



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

Processo n° 37216.000668/2006-35
Recurso n° 147.772 Voluntário
Acórdão n° 2403-002.125 – 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: 01/07/1999 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 n° 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 vicio 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.

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 35.804.508-8, consolidado em 02/06/2005), no valor de R\$ 245.780,80; acrescidos de juros e multa, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 62/70), 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 digitação, elaboração de banco de dados e organização de arquivo, mediante cessão de mão-de-obra, emitidas pelas empresas contratadas ARCHTECH INFORMÁTICA LTDA, BESSA E TAVARES LTDA, FUNDAÇÃO VERITAS, INVARH ADMINISTRAÇÃO, SERVIÇOS E SOLUÇÕES EM RH LTDA, JOTAERRE DIGITAÇÃO E SERVIÇOS S/C LTDA E GAROUX MONTAGEM DE BENS S/C LTDA., no período de 07/1999 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

37216.003631/2005-88 em 22/07/2005 (fls. 95/130), 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;

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

2.8. Que o contrato de prestação de serviço celebrado com a empresa Archtech Informática não é passível de retenção por se tratar de serviços de consultoria de informática, assim como os serviços de consultoria de recursos humanos e serviços de seleção e contratação de funcionários prestados pela empresa Inovarh;

2.9. Que não há cobrança de retenção sobre notas fiscais emitidas por empresa optante pelo SIMPLES, como é o caso da empresa Bessa e Tavares;

2.10. A inexigibilidade da retenção sobre reembolso de despesas;

2.11. Que não se 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. 130).

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. 321/323, 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. 301/320). A retificação foi efetuada conforme DADR às fls. 327/345.

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. 537, à auditora fiscal se pronunciou acerca da pertinência da prova documental apresentada, determinando nova retificação da presente NFLD, consoante planilhas/FORCED 533/536. 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. 346/355, consta a Decisão-Notificação nº 17.401.4/0677/2005, que considerou o lançamento procedente em parte, com base no resultado da diligência.

5. Às fls. 383/413, a interessada interpôs recurso voluntário tempestivo direcionado ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS.

6. Em 03/12/2008, 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. 595/599, 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 07/10/2005 e 30/03/2006, consoante Intimação nº 193/2011 e AR de fls. 611, a interessada, interpõe, tempestivamente nova impugnação, às fls. 612/622, juntando os documentos de fls. 624/673, reiterando os argumentos da impugnação originária e alegando ainda:

7.1. Que a GPS apresentada em relação às notas fiscais de serviço emitidas pela empresa Garroux Montagem de Bens S/C Ltda, da competência 08/00, deve ser considerada apesar de não constar a contabilização dessa GPS, o recolhimento efetuado pela requerente não pode ser desconsiderado;

7.2. Que os serviços prestados pelas empresas Aretech Informática Ltda e Inovarh Serviços e Soluções em RH Ltda, não estão sujeitos a sistemática de retenção de 11% a título de contribuição previdenciária;

7.3. 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 Bessa e Tavares Ltda, no período de 09/02 a 12/02;

7.4. 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;

7.5. 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.703, 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 12-44.867 , concedendo provimento parcial à impugnação.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

A Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.720, reiterando alegações que já 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.321, procederam-se a 15ª ALTERAÇÃO BC CONTRATO SOCIAL para o CNPJ n.º **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. 86 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** registram-se às fls. 533 na 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 ó empresaria, girará sob a denominação XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

CLÁUSULA SEGUNDA

A sociedade tem sede na Avenida Rodrigues Alvós, 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 sitio 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 sitio 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.**



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 XERCX 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 *****
		UF **
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*

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

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 assembleia, 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 assembleia, 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:

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.**

Cumprе 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 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/RJ1, participaram do julgamento: Ana Lucia Teles Coutinho e José Silva Filho e **Ana Carolina Denové Macedo da Silva**.

Cumprir 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 Denové** 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. 238, 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.91 a 236 **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 80 a 144 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 - Informação Fiscal - colacionado às fls. 259 a 261, aceito pelo Julgador requerente, **a Autoridade Autuante não retornou à empresa** e restringiu sua informação às análises que procedeu nos documentos colacionados nos autos disponíveis alhures para a Autoridade Julgadora. Novo julgamento realizado mais tarde pela 10ª Turma da DRJ/RJ1 – turma esta integrada, também, pela Auditora Analista que exarou monocraticamente a Decisão Notificação – DN nº 17.401.4/0677/2005 - procedeu novos expurgos demonstrando 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 multicidada 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 59, 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 indebita, 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)*

Cumpre ressaltar que as sobreditas planilhas a que se refere a Autoridade Autuante , constam anexadas às fls. 68 a 69. 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.

A ação fiscal teve respaldo no MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - FISCALIZAÇÃO Nº 09194385, fls, 80 - 5 vezes prorrogado - que fora notificado e assinado pelo contribuinte em 13/10/2004 cujo período e atribuições foram determinados na forma abaixo:

“ Agosto/1998 a Outubro/2004

Verificação do cumprimento das obrigações relativas às Contribuições Sociais administradas pelo INSS, conforme determina o art. 33, da Lei nº 8.212, de 24/07/91, e àquelas relativas a terceiros conveniados.

Verificação do cumprimento das obrigações relativas às Contribuições Sociais administradas pelo INSS, conforme determina a art.33, da Lei nº 8.212, de 24/07/91, e àquelas relativas a Terceiros Conveniados.”

O encerramento da ação fiscal ocorreu na forma do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, fls. 86 em 07/07/2005. No decorrer da ação, no único Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD - colacionado nos autos e , portanto, não reiterado, emitido em **26/10/2004** consta que fora solicitado **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 PROFISSIOGRÁFICO, PPRÁ 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. 88 , 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. 65, 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 não se registram os números de conta e demais informações sobre de onde foram retirados os lançamentos contábeis que suportaram valores tomados como base de cálculo que constituíram os créditos tributário.

No item 1.3 do Relatório Fiscal, fls. 59, consta informado também de forma generalizada que:

“1 . Introdução

1.1. O presente relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n.º 35.804.508-8, 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 de empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra e empreitada, está sendo notificado a recolher a Previdência Social, 11% do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviço que deveria ter sido retido 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 digitação, elaboração de banco de dados, organização de arquivo, conforme descrito abaixo:

DAS PROVAS E DA VERDADE MATERIAL

Embora o acima, 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 VÍCIO FORMAL.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator