nº 35301.007038/2006-05
Acórdão nº 2403-002.124

S2-C4T3
Fl. 1.424



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA

NÚMERO DE INSCRIÇÃO 02.773.629/0033-87 FILIAL	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 01/02/2002
NOME EMPRESARIAL XEROX COMERCIO E INDUSTRIA LTDA		
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) *****		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL *****		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS Não informada		
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA 206-2 - SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA		
LOGRADOURO *****	NÚMERO *****	COMPLEMENTO *****
CEP *****	BAIRRO/DISTRITO *****	MUNICÍPIO *****
SITUAÇÃO CADASTRAL BAIXADA		DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 14/08/2008
MOTIVO DE SITUAÇÃO CADASTRAL EXTINCAO P/ ENC LIQ VOLUNTARIA		
SITUAÇÃO ESPECIAL *****		DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL *****

DO ESTABELECIMENTO CENTRALIZADOR

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 eleição do domicílio tributário pelo contribuinte** e que, na falta, determina-se o comando do inciso II do mesmo artigo determina que se eleja **o lugar da sua sede**, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento; :

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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/08/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 20/08/2013 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 02/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEE S STRINGARI

Impresso em 13/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

II - quanto às pessoas 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**, vigendo por ocasião da autuação a Instrução Normativa MPS/S|RP nº 3, de 14 de julho de 2005, os 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;

*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 INDÉBITO. 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 eventual estratégia processual que posterior ao trânsito em julgado nas instâncias administrativas sem que lhe tenha sido atribuído êxito, se 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. Desse modo, cumpre ilidir prováveis ônus de sucumbência em instância judiciária.

DA NULIDADE DO MPF.

A matéria já fora enfrentada em sede de impugnação com arrazoados 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**.

DO NOVO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Conforme registra o Acórdão nº 12-44.866 de fls.1.326, assinado digitalmente pela I. Julgadora Neusa Maria Peron - Presidente e Relatora, participaram ainda do presente julgamento: Ana Lucia Teles Coutinho e José Silva Filho e **Ana Carolina Denoyé Macedo da Silva**.

Cumprido destacar que a Decisão/Notificação nº 17.401.4/0639/2005 de fls. 420, 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, como acima se verifica, viria compor, também, a turma de julgadores da nova decisão acima referida.

DOS IMPEDIMENTOS DOS JULGADORES

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 20/08/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 20/08/2013 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 02/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEE S STRINGARI

Impresso em 13/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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 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 multicidadada 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.

No item 2 do Relatório Fiscal às fls.68, a Autoridade autuante registrou que :

“ 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.

Está sendo lavrado o Auto de Infração nº 35.699.979- 3, pela não apresentação de todas as Notas Fiscais/Faturas/Recibos.

3 . 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 e Livros Diários 08 a 640 relativos a Fevereiro de 1999 a Dezembro de 2002.”(grifos de minha autoria)

Cumprе ressaltar que as sobreditas planilhas a que se refere a Autoridade Autuante constam anexadas às fls. 71/79. São auto-referidas **como papéis de trabalho** cujas colunas registram os números das NFs, datas, valores escriturados, o histórico contábil e o cálculo efetuado do destaque efetuado pela Auditora Fiscal, **observando que estas não foram apresentadas na ação fiscal.**

DA INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS.

O encerramento da ação fiscal ocorreu na forma do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, fls. 87 em **07/07/2005**. No decorrer da ação, **no único Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, fls. 86**, não reiterado, emitido em **26/10/2004** consta que foram solicitadas **todas as notas fiscais de serviço das inúmeras empresas que prestaram serviços a recorrente ao longo período de agosto de 1998 a Dezembro de 2004, para o qual estaria sendo desenvolvida a ação :**

“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”

Por relevante, cumpre ressaltar que no referido Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF - parte final – às fls. 87 , a Autoridade autuante , no campo reservado à “ Descrição do Procedimento Fiscal ”, revela que este fora parcial e **que somente analisara comprovantes de recolhimentos e outros elementos**. Efetiva e claramente não faz referências a livros contábeis.

O destaque é de realce na medida em que no Relatório Fiscal, fls. 63, de forma sumária e genérica apenas no item 3.1.1, se fez uma única vez alusão aos s **Livros Diários 08 a 640** relativos a Fevereiro de 1999 a Dezembro de 2002:

“ 3 . 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 e Livros Diários 08 a 640 relativos a Fevereiro de 1999 a Dezembro de 2002. ”

Aduz que , muito embora tenha sido informado o nome das contas, não **se registram os respectivos números** e demais efetivas informações sobre de quais livros **foram retirados os lançamentos contábeis** que suportaram valores tomados como base de cálculo que constituíram os créditos tributário.

DAS PROVAS E DA VERDADE MATERIAL

Também há que se dar destaque que apesar de a Auditora ter informado os objetos dos contratos, esta não colacionou cópias dos mesmos, assim não há como se verificar a integridade das transcrições, as datas dos pactos, se anteriores, posteriores ou contemporâneos aos fatos geradores, quem eram os pactuantes, se a matriz, a filial autuada ou outra filial qualquer, enfim quem contratou quem , quando , para qual período e de que forma efetivamente os serviços foram prestados. 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 NULIDADE

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)

Assim, deixo de enfrentar as questões de mérito para determinar a nulidade do lançamento em razão da presença de vício formal na constituição dos créditos.

Na forma do art. 61 do Decreto 70.235/72, diante dos fatos, é prerrogativa do relator declarar a nulidade:

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

CONCLUSÃO

Desse modo, diante de tudo que foi exposto, conheço do recurso para, EM PRELIMINAR determinar a nulidade do lançamento em razão de inquinado de VÍCIO FORMAL.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator