



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 11020.723035/2013-21
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3302-007.860 – 3ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de dezembro de 2019
Recorrente TRANSPORTES MOBILINE LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

Ementa:

DILIGÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. Indefere-se o pedido de diligência quando as informações necessárias se encontram nos autos e não é demonstrada sua real necessidade para a solução do litígio. Ainda mais quando o lançamento do crédito tributário está todo baseado em documentação do próprio contribuinte.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. A nulidade do lançamento em função de suposto cerceamento de defesa pela exigüidade do prazo de que a empresa dispunha para impugnar os lançamentos esbarra nas previsões normativas que fixam esse prazo, descabendo à esfera administrativa alterar os prazos legalmente previstos, em observância ao princípio da legalidade.

ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO. A impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar deve ser apresentada no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. A oportunidade para a apresentação de provas é na impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea quando comprovada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PRESUNÇÃO FISCAL. AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO. Sendo juntado aos autos um amplo conjunto probatório, não se pode argumentar de uso de presunção fiscal ou de não se buscar a verdade material.

INEXISTÊNCIA MATERIAL DE SEPARAÇÃO ENTRE A INTERESSADA E OS PRESTADORES DE SERVIÇO. SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. A realização de prestação de serviço quando a empresa tomadora e a empresa prestadora são separadas apenas formalmente, no papel, mas na realidade, de fato, inexistente separação, pois, materialmente, são e atuam como um único estabelecimento, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por consequência cabe a desconsideração dos atos jurídicos devendo

o correspondente tributo ser exigido. Comprovada a simulação através de vasto acervo probatório, identificando a verdade dos fatos.

CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS. DEFINIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DO ANEXO II DO RICARF. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de terminado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte, conforme decidido no REsp 1.221.170/PR, julgado na sistemática de recursos repetitivos, cuja decisão deve ser reproduzida no âmbito deste conselho.

ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO.

O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal e aplicação da Solução de Consulta Interna nº 13/2018.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.. SÚMULA CARF Nº 02.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC. AUTO DE INFRAÇÃO. SÚMULA CARF Nº 04.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

Ementa:

DILIGÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. Indefere-se o pedido de diligência quando as informações necessárias se encontram nos autos e não é demonstrada sua real necessidade para a solução do litígio. Ainda mais quando o lançamento do crédito tributário está todo baseado em documentação do próprio contribuinte.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. A nulidade do lançamento em função de suposto cerceamento de defesa pela exiguidade do prazo de que a empresa dispunha para impugnar os lançamentos esbarra nas previsões normativas que fixam esse prazo, descabendo à esfera administrativa alterar os prazos legalmente previstos, em observância ao princípio da legalidade.

ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO. A impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar deve ser apresentada no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. A oportunidade para a apresentação de provas é na impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea quando

comprovada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PRESUNÇÃO FISCAL. AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO. Sendo juntado aos autos um amplo conjunto probatório, não se pode argumentar de uso de presunção fiscal ou de não se buscar a verdade material.

INEXISTÊNCIA MATERIAL DE SEPARAÇÃO ENTRE A INTERESSADA E OS PRESTADORES DE SERVIÇO. SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. A realização de prestação de serviço quando a empresa tomadora e a empresa prestadora são separadas apenas formalmente, no papel, mas na realidade, de fato, inexistente separação, pois, materialmente, são e atuam como um único estabelecimento, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por consequência cabe a desconsideração dos atos jurídicos devendo o correspondente tributo ser exigido. Comprovada a simulação através de vasto acervo probatório, identificando a verdade dos fatos.

CRÉDITOS DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS. DEFINIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DO ANEXO II DO RICARF. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte, conforme decidido no REsp 1.221.170/PR, julgado na sistemática de recursos repetitivos, cuja decisão deve ser reproduzida no âmbito deste conselho.

ICMS. BASE DE CÁLCULO. PIS/COFINS. NÃO INCLUSÃO.

O montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal e aplicação da Solução de Consulta Interna nº 13/2018.

ANÁLISE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE.. SÚMULA CARF Nº 02.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

TAXA SELIC. AUTO DE INFRAÇÃO. SÚMULA CARF Nº 04.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas. No mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenberg Filho - Relator e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Walker Araujo, Vinícius Guimarães, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Denise Madalena Green e Gilson Macedo Rosenberg Filho (Presidente).

Relatório

Como forma de elucidar os fatos ocorridos até a decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, colaciono o relatório do Acórdão recorrido, *in verbis*:

Trata-se de impugnação contra os Autos de Infração (fls. 1695 a 1722) relativos às contribuições do PIS (lançamento de R\$ 336.462,60) e da Cofins (lançamento de R\$ 1.549.769,41) totalizando um crédito tributário de R\$ 1.886.232,01, com multa e juros.

A fiscalização se originou de Mandado Judicial de Busca e Apreensão (Crime) nº 8969269, datado de 20/11/2012, relativo a delitos contra a Ordem Tributária, contra a Previdência Social e contra a Organização do Trabalho (fls. 3 e 4). Foram nessa oportunidade retidos diversos documentos do contribuinte. O procedimento determinado pela justiça teria origem em denúncia realizada contra a empresa junto ao Ministério Público.

A ordem judicial estaria voltada ao fato da existência de formação de um Grupo Econômico (GRUPO GIALDI) criado com o único objetivo de reduzir de forma ilegal a carga tributária incidente sobre as operações de transporte de cargas.

Após o cumprimento da determinação judicial, foi realizado Termo de Início de Procedimento Fiscal, datado de 11/12/2012, referente ao Mandado de Procedimento Fiscal nº 1010600.2012.01151, relativo ao período de 01/2009 a 12/2011 (fls. 55 e 56).

Também foram iniciadas ações fiscais nas empresas vinculadas ao contribuinte, ou seja, POSICARGO Transportes e Logística Ltda., MOBILOG Cargas Expressas Ltda., PRO SERVICE Transportes Ltda., DI QUA Transportes e Terceirização de Bens Ltda. e MOVELSUL Transportes Ltda. Esse conjunto de empresas foi caracterizado posteriormente como um GRUPO ECONÔMICO.

De acordo com os autos, o impugnante foi intimado pela fiscalização a apresentar **vasta documentação contábil e fiscal**, a seguir discriminada: balancetes contábeis; balanços sociais; balanços patrimoniais; comprovação de contribuintes individuais (transportadores rodoviários autônomos); comprovação de entrega do PPP ao segurado quando das rescisões; comprovantes de recolhimento; contrato social e alterações; contratos de prestação de serviços celebrados com terceiros; DIPJ; folhas de pagamento de todos os segurados; GFIP; GRFP; GRFC; Livro Diário; Livro Razão; plano de contas; registro de empregados; regulamento da participação nos lucros ou resultados (PLR); relação de veículos integrantes do ativo imobilizado; arquivos digitais; Livro de Registro de Entradas e de Saídas; notas fiscais de prestação de serviços; Livro de Apuração do ICMS; conhecimentos de fretes; extratos bancários de contas correntes e aplicações; planilhas com demonstrativos dos transportadores autônomos; demonstrativos de apuração das bases de cálculo declaradas nos DAConS; Livro de Apuração do Lucro Real; comprovantes de pagamentos pelos serviços de fretes; comprovantes de pagamento de despesas de aluguéis da matriz e das filiais; comprovantes de pagamentos de despesas de telecomunicações da matriz e das filiais; esclarecimentos sobre o uso da marca “MOBILE TRANSPORTES; relação de verbas e totais das folhas de pagamento; entre outros.

Foram juntados aos autos os seguintes documentos: relação de pagamentos da “DI QUA Locação e Terceirização de Bens Ltda. (fls. 84 a 86); planilhas com memórias de cálculo do PIS e da Cofins feitas pelo contribuinte (fls. 88 a 105); lançamentos do

Razão (fls. 120 a 157; listagem de afretamentos (fls. 208 a 211); despesas de telecomunicações e de aluguéis (fls. 354 a 536); relação de empregados (fls. 750 a 756); planilhas com a relação de adiantamentos com a MOBILOG e PRO SERVICE (fls. 757 a 815); recibos de pagamentos de salários (fls. 816 a 924, 1.480 a 1.509); planilhas com adiantamentos de viagens para motoristas registrados na MOBILOG e PRO SERVICE (fls. 925 a 1.000); relação da frota de veículos da TRANSPORTES MOBILINE (fls. 1.001 a 1.246); Reclamatórias Trabalhistas (fls. 1.247 a 1.282); atas de audiências da Justiça do Trabalho (fls. 1.283 a 1.323); acertos de viagens (fls. 1.325 a 1.366); correspondências eletrônicas (fls. 1.374 a 1.462, 1.468 a 1.473); relação de notas fiscais de prestação de serviços (fls. 1.463 a 1.467); orientação de escritório de Advocacia para que não fosse configurado o Grupo Econômico (fls. 1.474 e 1.475); notas fiscais de serviço eletrônicas (fls. 1.476 a 1.479); Livro Diário (fls. 1.510 a 1.574); demonstrativos das bases de cálculo do PIS e da Cofins (fls. 1.617 a 1.693); entre outros.

Com base nessa relação de informações prestadas pelo contribuinte a fiscalização teria detectado **graves irregularidades** com repercussão sob o aspecto tributário, mais precisamente no fato de o contribuinte ter incluído na sua apuração créditos a que não teria direito, procedendo-se, então, a glosa dos mesmos. Conforme o Relatório Fiscal, entre tais glosas tínhamos à utilização de créditos indevidamente apurados sobre notas fiscais de prestação de serviços emitidas por empresas que funcionavam como *“fachada”*, e que seriam optantes pelo sistema SIMPLES NACIONAL. Dessa forma, eram alocadas as folhas de pagamentos de funcionários para reduzir as contribuições previdenciárias e utilizar-se de créditos de PIS e de Cofins. Ocorreram também outras glosas que serão mais adiante comentadas envolvendo a questão do conceito de insumo em desacordo com a legislação.

Cabe esclarecer que sobre as glosas referentes às operações simuladas foi aplicada a multa qualificada de 150%, enquanto que para os demais casos aplicou-se o percentual de 75%.

O Relatório Fiscal pormenorizando todas as constatações e elementos que levaram as suas conclusões encontra-se nas fls. 1.695 a 1.722.

Registre-se, também, que foram devidamente arrolados em Termo de Sujeição Passiva Solidária, os seguintes responsáveis solidários: Vinissius Cagol Gialdi; Carmila Noele Gialdi; e Jair Antônio Gialdi (ver fls. 1.789/1.839, 1.844 a 1.853). Eles foram devidamente notificados às fls. 1.847, 1.850 e 1.853, em 21/10/2013.

Para o contribuinte a ciência foi dada em 27/09/2013, tendo o mesmo apresentado, em 29/10/2013, impugnação às fls. 1.856 a 1.954, fazendo, **em síntese**, as seguintes alegações:

1) Preliminarmente

a) Nulidade do Auto de Infração por violação ao contraditório e à ampla defesa, assim como exiguidade do prazo concedido para apresentação da impugnação. Diz que o prazo estabelecido no art. 15, do Decreto nº 70.235/72, viola os seus direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Requer que até a decisão final administrativa seja garantida a juntada de quaisquer documentos que julgue necessários para o presente embate administrativo.

b) Possibilidade de aditamento da peça impugnatória de acordo com o princípio da verdade material. Defende que a produção probatória é livre de formalidades ou limites processuais.

2) Preliminares de Mérito

a) Nulidade do procedimento fiscal por vício de motivação. A Receita Federal teria sido usada pelo Ministério Público Federal para perseguir a TRANSPORTES MOBILINE em face de um desafeto (Sr. Diogo), através de inverdades e de fantasias. Diz que o Sr. Diogo por questões passionais (teria tido um relacionamento com a Sra. Carmila) passou a espalhar boatos e rumores contra a família Gialdi, e conseqüentemente contra a empresa impugnante.

b) Nulidade do Auto de Infração pelo transcurso injustificável do prazo legal de lavratura. Diz que o art. 11, da Portaria RFB nº 3.014/11 determina que o prazo máximo de validade de um MPF (Mandado de Procedimento Fiscal) é de 120 dias. Como tal prazo foi extrapolado, tornou ilegais os Autos de Infração ora impugnados por vício formal.

c) Nulidade da peça fiscal em função da ausência de qualificação dos elementos probatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Diz que para um argumento ser válido teria que estar pautado em lei, e não nas impressões do agente fiscal. Não é apontado de forma válida o parâmetro legal para a constatação da simulação constatada pela fiscalização, ou seja, como se concluiu de que os GIALDI seriam os efetivos proprietários das empresas que lhe prestavam serviços. Qual a norma que impedia que o impugnante fomentasse a criação dessas empresas?

3) Mérito

a) Ausência de comprovação do alegado GRUPO GIALDI. Dever da administração de comprovar as alegações. Entende não existirem nos autos provas desse alegado grupo econômico. Diz que a fiscalização construiu sua pretensão em fatos desconexos e meias verdades. Fala que a criação da MOBILOG e da PRO SERVICE foram oriundas de necessidades do impugnante, e não objetivavam a redução da carga tributária. Concorde que existe uma íntima ligação entre o impugnante e as empresas que lhe prestavam serviço, mas questiona qual seria o limite dessa proximidade. Ataca o protecionismo da Justiça do Trabalho no sentido de que o impugnante responderia pelos funcionários de suas prestadoras de serviço.

b) Imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da presunção fiscal. Desqualificação de todos os elementos trazidos pela fiscalização. Não reconhece e rejeita o significado presumido pela fiscalização para os documentos constantes nessa peça fiscal. Fala, na sequência em rebater todos os tópicos que conteriam elementos de prova:

- Localização e quadro social das empresas componentes do grupo econômico empresarial (Família Gialdi): desconhece qualquer norma que impeça que duas ou mais empresas possuam o mesmo endereço e dividam custos.

- Da relação de atividades, endereços e parentesco entre os responsáveis das empresas do grupo econômico (Família Gialdi): nada mais natural que a família e seus membros possuam empresas no ramo de transportes, pois ela sempre atuou nessa área. O mesmo vale para ex-funcionários incentivados a se tornarem parceiros.

- Da coincidência entre os endereços e administração do Grupo Móvel: pergunta porque razão as empresas “*formadas dentro da impugnante*” deveriam suportar custos desnecessários. Diz que o fato de pagar as despesas relativas a aluguéis, energia elétrica e telecomunicações das outras empresas não se verteria em fundamento legal para dizer que elas não existem.

- Da constatação da unicidade empresarial: o que é chamado de unidade empresarial nada mais seria do que a natural identidade e proximidade das empresas parceiras. Fala que *auxiliava suas prestadoras de serviço em questões burocráticas*. Por essa razão foram encontrados documentos das outras empresas *na sede da impugnante*. Complementa que em relação às *transferências de funcionários* de uma empresa para outra, objetivaria solução para gestão da mão-de-obra, e que teria sido observada a legislação trabalhista. Em relação ao *adiantamento de viagens e prestação de contas* das outras empresas, defende que isso não descaracterizaria a prestação de serviços, mas se deveria a um controle preciso das viagens. A respeito da Justiça do Trabalho afirma que em nenhuma hipótese a Receita Federal pode se utilizar de fatos ou eventos daquela esfera para constatações de obrigações fiscais. A respeito do quantitativo de pessoas constante no endereço eletrônico da empresa, não estariam aí computados somente os seus funcionários e empregados, mas *também os seus colaboradores*, ou seja, considera também os funcionários das suas prestadoras de serviço. Aduz que o seu faturamento

ascendente não constitui qualquer ilegalidade em relação a remuneração de seus empregados.

- Elementos que demonstram que a MOBILOG foi criada e administrada pela Família Gialdi: confirma que de apoio para a criação da empresa não apenas quanto à estrutura física, mas também com a indicação do contador e do apoio administrativo. Os e-mails juntados aos autos sobre a constituição da MOBILOG e seu enquadramento no SIMPLES não comprovam a ilegalidade na redução da carga tributária. As empresas PRO SERVICE e MOBILOG mesmo sendo enquadradas no SIMPLES não teriam como sócios, proprietários ou administradores nenhum membro da Família Gialdi. Argumenta que apesar dessas empresas MOBILOG e PRO SERVICE serem independentes, o impugnante *zelava pela manutenção das mesmas, inclusive, controlando o recolhimento de tributos e a adequação das empresas em face da legislação*. Os e-mails trazidos ao processo não comprovaria que o Sr. Vinissius era dono e geria a MOBILOG.

- Elementos que demonstram que a MOBILOG foi criada e administrada pela Família Gialdi: a PRO SERVICE teve início nas fileiras da impugnante, sendo assessorada em sua criação. Teria sua matriz no Rio de Janeiro, sendo a alegação de que o impugnante a administraria fantasiosa, até mesmo pela dificuldade geográfica. Desconsiderar isso em função de e-mails trazidos aos autos é arbitrariedade, tratando-se de conveniência fiscal em face da viciada motivação que levou a essa fiscalização.

c) Da falta de comprovação do Grupo Econômico. Impossibilidade de presunção em matéria tributária. Da legalidade dos créditos de PIS e da Cofins em relação ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Não houve comprovação da existência de grupo econômico ou da geração de créditos de PIS e de Cofins sobre a remuneração paga aos empregados das prestadoras de serviço. Defende que os créditos das prestadoras de serviços eram legítimos. Defende que o texto constitucional (art. 195) possibilita o crédito em relação a não-cumulatividade quando do pagamento realizado a pessoa físicas (contrapondo o art. 3º, da Lei nº 10.833/03). Comenta que o próprio CARF vem admitindo o conceito de *despesa* utilizado no RIR (Regulamento do Imposto de Renda). A presunção somente pode ser utilizada quando for descaracterizada a escrita fiscal e a contabilidade da empresa. Conclui, ainda, que se mantido o lançamento em discussão, a multa correta a ser aplicada seria de 75% e não dos 150% aplicados.

d) Do conceito de insumo e seu entendimento administrativo e judicial. Trata das glosas de créditos com despesas de comunicação e de despesas financeiras. Houve a glosa dos créditos utilizados como leasing em valores superiores às despesas decorrentes do arrendamento mercantil. O impugnante se reserva ao direito de prova pericial quanto à legitimidade dos créditos apurados sobre arrendamento mercantil. Diz que as despesas financeiras e com comunicação tratam-se de insumos indispensáveis ao exercício de sua atividade. Pergunta como poderia fazer um transporte de cargas sem contatar por telefone seus funcionários, terceirizados ou clientes.

e) Da não-cumulatividade do PIS e da Cofins, e da impossibilidade da restrição do conceito de insumo. Entende que a não-cumulatividade do PIS e da Cofins não pode ser confundida ou equiparada aos casos do IPI e do ICMS, devendo ser consideradas *todas as despesas do contribuinte*, devido a essas contribuições incidirem sobre a receita. Ataca as Instruções Normativas SRF nº 247/2002 e 404/2004. Quer que o conceito de insumo seja definido pela legislação do Imposto de Renda, citando decisão do CARF e outros julgados.

f) Sobre a glosa de créditos decorrentes de “créditos extemporâneos” ser reserva o direito a trazer elementos futuramente, no curso do processo, em respeito ao princípio da verdade real.

g) Da necessária exclusão do eventual ICMS inserido nas bases de cálculo do PIS e da Cofins, e do atual posicionamento do STF, cujo julgamento ainda não foi concluído. Aduz que é necessário que a lei defina *in abstracto* todos os aspectos relevantes para que *in concreto* possa determinar quem e quanto terá que se pagar como tributo, mencionando o princípio da estrita reserva legal. Afirma que embora os montantes de

ICMS sejam cobrados do comprador da mercadoria de forma agregada ao preço desta, não se qualificariam como receitas.

h) Da nulidade dos Autos de Infração e do direito à avaliação contraditória e a obrigatoriedade da prova pericial. Tendo sido procedido arbitramento é seu direito de contestação a avaliação contraditória. Não se pode permitir um arbitramento unilateral sem qualquer pedido de explicações ou aditamento de documentação por parte do impugnante, impondo-se a realização de necessária e obrigatória contraprova – perícia – dos documentos que integram a peça fiscal, *bem como dos documentos que compõe a contabilidade da empresa*. Assim que o juízo administrativo oportunizar, indicará seu perito, bem como os pontos que a serem esclarecidos.

i) Da inaplicabilidade da multa qualificada e da ausência de comprovação válida de conduta dolosa pelo contribuinte. Isso passa pela comprovação ou não da simulação dos créditos advindos das notas de prestações de serviço da PRO SERVICE e MOBILOG. Defende que não houve tal comprovação e o ônus é exclusivo do agente fiscalizador. Dessa forma, deveria ser desconstituída a multa aplicada de 150%.

j) Do percentual confiscatório da penalidade aplicada e da ofensa aos princípios administrativos da proporcionalidade e da razoabilidade. As aplicações dos patamares de 150% e 75% são flagrantemente ilegais e inconstitucionais, nulificando os Autos de Infração. O imposto deve ser medido conforme a capacidade contributiva do cidadão e pela justiça fiscal, estando essas multas exigidas fora da razoabilidade e da proporcionalidade. A aplicação dessas multas aumenta o tributo a percentuais que o descaracterizam. A obrigação torna-se por demais onerosa, incumprível e injustificável.

l) Da inaplicabilidade da Taxa Selic aos supostos débitos como juros de mora e da limitação dos juros de mora definido pelo Código Tributário Nacional. Os juros são uma sanção pecuniária decorrente da impontualidade do sujeito passivo no adimplemento da obrigação principal. A legislação civil determina que os juros não convencionados pelas partes sejam calculados à taxa de 12% ao ano. Ultrapassar esse limite seria delito de usura. O CTN, em seu art. 161, também determina 1% ao mês, se a lei não dispuser de modo diverso. É ilegal a aplicação dessa taxa sobre os débitos tributários federais, pois excede o fixado pelo art. 161, do CTN. Sendo assim, conclui que devem ser excluídos dos débitos as correções trazidas pela Taxa Selic.

m) Da alternativa do abatimento/amortização dos valores pagos pelo SIMPLES. Diz apenas em linha alternativa que se entender restar comprovado que as empresas MOBILINE, PRO SERVICE e MOBILOG fizessem parte de um grupo econômico, devem ser abatidos todos os valores pagos à guisa do SIMPLES. O SIMPLES NACIONAL é um regime tributário que engloba inúmeros tributos devendo os recolhimentos amortizarem os valores lançados.

n) Da possibilidade do enfrentamento pelo Tribunal Administrativo do argumento de inconstitucionalidade de uma norma legal. O Tribunal Administrativo Fiscal tem a função precípua de distribuir a justiça fiscal por meio de processo administrativo. Argumenta que o Órgão Administrativo Julgador deve primeiramente seguir a Constituição Federal, e somente depois as leis e atos infraconstitucionais, e, sendo assim, poderia decidir com fundamento na inconstitucionalidade de um ato administrativo, pois se negar essa possibilidade estaria infirmando o princípio da ampla defesa. O reconhecimento de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo é mais do que uma possibilidade ao julgador, é um dever.

4) Das provas que pretende vir a produzir:

a) Prova Testemunhal: Oitiva dos sócios das empresas PRO SERVICE, MOBILOG e seus funcionários. Cita os nomes de Jolcemar Serafini (administrador da MOBILOG), Valdecir José Invernizzi (sócio-administrador da PRO SERVICE) e Clauvir José Bresolin (sócio-administrador da PRO SERVICE). Reserva-se o direito de arrolar mais testemunhas, caso entenda necessário.

b) Prova pericial, apresentação de quesitos e assistente técnico: os quesitos falam sobre qual a vantagem financeira que teria a MOBILINE em criar outras empresas de

logística; critérios para a desconsideração de créditos de arrendamento mercantil; exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins; crédito sobre as despesas de comunicação; e valores pagos de SIMPLES pela PRO SERVICE e MOBILOG. Nomeia o Sr. Eleandro Luiz Stumpf para acompanhar os trabalhos de perícia.

POR FIM, requer que: **a)** seja recebida e devidamente processada a sua impugnação, imediatamente suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que aqui segue integralmente contestado, nos termos do inciso III, do art. 151, do CTN; **b)** sejam acolhidas as preliminares reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração e reconhecendo-se sua incapacidade de gerar qualquer efeito, em especial obrigação tributária; **c)** seja concedido novo prazo, razoavelmente fixado, a fim de permitir apresentação de defesa compatível com a complexidade da causa ou, alternativamente, sejam possibilitados aditamentos e/ou apresentação de documentos a qualquer momento antes da decisão final, tudo em nome do princípio da verdade material; **d)** seja deferida a mais ampla produção de prova, seja ela documental, testemunhal e pericial, desde já restando expresso o pedido de produção de avaliação contraditória, nos termos do artigo 148, do CTN, com indicação de perito auxiliar e quesitos a serem oportunamente elaborados; **e)** seja, ao final, julgada inteiramente procedente a presente impugnação, com o acolhimento das preliminares arguidas e/ou com julgamento do mérito, de modo a desconstituir o Auto de Infração ora impugnado, nos termos acima declinados.

Os três responsáveis solidários arrolados no Termo de Sujeição Passiva Solidária, também apresentaram suas impugnações tempestivamente em 20/11/2013. Uma verificação prévia permitiu observar que suas defesas em muito se assemelham, inclusive, **com trechos em grande parte exatamente idênticos**. Faremos a seguir um relato sucinto de todos os tópicos apresentados nessas impugnações:

a) CARMILA NOELE GIALDI (fls. 1.975 a 2.082)

São tópicos recorrentes na contestação apresentada pelo contribuinte:

- Nulidade dos Autos de Infração por violação ao contraditório e à ampla defesa, diante da exigüidade do prazo concedido para a apresentação da impugnação.
- Possibilidade de aditamento da peça impugnatória de acordo com o princípio da verdade material.
- Nulidade do procedimento fiscal por vício de motivação.
- Nulidade dos Autos de Infração pelo transcurso injustificável do prazo legal de lavratura.
- Nulidade da peça fiscal em função da ausência de qualificação dos elementos probatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.
- Ausência de comprovação do alegado GRUPO GIALDI e do dever da Administração comprovar suas alegações.
- Da imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da presunção fiscal e da desqualificação de todos os elementos trazidos pela fiscalização (localização das empresas; quadro social; parentesco; coincidência de endereços; administração das empresas; unicidade empresarial; criação e administração da MOBILOG; e criação e administração da PRO SERVICE).
- Da falta de comprovação da existência de Grupo Econômico e da impossibilidade de presunção em matéria tributária. Fala ainda da legalidade dos créditos de PIS e de Cofins, e do princípio constitucional da não-cumulatividade.
- Do conceito de insumo e do entendimento administrativo e judicial.
- Da não-cumulatividade do PIS e da Cofins e da impossibilidade de restrição do conceito de insumo.
- Da apresentação de elementos no curso desse processo a respeito dos créditos extemporâneos.

- Da necessária exclusão do ICMS inserido nas bases de cálculo do PIS e da Cofins e do atual posicionamento do STF.
- Nulidade dos Autos de Infração com direito à avaliação contraditória e da obrigatoriedade de prova pericial.
- Da inaplicabilidade da multa qualificação, visto a ausência de comprova válida de conduta dolosa pelo contribuinte.
- Do percentual confiscatório da penalidade aplicada em ofensa aos princípios administrativos da proporcionalidade e da razoabilidade.
- Da inaplicabilidade da Taxa Selic aos supostos débitos como juros de mora e da limitação desses juros de mora dada pelo Código Tributário Nacional.
- Do abatimento/amortização dos valores pagos ao SIMPLES.
- Da possibilidade do enfrentamento pelo Tribunal Administrativo de argumento de inconstitucionalidade de norma legal.
- Das provas que pretende vir a produzir, como provas testemunhais e prova pericial.

De se destacar a parte em que a impugnante fala sobre a impossibilidade da sujeição passiva solidária pretendida pela fiscalização. Nesse sentido apresenta os seguintes argumentos: I) ausência de comprovação de qualquer ato ilegal capaz de gerar obrigação tributária à impugnante; II) desnecessidade de sujeição passiva solidária a terceiros em face da solvência da empresa; III) impossibilidade da Receita Federal do Brasil imputar responsabilidade a terceiros, competência exclusiva da PGFN no âmbito de Ação Executiva Fiscal, entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); IV) e impossibilidade de imputar responsabilidade tributária a sócio não administrador.

POR FIM, requer que: **a)** seja recebida e devidamente processada a sua impugnação, imediatamente suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que aqui segue integralmente contestado, nos termos do inciso III, do art. 151, do CTN; **b)** sejam acolhidas as preliminares reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração e reconhecendo-se sua incapacidade de gerar qualquer efeito, em especial obrigação tributária; **c)** seja concedido novo prazo, razoavelmente fixado, a fim de permitir apresentação de defesa compatível com a complexidade da causa ou, alternativamente, sejam possibilitados aditamentos e/ou apresentação de documentos a qualquer momento antes da decisão final, tudo em nome do princípio da verdade material; **d)** seja deferida a mais ampla produção de prova, seja ela documental, testemunhal e pericial, desde já restando expresso o pedido de produção de avaliação contraditória, nos termos do artigo 148, do CTN, com indicação de perito auxiliar e quesitos a serem oportunamente elaborados; **e)** seja, ao final, julgada inteiramente procedente a presente impugnação, com o acolhimento das preliminares argüidas e/ou com julgamento do mérito, de modo a desconstituir o Auto de Infração ora impugnado, nos termos acima declinados; **f)** e em especial, seja desconstituído os Autos de Infração contra a ora impugnante face à ilegalidade/nulidade da sujeição passiva solidária imputada.

b) JAIR ANTÔNIO GIALDI (fls. 2.087 a 2.196)

São tópicos recorrentes na contestação apresentada pelo contribuinte:

- Nulidade dos Autos de Infração por violação ao contraditório e à ampla defesa, diante da exigüidade do prazo concedido para a apresentação da impugnação.
- Possibilidade de aditamento da peça impugnatória de acordo com o princípio da verdade material.
- Nulidade do procedimento fiscal por vício de motivação.
- Nulidade dos Autos de Infração pelo transcurso injustificável do prazo legal de lavratura.
- Nulidade da peça fiscal em função da ausência de qualificação dos elementos probatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

- Ausência de comprovação do alegado GRUPO GIALDI e do dever da Administração comprovar suas alegações.
- Da imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da presunção fiscal e da desqualificação de todos os elementos trazidos pela fiscalização (localização das empresas; quadro social; parentesco; coincidência de endereços; administração das empresas; unicidade empresarial; criação e administração da MOBILOG; e criação e administração da PRO SERVICE).
- Da falta de comprovação da existência de Grupo Econômico e da impossibilidade de presunção em matéria tributária. Fala ainda da legalidade dos créditos de PIS e de Cofins, e do princípio constitucional da não-cumulatividade.
- Do conceito de insumo e do entendimento administrativo e judicial.
- Da não-cumulatividade do PIS e da Cofins e da impossibilidade de restrição do conceito de insumo.
- Da apresentação de elementos no curso desse processo a respeito dos créditos extemporâneos.
- Da necessária exclusão do ICMS inserido nas bases de cálculo do PIS e da Cofins e do atual posicionamento do STF.
- Nulidade dos Autos de Infração com direito à avaliação contraditória e da obrigatoriedade de prova pericial.
- Da inaplicabilidade da multa qualificação, visto a ausência de comprova válida de conduta dolosa pelo contribuinte.
- Do percentual confiscatório da penalidade aplicada em ofensa aos princípios administrativos da proporcionalidade e da razoabilidade.
- Da inaplicabilidade da Taxa Selic aos supostos débitos como juros de mora e da limitação desses juros de mora dada pelo Código Tributário Nacional.
- Do abatimento/amortização dos valores pagos ao SIMPLES.
- Da possibilidade do enfrentamento pelo Tribunal Administrativo de argumento de inconstitucionalidade de norma legal.
- Das provas que pretende vir a produzir, como provas testemunhais e prova pericial.

De se destacar a parte em que a impugnante fala sobre a impossibilidade da sujeição passiva solidária pretendida pela fiscalização. Nesse sentido apresenta os seguintes argumentos: I) ausência de comprovação de qualquer ato ilegal capaz de gerar obrigação tributária à impugnante; II) desnecessidade de sujeição passiva solidária a terceiros em face da solvência da empresa; III) impossibilidade da Receita Federal do Brasil imputar responsabilidade a terceiros, competência exclusiva da PGFN no âmbito de Ação Executiva Fiscal, entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); IV) e impossibilidade de imputar responsabilidade tributária a não sócio.

POR FIM, requer que: **a)** seja recebida e devidamente processada a sua impugnação, imediatamente suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que aqui segue integralmente contestado, nos termos do inciso III, do art. 151, do CTN; **b)** sejam acolhidas as preliminares reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração e reconhecendo-se sua incapacidade de gerar qualquer efeito, em especial obrigação tributária; **c)** seja concedido novo prazo, razoavelmente fixado, a fim de permitir apresentação de defesa compatível com a complexidade da causa ou, alternativamente, sejam possibilitados aditamentos e/ou apresentação de documentos a qualquer momento antes da decisão final, tudo em nome do princípio da verdade material; **d)** seja deferida a mais ampla produção de prova, seja ela documental, testemunhal e pericial, desde já restando expresso o pedido de produção de avaliação contraditória, nos termos do artigo 148, do CTN, com indicação de perito auxiliar e quesitos a serem oportunamente elaborados; **e)** seja, ao final, julgada inteiramente procedente a presente impugnação,

com o acolhimento das preliminares argüidas e/ou com julgamento do mérito, de modo a desconstituir o Auto de Infração ora impugnado, nos termos acima declinados; **f)** e em especial, seja desconstituído os Autos de Infração contra a ora impugnante face à ilegalidade/nulidade da sujeição passiva solidária imputada.

c) VINISSIUS CAGOL GIALDI (fls. 2.200 a 2.304)

São tópicos recorrentes na contestação apresentada pelo contribuinte:

- Nulidade dos Autos de Infração por violação ao contraditório e à ampla defesa, diante da exigüidade do prazo concedido para a apresentação da impugnação.
- Possibilidade de aditamento da peça impugnatória de acordo com o princípio da verdade material.
- Nulidade do procedimento fiscal por vício de motivação.
- Nulidade dos Autos de Infração pelo transcurso injustificável do prazo legal de lavratura.
- Nulidade da peça fiscal em função da ausência de qualificação dos elementos probatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa.
- Ausência de comprovação do alegado GRUPO GIALDI e do dever da Administração comprovar suas alegações.
- Da imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da presunção fiscal e da desqualificação de todos os elementos trazidos pela fiscalização (localização das empresas; quadro social; parentesco; coincidência de endereços; administração das empresas; unicidade empresarial; criação e administração da MOBILOG; e criação e administração da PRO SERVICE).
- Da falta de comprovação da existência de Grupo Econômico e da impossibilidade de presunção em matéria tributária. Fala ainda da legalidade dos créditos de PIS e de Cofins, e do princípio constitucional da não-cumulatividade.
- Do conceito de insumo e do entendimento administrativo e judicial.
- Da não-cumulatividade do PIS e da Cofins e da impossibilidade de restrição do conceito de insumo.
- Da apresentação de elementos no curso desse processo a respeito dos créditos extemporâneos.
- Da necessária exclusão do ICMS inserido nas bases de cálculo do PIS e da Cofins e do atual posicionamento do STF.
- Nulidade dos Autos de Infração com direito à avaliação contraditória e da obrigatoriedade de prova pericial.
- Da inaplicabilidade da multa qualificação, visto a ausência de comprova válida de conduta dolosa pelo contribuinte.
- Do percentual confiscatório da penalidade aplicada em ofensa aos princípios administrativos da proporcionalidade e da razoabilidade.
- Da inaplicabilidade da Taxa Selic aos supostos débitos como juros de mora e da limitação desses juros de mora dada pelo Código Tributário Nacional.
- Do abatimento/amortização dos valores pagos ao SIMPLES.
- Da possibilidade do enfrentamento pelo Tribunal Administrativo de argumento de inconstitucionalidade de norma legal.
- Das provas que pretende vir a produzir, como provas testemunhais e prova pericial.

De se destacar a parte em que a impugnante fala sobre a impossibilidade da sujeição passiva solidária pretendida pela fiscalização. Nesse sentido apresenta os seguintes argumentos: I) ausência de comprovação de qualquer ato ilegal capaz de gerar obrigação tributária à impugnante; II) desnecessidade de sujeição passiva solidária a

terceiros em face da solvência da empresa; III) e impossibilidade da Receita Federal do Brasil imputar responsabilidade a terceiros, competência exclusiva da PGFN no âmbito de Ação Executiva Fiscal, entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

POR FIM, requer que: **a)** seja recebida e devidamente processada a sua impugnação, imediatamente suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário que aqui segue integralmente contestado, nos termos do inciso III, do art. 151, do CTN; **b)** sejam acolhidas as preliminares reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração e reconhecendo-se sua incapacidade de gerar qualquer efeito, em especial obrigação tributária; **c)** seja concedido novo prazo, razoavelmente fixado, a fim de permitir apresentação de defesa compatível com a complexidade da causa ou, alternativamente, sejam possibilitados aditamentos e/ou apresentação de documentos a qualquer momento antes da decisão final, tudo em nome do princípio da verdade material; **d)** seja deferida a mais ampla produção de prova, seja ela documental, testemunhal e pericial, desde já restando expresso o pedido de produção de avaliação contraditória, nos termos do artigo 148, do CTN, com indicação de perito auxiliar e quesitos a serem oportunamente elaborados; **e)** seja, ao final, julgada inteiramente procedente a presente impugnação, com o acolhimento das preliminares argüidas e/ou com julgamento do mérito, de modo a desconstituir o Auto de Infração ora impugnado, nos termos acima declinados; **f)** e em especial, seja desconstituído os Autos de Infração contra a ora impugnante face à ilegalidade/nulidade da sujeição passiva solidária imputada.

A 2ª Turma da DRJ em Porto Alegre (RS) julgou a impugnação improcedente, nos termos do Acórdão nº 10-051.709, de 11 de setembro de 2014, cuja ementa foi vazada nos seguintes termos:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. A nulidade do lançamento em função de suposto cerceamento de defesa pela exigüidade do prazo de que a empresa dispunha para impugnar os lançamentos esbarra nas previsões normativas que fixam esse prazo, descabendo à esfera administrativa alterar os prazos legalmente previstos, em observância ao princípio da legalidade.

ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO. A impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar deve ser apresentada no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. A oportunidade para a apresentação de provas é na impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea quando comprovada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PRESUNÇÃO FISCAL. AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO. Sendo juntado aos autos um amplo conjunto probatório, não se pode argumentar de uso de presunção fiscal ou de não se buscar a verdade material.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE. NÃO PROCEDENTE. O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno da repartição fiscal de gerenciamento, controle e acompanhamento da ação fiscal, e eventuais inobservâncias não são aproveitadas pelo sujeito passivo, nem implicam nulidade do Auto de Infração. Ainda mais, quando as alegadas inobservâncias na verdade não ocorreram, visto ele poder ser prorrogado quantas vezes for necessário.

INEXISTÊNCIA MATERIAL DE SEPARAÇÃO ENTRE A INTERESSADA E OS PRESTADORES DE SERVIÇO. SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. A realização de prestação de serviço quando a empresa tomadora e a empresa prestadora são separadas apenas formalmente, no papel, mas na realidade, de fato, inexistente separação, pois, materialmente, são e atuam como um único

estabelecimento, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por consequência cabe a desconsideração dos atos jurídicos devendo o correspondente tributo ser exigido. Comprovada a simulação através de vasto acervo probatório, identificando a verdade dos fatos.

DESPESAS FORA DO CONCEITO DE INSUMOS. Existe vedação legal para o creditamento de despesas que não podem ser caracterizadas como insumos dentro da sistemática de apuração de créditos pela não-cumulatividade.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA, E NÃO O LUCRO. A base de cálculo do PIS e da Cofins determinada constitucionalmente é a receita obtida pela pessoa jurídica, e não o lucro.

ICMS. BASE DE CÁLCULO. Os valores correspondentes ao ICMS compõem a base de cálculo da COFINS e do PIS, inexistindo previsão legal para sua exclusão.

DILIGÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. Indefere-se o pedido de diligência quando as informações necessárias se encontram nos autos e não é demonstrada sua real necessidade para a solução do litígio. Ainda mais quando o lançamento do crédito tributário está todo baseado em documentação do próprio contribuinte.

PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO PESSOAL. DESNECESSIDADE. No rito do processo administrativo fiscal inexistente previsão legal para audiência de instrução na qual seriam ouvidas testemunhas ou apresentados depoimentos pessoais, devendo a parte apresentar tais depoimentos sob a forma de declaração escrita já com a sua impugnação. Em todo o caso, tais depoimentos não se justificam a partir do momento que as questões abordadas no julgamento estão suficientemente claras nos autos, através de vasto conjunto probatório.

MULTA DE OFÍCIO. VEDAÇÃO AO CONFISCO. INAPLICÁVEL. A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada em função da infração cometida, não estando amparada pelo inciso XXII, art. 5º e inc. IV do art. 150 da CF, que ao tratar das limitações ao poder de tributar, proibiram o legislador de utilizar tributo com efeito confiscatório.

TAXA SELIC. Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic – por expressa previsão legal.

Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. A nulidade do lançamento em função de suposto cerceamento de defesa pela exigüidade do prazo de que a empresa dispunha para impugnar os lançamentos esbarra nas previsões normativas que fixam esse prazo, descabendo à esfera administrativa alterar os prazos legalmente previstos, em observância ao princípio da legalidade.

ADITAMENTO DA IMPUGNAÇÃO. A impugnação da exigência, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar deve ser apresentada no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. A oportunidade para a apresentação de provas é na impugnação, somente sendo admitida a juntada extemporânea quando comprovada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; refira-se a fato ou a direito superveniente ou destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

PRESUNÇÃO FISCAL. AMPLO CONJUNTO PROBATÓRIO. Sendo juntado aos autos um amplo conjunto probatório, não se pode argumentar de uso de presunção fiscal ou de não se buscar a verdade material.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE. NÃO PROCEDENTE. O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno da repartição fiscal de gerenciamento, controle e acompanhamento da ação fiscal, e eventuais inobservâncias não são aproveitadas pelo sujeito passivo, nem implicam nulidade do Auto de Infração.

Ainda mais, quando as alegadas inobservâncias na verdade não ocorreram, visto ele poder ser prorrogado quantas vezes for necessário.

INEXISTÊNCIA MATERIAL DE SEPARAÇÃO ENTRE A INTERESSADA E OS PRESTADORES DE SERVIÇO. SIMULAÇÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. A realização de prestação de serviço quando a empresa tomadora e a empresa prestadora são separadas apenas formalmente, no papel, mas na realidade, de fato, inexistente separação, pois, materialmente, são e atuam como um único estabelecimento, caracteriza simulação de atos visando benefícios tributários, acarretando a ilegalidade da operação. Por consequência cabe a desconsideração dos atos jurídicos devendo o correspondente tributo ser exigido. Comprovada a simulação através de vasto acervo probatório, identificando a verdade dos fatos.

DESPESAS FORA DO CONCEITO DE INSUMOS. Existe vedação legal para o creditamento de despesas que não podem ser caracterizadas como insumos dentro da sistemática de apuração de créditos pela não-cumulatividade.

BASE DE CÁLCULO. RECEITA, E NÃO O LUCRO. A base de cálculo do PIS e da Cofins determinada constitucionalmente é a receita obtida pela pessoa jurídica, e não o lucro.

ICMS. BASE DE CÁLCULO. Os valores correspondentes ao ICMS compõem a base de cálculo da COFINS e do PIS, inexistindo previsão legal para sua exclusão.

DILIGÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO. Indefere-se o pedido de diligência quando as informações necessárias se encontram nos autos e não é demonstrada sua real necessidade para a solução do litígio. Ainda mais quando o lançamento do crédito tributário está todo baseado em documentação do próprio contribuinte.

PROVA TESTEMUNHAL. DEPOIMENTO PESSOAL. DESNECESSIDADE. No rito do processo administrativo fiscal inexistente previsão legal para audiência de instrução na qual seriam ouvidas testemunhas ou apresentados depoimentos pessoais, devendo a parte apresentar tais depoimentos sob a forma de declaração escrita já com a sua impugnação. Em todo o caso, tais depoimentos não se justificam a partir do momento que as questões abordadas no julgamento estão suficientemente claras nos autos, através de vasto conjunto probatório.

MULTA DE OFÍCIO. VEDAÇÃO AO CONFISCO. INAPLICÁVEL. A multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada em função da infração cometida, não estando amparada pelo inciso XXII, art. 5º e inc. IV do art. 150 da CF, que ao tratar das limitações ao poder de tributar, proibiram o legislador de utilizar tributo com efeito confiscatório.

TAXA SELIC. Cobram-se juros de mora equivalentes à taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic – por expressa previsão legal.

Impugnação Improcedente

Inconformado com a decisão da DRJ, a pessoa jurídica Transporte Mobiline Ltda, e as pessoas físicas sra. Carmila Noele Gialdi, sr. Vinissius Cagol e o sr. Jair Antônio Gialdi apresentam recursos voluntários, os quais reproduzem as mesmas razões recursais apresentadas nas respectivas impugnações.

É o breve relatório.

Voto

Conselheiro Gilson Macedo Rosenberg Filho, Relator.

O recurso é tempestivo e apresenta os demais pressupostos de admissibilidade, de forma que dele conheço e passo à análise.

Analizando os motivos para o pedido de diligência e das preliminares de nulidade postas nos recursos voluntários, o da pessoa jurídica e das pessoas físicas, fica evidente que houve reprodução das respectivas impugnações, não sendo aduzido um único elemento novo nos referidos recursos voluntários.

Como o pedido de diligência e as preliminares arguidas nos recursos voluntários versam sobre os mesmos temas apresentados nas respectivas impugnações, e por entender que a decisão proferida pela instância *a quo* seguiu o rumo correto, utilizo a *ratio decidendi* da DRJ como se minha fosse, nos termos do § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, do art. 2º, § 3º do Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, e do art. 57, § 3º do RICARF, *in verbis*:

PEDIDO DE DILIGÊNCIA:

Da possibilidade de aditamento da peça impugnatória. Da avaliação contraditória e da obrigatoriedade de prova pericial. Das provas que ainda se pretendia vir a produzir

Primeiramente requer o contribuinte o aditamento de forma genérica de sua peça impugnatória com base no princípio da verdade material, pois não aponta a que provas estaria se referindo.

Na seqüência fala da nulidade dos Autos de Infração e do seu direito à avaliação contraditória e novamente da obrigatoriedade da prova pericial. Entende que houve arbitramento unilateral sem qualquer pedido de explicações ou aditamento de documentação de sua parte. Requer perícia de todos os documentos que integram a peça fiscal, *bem como dos documentos que compõem a contabilidade da empresa* (os documentos que a própria empresa apresentou quando intimada).

Já no final, em outro tópico das defesas, fala-se na produção de provas testemunhais (são citados os nomes de Jocelmar Serafini, Valdecir José Invernizzi e Clauvir José Bresolin, reservando-se ainda o direito de arrolar *outras testemunhas*), assim como de prova pericial onde se questiona em base os seguintes aspectos: vantagem financeira que teria a MOBILINE em criar outras empresas de logística; critérios para desconsideração de créditos de arrendamento mercantil; exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins; créditos sobre as despesas de comunicação; e valores pagos pela PRO SERVICE e MOBILOG no SIMPLES. É indicado, inclusive, perito para acompanhar os trabalhos. O mesmo valer para as contestações dos responsáveis solidários com pequenas alterações.

É de se destacar que o momento para a apresentação de provas na esfera administrativa é exatamente **quando da apresentação da impugnação**. Se o impugnante não apresenta tais provas em tal momento, nem especifica precisamente quais seriam estas, perde assim o momento processual na esfera administrativa para apresentá-las ou ao menos alegá-las.

De outro lado, deve se frisar que os **elementos fundamentais para a solução da lide se encontram basicamente em sua contabilidade**, portanto, não sendo admissível qualquer dificuldade de acesso na busca dessas informações ou dos respectivos documentos comprobatórios.

Os documentos juntados aos autos são claros e não foi feito nenhum questionamento direto a nenhum deles. De outro lado, a solicitação de perícia sobre documentos da contabilidade da MOBILINE, apresentados por ela mesma, não tem como prosperar, pois ninguém mais que a própria empresa para saber o significado e a abrangência do conteúdo dos mesmos.

Observe-se que cabe ao sujeito passivo o ônus da prova em relação ao que alega, devendo fazê-lo por ocasião da impugnação conforme disposto no art. 16, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e **provas que possuir**; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*IV - as **diligências**, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, **expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.** (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

...

§ 1.º. Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pelo art. 1.º da Lei nº 8.748/1993) ...

§ 4º A **prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual**, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente ... (gn)

Sobre situações de aditamento de provas, em face o determinado pela legislação em vigor, a jurisprudência administrativa é uníssona:

Acórdão DRJ Nº 16-55961 de 2014, DRJ/SP1

PROVAS. ADITAMENTO. PRECLUSÃO. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

De se frisar que a fiscalização teve início em 11/12/2012, e as impugnações são do ano de 2013, e até o presente julgamento, setembro de 2014, nada foi apresentado para análise em complementação as respectivas defesas. E não se trata de arbitramento como se refere nas contestações, pois todo o lançamento está baseado na própria contabilidade da empresa.

Preliminarmente cabe elencar que as testemunhas arroladas são pessoas identificadas no item 3.2 desse Voto, tendo todos correlação com os atos de simulação, visto serem sócios administradores das empresas prestadoras de serviço envolvidas (MOBILOG e PRO SERVICE), assim como também empregados da MOBILINE, MOBILOG e MOBILE/POCARGO. Seus depoimentos, portanto, em nada acrescentariam as robustas provas já comentadas anteriormente.

Se já não bastasse isso, de outro lado, sobre o pedido de prova testemunhal, é de se dizer que no rito do processo administrativo fiscal **inexiste previsão legal para audiência de instrução**, na qual seriam ouvidas testemunhas ou apresentados depoimentos pessoais, entre outros. Dever-se-ia ter apresentado esses depoimentos sob a forma de declaração escrita, assim como outras provas que se entendessem pertinentes, junto com as impugnações.

Em todo o caso, pela análise dos autos, tal pedido **também não se justifica** quando as provas abordadas no julgamento estão suficientemente claras nos autos, através de documentos, declarações, circularizações, planilhas, informações prestadas pelas próprias empresas, entre outros.

Já para um pedido de diligência ser considerado como necessário, deve se levar em conta o disposto nesse art. 16, inciso IV, em consonância com o art. 18, do Decreto nº 70.235/72:

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 artigo 28, "in fine".

(...) (gn)

Não é crível que o contribuinte tenha dificuldade em apurar o que alega **em seus próprios registros contábeis** dentro do prazo de 30 dias dado para a apresentação de sua defesa, sendo que se existisse tal dificuldade de análise, essa decorreria da própria forma como a empresa estabelece o seu plano contábil.

A fiscalização deixou muito claro todas as glosas efetuadas com os seus respectivos valores ao detalhar isso, uma por uma, nos autos. O impugnante, por sua vez, contrapõe genericamente e não traz especificamente quais os valores referentes a cada um dos itens que contesta em sua defesa, sendo que possuía todos os elementos necessários para isso.

Porém, apenas para reforçar a desnecessidade de perícia, é de se registrar que todos os pontos questionados estão devidamente esclarecidos, senão vejamos:

- Vantagem financeira que teria a MOBILINE em criar outras empresas de logística: as vantagens foram diversas, desde a geração indevida de créditos de PIS e de Cofins, a redução indevida de contribuições previdenciárias e o enquadramento de setores do Grupo Econômico no SIMPLES.

- Critérios para desconsideração de créditos de arrendamento mercantil: já devidamente esclarecido no item 5.3.2 desse Voto. O contribuinte foi intimado a comprovar os créditos e não o fez, nem quando do procedimento fiscalizatório (fls. 164 e 165), nem quando da apresentação de sua impugnação. Os valores apurados pela fiscalização estão de acordo com o verificado na própria contabilidade da empresa (verificação da conta contábil nº 3.4.02.02.55701).

- Exclusão da base de cálculo do PIS e da Cofins: A exclusão do ICMS foi esclarecida no item 7 desse Voto.

- Créditos sobre as despesas de comunicação: Ver o item 5.3.1 desse Voto.

- Valores pagos pela PRO SERVICE e MOBILOG pelo SIMPLES: Tema tratado no item 13 desse Voto.

Não há, portanto, motivos para realização de perícia, tendo ela apenas caráter protelatório.

Destaque-se que só deve haver perícia se o fato depender desse conhecimento especial, o que não é o caso do presente processo, posto que o Auto de Infração está todo baseado em documentação apresentada pelo próprio contribuinte, seja em papel, seja em seus demonstrativos, ou seja em arquivos magnéticos.

Nunca é demais repetir todos os elementos que estão juntados aos autos por intimação da fiscalização e por apresentação do contribuinte, **esclarecedores e suficientes** para o entendimento dos montantes lançados que compõe o crédito tributário em litígio:

“...balancetes contábeis; balanços sociais; balanços patrimoniais; comprovação de contribuintes individuais (transportadores rodoviários autônomos); comprovação de entrega do PPP ao segurado quando das rescisões; comprovantes de recolhimento; contrato social e alterações; contratos de prestação de serviços celebrados com terceiros; DIPJ; folhas de pagamento de todos os segurados; GFIP; GRFP; GRFC; Livro Diário; Livro Razão; plano de contas; registro de empregados; regulamento da participação nos lucros ou resultados (PLR); relação de veículos integrantes do ativo imobilizado; arquivos digitais; Livro de Registro de Entradas e de Saídas; notas fiscais de prestação de serviços; Livro de Apuração do ICMS; conhecimentos de fretes; extratos bancários de contas correntes e aplicações; planilhas com demonstrativos dos transportadores autônomos; demonstrativos de apuração das bases de cálculo declaradas nos DACONs; Livro de Apuração do Lucro Real; comprovantes de pagamentos pelos serviços de fretes; comprovantes de pagamento de despesas de aluguéis da matriz e das filiais; comprovantes de pagamentos de despesas de telecomunicações da matriz e das filiais; esclarecimentos sobre o uso da marca “MOBILE TRANSPORTES; relação de verbas e totais das folhas de pagamento; entre outros.

Portanto, o conjunto probatório é firmado em tal documentação apresentada pela empresa durante o procedimento de fiscalização. A realização de diligência pressupõe que a prova não pode ou não cabe ser produzida por uma das partes, ou que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos.

Vale lembrar, ainda, a lição do professor Antônio Cabral: “*toda vez que a prova puder ser produzida pelo interessado não deve ser requerida diligência, pois o ônus da prova incumbe a quem alega*” (Processo Administrativo Fiscal, São Paulo, 1993, p. 319).

À vista dos fatos, entende-se que o processo está corretamente instruído, e o julgamento prescinde de outras verificações, motivo pelo qual se entende pela **rejeição do pedido de oitiva de testemunhas e de diligência**.

NULIDADES.

Da nulidade dos Autos de Infração pela exiguidade do prazo para apresentação da impugnação

Requerem o contribuinte e os responsáveis solidários a nulidade dos Autos de Infração devido à exiguidade do prazo concedido para apresentação das impugnações, ou seja, 30 dias. Dizem que tal prazo estabelecido no art. 15, do Decreto nº 70.235/72, viola os direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que as próprias defesas citam o artigo que define qual o prazo determinado pela legislação, senão vejamos:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência. (Decreto nº 70.235/72) (gn)

Se isso já não fosse suficiente, ou seja, da expressa e literal determinação legal, merece se destacar que os atos processuais de forma geral serão considerados conforme os prazos previstos em lei, como bem disposto por força do art. 177, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao contencioso administrativo fiscal.

Em que pese ser tema enfrentando em tópico posterior, já de antemão deve-se registrar que não cabe a essa DRJ a análise de questões de inconstitucionalidade de dispositivos legais que se encontram em plena vigência.

Portanto, quanto ao aspecto da questão do prazo legal para apresentação da impugnação, a jurisprudência administrativa é pacífica nesse sentido, como vemos no exemplo a seguir:

Acórdão DRJ/POA Nº 10-30685 de 2011, 7ª Turma

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EXIGUIDADE DO PRAZO DE DEFESA. A nulidade do lançamento em função de suposto cerceamento de defesa pela exiguidade do prazo de que a empresa dispunha para impugnar os lançamentos esbarra nas previsões normativas que fixam esse prazo, descabendo à esfera administrativa alterar os prazos legalmente previstos, em observância ao princípio da legalidade.

É de se complementar ainda que somente virá a ser declarada nulidade de um processo administrativo disciplinar nas situações dispostas no art. 59, do Decreto nº 70.235/72, esbarrando a pretensão alegação de nulidade diante da previsão normativa expressa quanto ao prazo para a apresentação da respectiva defesa. Dessa forma, não temos nenhuma das situações previstas naquele artigo nesses autos. Tantos os atos e termos, como os despachos e decisões proferidos, foram lavrados pela autoridade competente, assim como não houve nenhum cerceamento de defesa.

Não há assim a nulidade aqui alegada.

Da nulidade do procedimento e da peça fiscal por vício de motivação e da ausência dos elementos comprobatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Da ausência de comprovação do alegado GRUPO GIALDI.

As impugnações apresentadas colocam alguns pontos em tópicos diferentes, mas que na verdade versam sobre o mesmo tema, ou seja, a motivação do procedimento e da peça fiscal, a ausência de elementos comprobatórios, a ofensa ao contraditório e à ampla defesa, e a falta de comprovação do alegado GRUPO GIALDI.

No caso do vício de motivação dizem que a Receita Federal foi usada pelo Ministério Público Federal para perseguir a TRANSPORTES MOBILINE em face de o senhor Diogo Guerra Schenato (denunciante) ser desafeto da família por questões passionais. Confessa que ocorreu apoio para a criação da empresa MOBIOLOG, mas que isso não levaria as conclusões feitas pela fiscalização. Requerem ainda a nulidade porque entendem ter ocorrido a ausência da qualificação dos elementos probatórios, em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, não se confirmando a simulação constatada pela fiscalização.

Dizem ainda que é dever da administração comprovar suas alegações e que não existiriam provas da existência do Grupo Econômico. Concordam que existe uma íntima ligação com as empresas prestadoras de serviço, mas questionam quais seriam os limites dessa proximidade. Atacam a Justiça do Trabalho que considerou as prestadoras de serviço pertencentes ao mesmo Grupo Econômico e responsáveis pelas obrigações trabalhistas dos funcionários das prestadoras de serviço.

Porém, da verificação dos autos e da leitura do Relatório Fiscal observa-se o oposto, ou seja, um conjunto probatório contundente da existência de simulação na criação das prestadoras de serviço. Todo esse conjunto é atacado pelos impugnantes e veremos um a um esses itens.

Diante do exposto acima, nego a diligência e afasto as preliminares arguidas.

MÉRITO

Os recursos voluntários da pessoa jurídica e das pessoas físicas reproduzem os mesmos motivos recursais apresentados na impugnação.

A decisão recorrida abrange didaticamente cada ponto atacado nos recursos voluntários. Conforme já mencionado, as recorrentes reproduziram as peças recursais já analisadas na primeira instância sem apresentar elementos novos em seus recursos voluntários.

Sendo assim, quanto à questão da existência do alegado GRUPO GIALDI, da inaplicabilidade da multa qualificada, do abatimento/amortização dos valores recolhido pelo SIMPLES e da responsabilidade solidária das pessoas físicas arroladas no auto de infração, reproduzo o voto da decisão recorrida e tomo como minha razão de decidir, nos termos do art. 57, § 3º do RICARF.

(...)

Da mesma localização das empresas do GRUPO GIALDI

A respeito da mesma localização das empresas componentes do Grupo Econômico, as impugnações apresentam como argumento desconhecer qualquer norma que impeça de duas ou mais empresas possuir o mesmo endereço e dividir custos.

A sede social da MOBILE/POCARGO se localizava na Rua Giovanni Grando Filho, S/N, Bairro Vila Nova, Bento Gonçalves. A sede social da MOBILINE também se localizava na Rua Giovanni Grando Filho, 106, Bairro Vila Nova, Bento Gonçalves.

As filiais da MOBILE/POCARGO e da MOBILINE tinham endereços coincidentes, a saber:

- Rua Juriti, 136 – Arapongas/PR.
- Estrada Paraná, 921 – São Bento do Sul/SC
- Rua Professor José Nogueira dos Santos, 600 – Curitiba/PR

A MOBILOG, por sua vez, também ficava na Rua Giovani Grando Filho, 106, em Bento Gonçalves. A MOBILOG tinha filiais em outros endereços que eram os mesmos do Grupo Econômico:

- Rua Juriti, 126 – Arapongas/PR
- Rua Capitão Cruz, 515 – Rio de Janeiro/RJ
- Rua Professor José Nogueira dos Santos, 600 – Curitiba/PR
- Estrada Paraná, 921 – São Bento do Sul/SC

A PRO SERVICE também possuía filiais nos mesmos endereços do Grupo Econômico:

- Rua Juriti, 126 – Arapongas/PR
- Estrada Paraná, 921 – São Bento do Sul/SC
- Rua Professor José Nogueira dos Santos, 600 – Curitiba/PR
- Rodovia MG 265, KM 04, S/N – Ubá/MG

A DI QUA Locação e Terceirização que tinha como objeto social a locação de veículos e de bens, assim como a manutenção de veículos, tinha como sócios Vinissius Gialdi e Roberto Durante (quando Roberto Durante se retirou da sociedade, suas cotas foram transferidas para a empresa Cartenix Sociedade Anônima, com sede no Uruguai – ver fls. 314 a 321). A sede da empresa se localiza na Rua Marques de Souza, nº 484/201, em Bento Gonçalves, mesmo endereço residencial de Vinissius Gialdi.

As fotos da fl. 1.738 demonstram a utilização dos mesmos prédios, assim como o mesmo acesso, para os estabelecimentos matrizes da MOBILINE, MOBILE/POCARGO e MOBILOG.

Constatou a fiscalização que a administração dessas empresas prestadores de serviço se dava na verdade na sede da MOBILINE.

A igualdade dos endereços verificada nas empresas compreendidas dentro desse Grupo Econômico demonstra o arranjo premeditado no sentido de “dar um ar” de independência na criação das mesmas, o que não corresponderia à realidade.

Quadro Social e relação de parentescos e de funcionários junto ao GRUPO

GIALDI

Defendem as contestações que nada mais natural que a família Gialdi e seus membros possuírem empresas no ramo de transporte, pois sempre atuaram nessa área, o mesmo valendo para ex-funcionários incentivados a se tornarem parceiros.

A empresa MOBILE/POCARGO tinha como sócio gerente Jair Antônio Gialdi, ingressando também Roberto Durante, em 08/03/2006, que embora sócio cotista da empresa, foi registrado como empregado da mesma. O objeto social era o transporte rodoviário de carga.

A empresa TRANSPORTES MOBILINE foi constituída por Vinissius Gialdi e Roberto Durante, sendo ambos sócios-administradores. Em 08/03/2006, Roberto Durante transferiu a totalidade de suas cotas para Carmila Gialdi, a qual exercia o cargo de Diretora Administrativa. Foram dadas procurações públicas (ver fls. 324 a 328) para que Jair Gialdi tivesse também poderes para gerir e administrar a empresa. O seu objeto social principal era o transporte rodoviário de cargas.

A empresa MOBILOG tinha no seu quadro social, Diogo Guerra Schenato e Jocelmar Serafini. Diogo teria uma relação com Carmila Gialdi e, portanto, seria cunhado de Vinissius Gialdi. Existem procurações públicas da MOBILOG (ver fls. 329 a 332) dando poderes de gerência e administração para Vinissius Gialdi e Jair Gialdi. Seu objeto social era o transporte rodoviário de cargas.

A empresa PRO SERVICE tinha como sócios Valdecir José Invernizzi e Clauvir José Bresolin, porém, através de procurações públicas outorgou totais poderes de gerência e de administração para Vinissius Gialdi e Jair Gialdi (ver fls. 333 a 334). O objeto social

seria o serviço de carregamento de cargas e descargas, o embarque e desembarque de containeres, o transbordo de mercadorias e outras atividades auxiliares.

Todas empresas tinham diretamente sócios da Família Gialdi, ou então, concediam procurações públicas com poderes plenos de gerência e de administração para alguém da família Gialdi.

Jair Antônio Gialdi era casado com Romilda Cagol Gialdi, e tinham como filhos Vinissius Cagol Gialdi e Carmila Noele Gialdi. Eis um resumo da participação de cada um deles nas empresas do Grupo:

- JAIR GIALDI: sócio gerente na função de Diretor Administrativo e Financeiro da empresa MOBILE, também possuía procurações públicas lhe dando poderes de administração e de gerência sobre a TRANSPORTE MOBILINE, MOBILOG e PRO SERVICE. De acordo com as provas juntadas aos autos foi o responsável pela determinação da abertura da empresa MOBILOG CARGAS EXPRESSAS, assim como definiu suas atividades.

- ROMILDA CAGOL GIALDI: sócia responsável pela MOVELSUL TRANSPORTES, que estaria sem atividades desde 2009.

- VINISSIUS CAGOL GIALDI: sócio-administrador da MOBILINE; sócio da empresa DI QUA locação e terceirização de bens (a qual ficava localizada no seu endereço residencial); possuía procurações públicas lhe dando poderes de administração e de gerência sobre a MOBILOG e PRO SERVICE; e também está registrado como segurado empregado da MOBILE/POCICARGO na função de Relações Públicas (ver fls. 335 a 336).

- CARMILA NOELE GIALDI: sócia da MOBILINE, exercendo atividades na função de Diretora Administrativa.

Também foi constatada a participação de pessoas fora do círculo familiar, mas que eram ou são funcionários de alguma das empresas pertencentes ao Grupo Gialdi. Vejamos:

- ROBERTO DURANTE: sócio fundador da MOBILINE, participando também como sócio da empresa DI QUA. Consta como empregado registrado da empresa MOBILE/POCICARGO na função de Gerente Administrativo.

- JOLCEMAR SERAFINI: consta como sócio administrador da MOBILOG, sendo que esteve registrado como funcionário da empresa MOVELSUL, passando depois a ser admitido da como segurado empregado da MOBILINE na função de Supervisor Operacional.

- DIOGO GUERRA SCHENATO: sócio administrador da MOBILOG, sendo também empregado da MOBILINE.

- VALDIR JOSÉ INVERNIZZI: sócio-administrador da PRO SERVICE, esteve registrado como empregado da MOVELSUL, sendo depois admitido como segurado empregado da MOBILOG, na função de Motorista Carreteiro.

- CLAUVIR JOSÉ BRESOLIN: sócio administrador da PRO SERVICE, esteve registrado como funcionário da MOBILE/POCICARGO, saindo e depois retornando para essa empresa na função de Gerente Administrativo.

Todas as empresas têm similitude no objeto social exercendo atividades relacionadas ao transporte de cargas.

Tal engenharia societária facilitou todo o esquema de simulação imposto.

Despesas com energia elétrica das prestadoras pagas pela MOBILINE

A MOBILINE afirma que o fato de pagar as despesas relativas à energia elétrica das outras empresas não se verteria em fundamento legal para dizer que as mesmas não existiam. E usa esse mesmo argumento para os gastos com aluguéis e despesas com telecomunicações. Porém, não existe outra explicação aceitável para assumir essas despesas, com valores significativos, sem contrapartida, se não fosse a **existência de uma unicidade empresarial**.

As despesas com energia elétrica das empresas prestadoras de serviço (MOBILOG e PRO SERVICE) eram todas pagas e contabilizadas pela empresa MOBILINE, fato que como vimos é confirmado pelo próprio contribuinte.

Isso também pode ser verificado nos registros contábeis correspondentes a rubrica nº 3.2.01.02.52043, durante os anos de 2009 (R\$ 29.249,97), 2010 (R\$ 29.957,58) e 2011 (R\$ 58.372,65).

Despesas com aluguéis das prestadoras pagas pela MOBILINE

As despesas com aluguéis das empresas prestadoras de serviço (MOBILOG e PRO SERVICE) eram todas pagas e contabilizadas pela empresa MOBILINE.

Isso pode ser verificado nos registros contábeis correspondentes a rubrica nº 3.01.01.07.01.18.00, durante os anos de 2009 (R\$ 160.085,00), 2010 (R\$ 177.243,60) e 2011 (R\$ 374.106,04).

Despesas com Telecomunicações das prestadoras pagas pela MOBILINE

As despesas com telecomunicações das empresas prestadoras de serviço (MOBILOG e PRO SERVICE) eram todas pagas e contabilizadas pela empresa MOBILINE.

Isso pode ser verificado nos registros contábeis correspondentes a rubrica nº 3.4.01.02.55410, durante os anos de 2009 (R\$ 269.516,27), 2010 (R\$ 208.639,32) e 2011 (R\$ 331.840,13).

Documentos das interpostas apreendidos na MOBILINE através do Mandado Judicial de Busca e Apreensão (MBA)

A justificativa aqui apresentada é de que a MOBILINE *auxiliava suas prestadoras de serviço em questões burocráticas*. Por essa razão foram encontrados documentos das outras empresas *na sede da impugnante*.

Verificou-se entre os documentos apreendidos no MBA que **a MOBILINE possuía a documentação de todas as empresas do GRUPO**, conforme demonstrado nos Termos de Retenção de Documentos das fls. 32 a 54. Parte desses documentos se encontrava nos cofres da MOBILINE. Se já não bastasse a posse de tais documentos, ainda ficou demonstrado um controle gerencial sobre as mesmas, conforme apurado pela fiscalização, diante do conteúdo apreendido:

- Acompanhamento diário de saldos bancários de todas empresas e suas filiais (MOBILINE, MOBILE, MOBILOG e PRO SERVICE), conforme fls. 537 a 547.
- Posse de demonstrativos de valores de salários dos empregados de todas as empresas (fls. 548 a 646).
- Recibos de pagamentos do valores dos vales-transportes de todas as empresas do Grupo (fls. 647 a 667).
- 34 cheques da empresa MOBILOG, sendo 11 deles assinados, mas sem valor preenchido.
- 20 cheques em branco da empresa PRO SERVICE.

Transferência de empregados entre as empresas do Grupo

Sobre a transferência de empregados entre as empresas, as impugnações argumentam que essa relação objetivaria a solução para a gestão de mão-de-obra, e que teria sido observada a legislação trabalhista. No entanto, isso não se comprovou perante a Justiça do Trabalho como veremos em tópico posterior.

A Tabela das fls. 1.742 e 1.743 demonstra as diversas ocorrências de transferências de empregados entre as empresas MOBILINE, MOBILE, MOBILOG e PRO SERVICE. São mais de 130 transferências de empregados. Por exemplo, quando da criação da MOBILOG, o próximo passo era a transferência dos empregados da MOBILE e da MOBILINE para a nova empresa. A mensagem eletrônica obtida no *notebook* de Jair Gialdi (que não seria sócio da MOBILOG, assim como Vinissius) para o contador

Cláudio Souza, solicita urgência na inscrição da empresa em decorrência da necessidade de migração desses funcionários:

De: Souza ...

Cc: Vinissius; Jair Móbile ...

Mantenho contato com V. S^a. Para saber sobre os processos de implantação da empresa MOBILOG CARGAS EXPRESSAS LTDA., enquadrada no SIMPLES NACIONAL, pois acredito que toda a documentação tenha sido remetida na época. A urgência na inscrição é a necessidade de migração dos funcionários da MOBILE e MOBILINE para esta nova empresa, e o retorno da situação para o Sr. Jair e Vinissius. ...

Cláudio E. de Souza (gn)

Em tais casos de simulação para obter vantagens indevidas tributárias é comum esse tipo de procedimento de transferências de funcionários, os quais muitas vezes ficam trabalhando no mesmo local (não esqueçamos das mesmas localizações das empresas do Grupo como vimos no item 3.1. desse tópico).

Tivemos na verdade não uma contratação de mão-de-obra, mas sim uma transferência planejada entre o contribuinte e suas interpostas.

Lançamentos com gastos de pessoal pagos pela MOBILINE

O contribuinte afirma que apoiou a criação das empresas não apenas quanto à estrutura física, mas também com a indicação do contador e de todo apoio administrativo.

Ocorre que foi constatado na contabilidade da MOBILINE a existência da “Conta Adiantamentos – 1.1.02”, onde se verificou mais de 1.200 lançamentos de adiantamento de valores para as empresas MOBILOG e PRO SERVICE, somente durante o ano de 2011. No plano de contas essas despesas eram tratadas como “Adiantamentos de Pessoal”. Foi possível também se observar que a grande maioria das transações ocorria nos dias dos pagamentos de salários.

Isso levou a confrontar os lançamentos contábeis (Conta 1.1.02.01.16173 – Adiantamento de Fornecedores) com os recibos de salários dos empregados da MOBILOG e PRO SERVICE e apurou-se que diversos desses lançamentos conferiam **exatamente** em data e valor líquido constante nos salários dos empregados das prestadoras de serviço. Concluiu-se que o salário desses empregados era pago com cheques emitidos pela MOBILINE. Ver os documentos juntados às fls. 816 a 882, 883 a 924, assim como a Tabela das fls. 1.744 a 1.748.

Desta forma, é patente que o liame existente entre as empresas foge totalmente de uma simples relação comercial entre pessoas jurídicas. É inevitável concluir que havia dependência econômico-financeira entre essas empresas.

Lançamentos de viagens e dos motoristas das prestadoras de serviço

Em relação ao *adiantamento de viagens e prestação de contas* das outras empresas, defende-se que isso não descaracterizaria a prestação de serviços, mas se deveria a um controle preciso das viagens.

Na conta Adiantamento de Viagens (1.1.02.01.16172) são lançados os valores desses adiantamentos, e após a realização da viagem, é efetuado o acerto das respectivas despesas. No histórico consta o nome do motorista, assim como a placa do caminhão que foi utilizado na viagem. Ao analisar tais documentos verificou-se que diversos dos motoristas eram empregados da MOBILOG e PRO SERVICE, utilizando os veículos da MOBILINE.

Ou seja, os veículos utilizados na atividade de transporte da MOBILINE eram dirigidos por empregados da MOBILOG e PRO SERVICE, conforme relação das fls. 1.001 a 1.246. A planilha com os adiantamentos de viagens encontram-se, por sua vez, nas fls. 925 a 1.000, com a devida identificação da relação trabalhista do empregado que efetuou a viagem.

Juntados aos autos também os formulários de “Acertos de Viagens” apresentados pela MOBILINE (fls. 1.325 a 1.366) e a sua relação de veículos (fls. 1.001 a 1.003). Da conferência dessas informações foi feita a Tabela da fl. 1.750.

Outra inconsistência que comprova a simulação nas operações e a existência do Grupo Gialdi se deve ao fato de que a MOBILINE possuía em torno de 120 caminhões, mas apenas 7 motoristas. Na verdade em todo esse período os motoristas que prestavam serviço para a MOBILINE eram registrados na MOBILOG (57 motoristas) e PRO SERVICE (40 motoristas), sendo que **ambas empresas não possuíam veículos em sua propriedade** (ver a Tabela das fls. 1.751 e 1.752).

Da verificação junto à Justiça do Trabalho

A respeito da Justiça do Trabalho a defesa afirma que em nenhuma hipótese a Receita Federal pode se utilizar de fatos ou eventos daquela esfera para constatações de obrigações fiscais.

Não tem o mínimo fundamento essa alegação das defesas. Constatações apuradas na Justiça do Trabalho podem sim subsidiar provas nesse processo administrativo naquelas questões que sejam de sua competência. Aliás, ninguém melhor do que ela que possui a competência legal para poder verificar ou não a existência de relações trabalhistas.

Confirmando a existência do Grupo Econômico, temos o vínculo trabalhista observado em várias ações de ex-empregados das prestadoras de serviço contra todas as empresas do Grupo Gialdi. Isso pode ser observado às fls. 1.247 a 1.282 juntadas aos autos. E registramos alguns exemplos somente para constar:

Reclamatória de Adão André Melo Mulassani (fls. 1.247 a 1.258) Contra a MOBILOG, MOBILINE, MOBILE e MOVELSUL (todas empresas do Grupo Econômico), *situadas na Rua Giovani Grando Filho, nº 106, Bairro Vila Nova, Bento Gonçalves/RS* (mesmo endereço para todas as empresas).

Reclamatória de Claudinei da Silva Santos (fls. 1.259 a 1.273) Contra a MOBILOG, MOBILINE, MOBILE e MOVELSUL (todas empresas do Grupo Econômico), *situadas na Rua Giovani Grando Filho, nº 106, Bairro Vila Nova, Bento Gonçalves/RS* (mesmo endereço para todas as empresas).

Reclamatória de Artêmio Galves (fls. 1.274 a 1.282) Contra a MOBILINE, MOBILOG e MOBILE (todas empresas do Grupo Econômico), *situadas na Rua Giovani Grando Filho, nº 106, Bairro Vila Nova, Bento Gonçalves/RS* (mesmo endereço para todas as empresas).

Ainda consta o seguinte nessa Reclamatória Trabalhista:

“A presente reclamação trabalhista é dirigida contra as três reclamadas, tendo em vista, que o reclamante trabalhou para todas, e as mesmas são sucessoras uma das outras, encontram-se estabelecidas no mesmo endereço, e são administrado pelo mesmo grupo de sócios, com o mesmo interesse” (gn)

Das Atas de Audiências (fls. 1.283 a 1323) é confirmada a existência do Grupo Econômico por inúmeras vezes, e que o contribuinte e suas interpostas tinham sim uma unicidade empresarial. São tantas passagens comprovando isso que o mais apropriado é a leitura dos próprios depoimentos nas referenciadas folhas.

Eis a reprodução da Sentença Judicial referente à reclamação de Diogo Guerra Schenato na 2ª Vara do Trabalho de Bento Gonçalves, onde foi constatada a unicidade empresarial e a responsabilidade solidária entre todas as reclamadas pertencentes ao Grupo Econômico:

DA RESPONSABILIDADE DAS RECLAMADAS

Na inicial, o reclamante alega que as reclamadas formam grupo econômico. Afirma que as reclamadas atuavam no mesmo local. Requer, por isso, o reconhecimento da responsabilidade solidária ou subsidiária das reclamadas. As reclamadas negam a formação de grupo econômico, sob o fundamento de que cada uma possui administração própria. Entendem que a responsabilidade de cada empresa deve ser

limitada ao período do contrato, defendendo a inexistência de solidariedade ou subsidiariedade.

Conforme preleciona Maurício Godinho Delgado, assim se define o grupo econômico para fins de Direito do Trabalho: “O grupo econômico aventado para o Direito do Trabalho define-se como a figura resultante da vinculação justralhista que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho, em decorrência de existir entre esses entes laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica.” (in Curso de Direito do Trabalho, 3. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 397).

No caso dos autos, a testemunha Carlos Amauri Pletsch, em seu depoimento (fls. 499-500), afirma que as três reclamadas atuam no mesmo endereço, o que é corroborado pela testemunha Luiz Carlos Terres (fl. 498). Aliás, a testemunha Luiz Carlos afirma que “a coleta das mercadorias é feita por um único caminhão em nome das três reclamadas e depois é feita a separação” (fl. 498), evidenciando a comunhão de esforços entre as empresas e a identidade de objeto – aliás, os próprios contratos sociais demonstram a perfeita identidade de objeto, uma vez que as três reclamadas têm por objetivo o transporte rodoviário de cargas, conforme consta nas fls. 176 (cláusula 2ª do contrato social da primeira reclamada), 179 (cláusula 3ª, relativamente à segunda reclamada) e 187 (cláusula segunda, quanto à terceira reclamada). Destarte, concluo que as três reclamadas uniram-se para alcançarem objetivos comuns, coordenando-se entre si, e beneficiando-se, ainda que indiretamente, dos serviços prestados pelos empregados de cada uma.

Exsurge daí a formação de grupo econômico entre estas empresas, valendo anotar que a norma insculpida no art. 2º, § 2º, da CLT, cuja finalidade é garantir a solvabilidade dos créditos trabalhistas, deve ser lida em conjunto com o art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73, que também trata da figura do grupo econômico para fins trabalhistas. Neste sentido, também ensina Maurício Godinho Delgado, nos seguintes termos: “Embora existam algumas diferenças entre os dois preceitos acima indicados [art. 2º, § 2º, da CLT e art. 3º, § 2º, da Lei n. 5.889/73], é inquestionável que a leitura de ambos deve se fazer conjuntamente, por moldarem o mesmo tipo legal – o grupo econômico para fins trabalhistas.” (Ob. cit. p. 397).

Decreto, por conseguinte, a responsabilidade solidária de todas as reclamadas. Registro, outrossim, que a responsabilidade é frente a todas as obrigações decorrentes da relação de emprego, independentemente da natureza salarial ou não da parcela, bem como por todo o período contratual. (gn)

Graciela Maffei – Juíza do Trabalho Substituta

Ou seja, na Justiça do Trabalho ficou evidenciado que as empresas representavam uma unicidade, respondendo todas pelos atos das outras.

Faturamento e Ativos do Grupo concentrados na MOBILINE

A fiscalização verificou que todo o faturamento do Grupo Econômico é concentrado na MOBILINE. Da mesma forma todos os ativos do grupo – veículos, caminhões – estão em sua propriedade.

Das informações constantes no endereço eletrônico da MOBILE foi possível constatar que lá eram informados todos os funcionários do Grupo Econômico, tendo em vista lá constar que a estrutura possuía 230 colaboradores, enquanto que a empresa possuía em média 32 empregados registrados. A Tabela da fl. 1.756 demonstra o total de empregados registrados e o valor da receita bruta auferida pela MOBILINE frente à remuneração dos empregados registrados em todas filiais.

Não é apresentada uma justificativa para inexistência patrimonial nas interpostas.

Ora, estamos falando de prestadoras de serviço de transporte que não possuíam caminhões, nem quaisquer veículos.

Fica claro que a autonomia dessas empresas não passava de mera simulação, pois o contribuinte era a verdadeiro possuidor dos ativos envolvidos nas operações.

Recomendações repassadas pelo advogado do contribuinte com procedimentos para que fosse evitada a configuração de Grupo Econômico

Trata-se de documentos apreendidos através da justiça, ou seja, pelo Mandado de Apreensão e Busca. Entre tais documentos verifica-se um conjunto de recomendações feitas pelo Dr. Rafael Fraimer (advogado da empresa) para evitar que fosse configurado o Grupo Econômico. Isso demonstra como foram premeditados todos os passos das operações em questão. Vejamos trechos das fls. 1.474 e 1.475:

Prezados Senhores:

Conforme o combinado, segue algumas recomendações para abertura de nova Empresa, de forma que não seja configurado o chamado “grupo econômico”, ocasião em que poderão ser reenquadradas as empresas e tributadas em conjunto.

Assim, colacionamos, abaixo, algumas importantes medidas que podem ser tomadas pela empresa:

- 1) As empresas, preferencialmente, não deverão ter o mesmo objeto social;*
- 2) As empresas, necessariamente, deverão ter endereços distintos. Se tiverem de ficar no mesmo terreno, ao menos deverão ser individualizadas pelo número postal;*
- 3) A diferenciação de uniformes, logotipos, cores, etc., é imprescindível.*
- 4) O nome empresarial não deverá ser parecido ou guardar qualquer similaridade, tanto quanto possível;*
- 5) Os empregados de cada empresa devem prestar serviços apenas àquela em que foram contratados;*
- 6) É fundamental que os estoques das empresas não se misturem;*
- 7) A contabilidade e o setor administrativo devem ser completamente independentes.*
- 8) Por fim, o sócio que irá participar da nova empresa não pode ser o sócio administrador da empresa antiga.*

Elementos que demonstram que a MOBILOG foi criada e administrada pela Família Gialdi

A MOBILOG foi fundada em 01/04/2008 e o sócio fundador Jocelmar Serafini é empregado da MOBILINE desde 01/07/2008.

A MOBILOG CARGAS EXPRESSAS foi criada em substituição a MOBILOG LOGÍSTICA EM TRANSPORTES LTDA, devido ao fato dessa última não poder ser inscrita no SIMPLES NACIONAL devido as suas atividades secundárias vedadas. É dito em correspondências eletrônicas entre os sócios do Grupo Econômico e a sua contabilidade que para tal objetivo fosse alcançado não poderia essa nova empresa ter os mesmos sócios da MOBILINE, sendo retiradas aquelas atividades secundárias do objeto social (ver fls. 1.374 a 1.377). As partes transcritas a seguir são diálogo entre Cláudio Souza e Arnaldo Júnior (contador), com a intervenção de Jair Gialdi:

Mensagem encaminhada por Jair Gialdi

Boa tarde, Souza, conforme pode verificar abaixo ref. registros da MOBILOG no Rio, os mesmos já foram providenciados e o assunto consumado, não houve a sustação do processo junto ao contador do Rio, quando não foi possível o enquadramento, favor verificar e dar orientação necessária, me informando do procedimento.

Certo das providências necessárias agradeço, estando à disposição para o necessário.

Jair Gialdi

Respostas da mensagem anterior

Recebi cópia do seu e-mail através do **Sr. Jair**, quanto a abertura da filial Mobilog / RJ. Porém, em virtude de vários contratemplos, tenho a informar o que segue:

01) Que, o propósito da abertura da empresa **MOBILOG LOGÍSTICA EM TRANSPORTES LTDA-EPP**, seria o enquadramento no Simples Nacional com a prestação de serviços relacionadas a terceiros e próprios; ...

05) Que, **em acordo com Sr. Jair**, resolvemos dar baixa da empresa **MOBILOG LOGÍSTICA EM TRANSPORTES LTDA-EPP**, CNPJ. 09.355.375/0001-49, e **criarmos outra empresa sem as atividades secundárias passíveis de desclassificar o Simples Nacional**. (gn)

Não esqueçamos que os sócios da MOBILOG seriam Diogo Guerra Schenato e Jocelmar Serafini, mas, que, no entanto, quem determinava e decidia sobre a criação da empresa e de suas atividades, como fica claro na troca de correspondências eletrônicas mencionadas, era **Jair Gialdi** (ver fls. 1.758 a 1.766).

A criação fictícia de empresas pelo SIMPLES para se beneficiar de créditos indevidos das contribuições fica clara na resposta a seguir:

“Respondendo a solicitação, informo que a empresa foi inscrita na Receita Federal em janeiro/2008 e como expirou o prazo de 30 dias para o enquadramento no SIMPLES, esta empresa automaticamente estaria no Presumido e isto não seria de interesse da empresa”. (gn) (fl. 1374)

Veja que a MOBILOG sempre teve as figuras de Jair Gialdi e Vinissius Gialdi no seu controle, tanto que até as próprias assinaturas em procurações de Diogo (sócio da empresa) eram solicitadas para eles (ver fls. 1.379 a 1.380):

From: Arnaldo Junior

To: **Jair Móbile**

Cc: **Vinissius**

...

Acabei de fazer uma reunião com o Edilson e definimos os **próximos passos da legalização da MOBILOG CARGAS EXPRESSAS LTDA**.

1) Favor pedir para o Diogo assinar e reconhecer firma em cartório, das duas procurações anexas. Após este procedimento, me enviar por e-mail, se possível até amanhã e depois me encaminharem o original ...

From: **Vinissius [vinissius@mobiletransprotes.com.Br]**

...

Segue em anexo procuração scanneada....

Vinissius Gialdi (gn)

A criação de fachada da empresa MOBILOG fica clara em diversas outras provas juntadas aos autos a seguir discriminadas:

- As decisões da MOBILOG eram tomadas por Vinissius Gialdi, a quem se reportava o representante da empresa (Marcos Denis Gomes Osti) em situações perante o Ministério do Trabalho para Ajustamento de Conduta relativo ao limite de horas extras dos funcionários da empresa, assim como em acordos junto à Justiça do Trabalho (ver fl. 1.381 a 1.383, 1.763 e 1.764, e diálogos das correspondências eletrônicas apreendidas).

- Jair Gialdi e Vinissius Gialdi tinha procurações públicas para gerir e administrar a MOBILOG, inclusive, podendo pagar e receber contas, comprar e vender mercadorias, representar a empresa perante quaisquer estabelecimentos bancários, abrir e movimentar contas bancárias, emitir cheques, entre outros (ver fls. 329 a 332).

Em todos esses documentos não se observa a participação dos sócios que constavam no contrato social, Diogo e Jocelmar, o que levou a fiscalização a certeza da utilização de “laranjas” para a constituição da empresa.

Registre-se, ainda, que mesmo intimada e reintimada a MOBILOG não apresentou a sua escrituração contábil (fl. 1.766), não apresentando nem ao menos o Livro Caixa.

Observou-se também que a empresa no período de 2009 a 2011 acumulava significativos resultados negativos que tornariam a empresa totalmente inviável economicamente, somente se entendendo sua continuidade diante do esquema de ser uma empresa apenas interposta. De outro lado, apurou a fiscalização a redução deliberada dos valores das suas notas fiscais para que não ultrapassasse o limite anula da Receita Bruta permitida pelo SIMPLES NACIONAL. Isso fica evidenciado na mensagem eletrônica abaixo:

“From: Mobiline

To: Vinissius – Mobiline

Vini ...

Referente notas fiscais da MOBILOG, favor não enviar pedido para as filiais, pois fazendo a apuração do ano de 2011, o valor ultrapassou os 2.540.000,00 permitidos por lei. Vamos ver juntos amanhã este caso.

Atenciosamente

Cláudio Souza

De acordo com o Relatório Fiscal a constatação de que a receita bruta da MOBILOG iria ultrapassar o limite imposto pelo SIMPLES NACIONAL acarretou a criação de uma nova empresa, a PRO SERVICE (fl. 1.768), fazendo que a remuneração dos empregados fosse rateada entre ambas empresas e mantendo o limite do faturamento dentro do disposto na legislação.

Da criação das empresa MOBILOG e PRO SERVICE para se creditar indevidamente dos valores pagos aos empregados que lhe prestavam serviços

Argumenta-se nas defesas que apesar dessas empresas MOBILOG e PRO SERVICE serem independentes, o contribuinte *zelava pela manutenção das mesmas, inclusive, controlando o recolhimento de tributos e a adequação das empresas em face da legislação.*

Sobre as inúmeras correspondências eletrônicas juntadas aos autos que demonstram a verdadeira relação da MOBILINE com as outras empresas, é dito que desconsiderar as operações entre estas com bases em tais e-mails seria arbitrariedade.

Dessas trocas de mensagens observadas às fls. 1.385 a 1.462 ficou comprovado que quem determinava quais os valores que deveriam constar nas notas fiscais de prestações de serviço era Vinissius Gialdi, ou seja, o tomador, o cliente do serviço prestado.

Eis o *modus operandi*: o setor de RH da MOBILINE apurava o valor mensal da folha de pagamento e encargos (FGTS e 13º salário); o valor era encaminhado para o contador do Grupo Econômico, senhor Souza, o qual aplicava um percentual variável entre 10% a 25% sobre esses valores; planilhado tais valores, os mesmos eram enviados para Vinissius Gialdi, o qual encaminhava para as filiais da MOBILOG, mencionando a data da emissão e **qual o valor que deveria conter as notas fiscais.**

Esse *modus operandi* é comprovado pela troca de mensagens eletrônicas entre seus interlocutores (Souza e Vinissius Gialdi). Ver os diálogos e as planilhas juntadas às fls. 1.768 a 1.770.

Exclusividade na prestação de serviços da MOBILOG e da PRO SERVICE

Ao se verificar as notas fiscais de prestações de serviço emitidas pela MOBILOG foi possível no procedimento fiscalizatório constatar que há **exclusividade** na prestação de serviços dessa empresa para com a MOBILINE, pelo menos até 10/2011 (ver relação de notas fiscais nas fls. 1.463 a 1.467).

Da mesma forma, a fiscalização ao relacionar as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela PRO SERVICE constatou que houve emissão sequencial e unicamente para os estabelecimentos da MOBILINE (ver Tabelas das fls. 1.776 e 1.777).

Temos, portanto, mais uma demonstração de dependência dessa relação econômica.

Elementos que demonstram que a PRO SERVICE foi criada e administrada pela Família Gialdi

Da mesma forma que no tópico relativo a MOBILOG foram juntados aos autos um conjunto probatório que demonstra que a PRO SERVICE foi criada e administrada pela Família Gialdi, senão, vejamos:

- Iniciou as atividades tendo como sócios Valdecir José Invernizzi e Clauvir José Bresolin. Valdecir, embora sócio da PRO SERVICE, continuou sendo empregado da MOBILOG. Já Clauvir foi registrado como empregado da MOBILE.
- Foram outorgados através de procurações públicas poderes de gerência e administração para Vinissius Gialdi e Jair Gialdi (fls. 333 a 334). Podiam também pagar e receber contas, comprar e vender mercadorias, representar o outorgante perante quaisquer estabelecimentos bancários, abrir e movimentar contas bancárias, emitir cheques, entre outros.
- A empresa foi criada exclusivamente para ser mais uma optante do SIMPLES do Grupo Econômico, como se verifica na troca de mensagens eletrônicas das fls. 1.468 a 1.470, entre o contador Cláudio Souza e Vinissius Gialdi. Todos os itens dessa nova empresa foram definidos por Vinissius Gialdi (ver mensagens das fls. 1.771/1.773, 1.468/1.470).
- Também em mensagem por parte do escritório contábil Confiare ao senhor Onir se verifica o repasse dos registros de funcionários (fls. 1.471/1.472, 1.773/1.774).
- Em mensagens juntadas aos autos à fl. 1.473 entre os escritórios contábeis Vaccari e Competenza Contábil fica demonstrado que os valores das notas fiscais de serviço da PRO SERVICE são definidas única e exclusivamente com base nos valores das folhas de pagamento das filiais (ver também fls. 1.774/1.775):

“... ”

To: ‘Vacari Contabilidade’; vinissius@mobiletransportes.com.br,
souza@mobilietransportes.com.br ...

Subject: RES: Notas Pro Service

Vilson,

Teria algum problema de incluir todo o valor das despesas das filiais que não tem bloco de nota nas filiais que tem bloco de nota ao invés de multiplicar por 2?

No meu entendimento seria mais fácil de controlar se fosse assim. Dessa forma teríamos certeza que todas as despesas está sendo aproveitadas pela MOBILINE.

...

Temos que cuidar, pois estamos no limite mensal do SIMPLES, por enquanto estamos dentro da média ainda.” (gn)

- A maquiagem da Receita Bruta é clara, pois a apresentada na Declaração Anual do SIMPLES NACIONAL (DASN) não era nem ao menos superior, na maioria dos meses, aos salários pagos aos empregados (sem falar em todas outras despesas), como se pode verificar na Tabela da fl. 1.777. Da mesma forma, não eram contabilizadas todas as notas fiscais de prestações de serviços, sendo que na escrituração contábil constava apenas os salários dos empregados registrados no estabelecimento matriz (ver fl. 1.777).
- O des controle da simulação pode ser verificado, por exemplo, nas notas fiscais de prestação de serviços eletrônicas da filial da PRO SERVICE em Curitiba, que continham o mesmo número de telefone da filial da MOBILE/MOBILINE. Outro exemplo é nas NFS-e da filial do Rio de Janeiro, onde constava nas notas fiscais da PRO SERVICE o endereço eletrônico da MOBILE (admrj@mobiletransportes.com.br).
- Para cada recibo de salário da filial de Ubá da PRO SERVICE havia uma cópia de cheque emitido pela MOBILINE com valor exato do líquido a ser pago ao empregado

(ver fls. 1.480 a 1.509). O mesmo se verificou quanto ao 13º salário. Foi elaborada a Tabela da fl. 1.779 com o lançamento contábil da MOBILINE com as despesas relativas ao pagamento dos empregados da PRO SERVICE.

Diante de tal riqueza de elementos probatórios ficou devidamente demonstrado que a criação das empresas MOBILOG e PRO SERVICE foi uma tentativa de fugir das responsabilidades tributárias incidentes sobre a atividade exercida pela MOBILINE.

Foi juntado um acervo de provas que demonstram indubitavelmente a existência da simulação na prática dos atos empresariais através das interpostas.

As interpostas foram totalmente descaracterizadas como empresas, sendo demonstrado que suas criações não correspondiam à realidade. Fugiam totalmente aos requisitos que identificam uma empresa, senão vejamos:

a) Os simples registros das empresas nos respectivos órgãos objetivavam somente dar uma aparência de regularidade que não se sustentou diante do arcabouço de provas juntadas aos autos.

b) Ficou configurada a **ilicitude tributária** quando o contribuinte quer fazer parecer que uma outra empresa é responsável por determinada atividade e suas respectivas operações para obter benesses da legislação, quando isso não corresponde à verdade, ou seja, quando ele próprio é o responsável por essa atividade e todas as operações que são realizadas.

c) Observe-se que não existe uma vedação para o desmembramento de uma empresa em várias outras desde que isso seja feito de forma lícita e de fato, e não apenas para dar uma aparência de regularidade. **E o que temos nos autos é uma só unidade operando em todos os momentos, e a divisão feita é apenas formal.**

d) Os atos e os negócios jurídicos da MOBILINE para com as suas interpostas se caracterizavam pela simulação e não por um planejamento tributário lícito.

e) Inexistia autonomia e independência pelas interpostas, pois não eram elas que tomava as suas decisões na realização de suas atividades. Quem definia tudo o que ocorria eram membros da Família Gialdi. As interpostas não pagavam suas despesas, não tinham ativos e dispunham seus serviços de forma exclusiva para a MOBILINE.

f) Inexistência de risco que é inerente de uma atividade econômica por parte das interpostas.

g) Subordinação hierárquica das interpostas para com membros do Grupo Econômico.

Da imprestabilidade dos documentos apreendidos para comprovação da presunção fiscal

Entendem os impugnantes que os documentos apreendidos devem ser desqualificados e que não serviriam para comprovação da *presunção fiscal*. Não reconhecem e rejeitam as conclusões tiradas pela fiscalização de tal documentação e que constam nessa peça fiscal.

Há de se dizer que houve total litude em toda a documentação inicial apreendida, visto o Poder Judiciário ter encaminhado o Mandado de Busca e Apreensão a ser realizada na empresa, com base em pedido do Ministério Público Federal nos autos do processo 5005240- 14.2012.404.7113/RS.

Não procede a alegação de imprestabilidade de tais documentos, tendo em vista que foi respeitado o devido processo legal na sua obtenção.

De outro lado, se já não houvesse a determinação judicial, tem a fiscalização da Receita Federal a competência legal para solicitar ao contribuinte quaisquer documentos fiscais e contábeis, entre outros, assim como esclarecimentos e explicações que venha a entender necessários.

Todos os documentos apreendidos quando do Mandado de Busca e Apreensão foram lacrados na presença dos responsáveis a fim de servir de prova futura e evitar eventuais

alegações de adulteração do seu conteúdo original. A abertura dos mesmos foi feita na presença dos interessados.

De se frisar também que não se trata de presunção fiscal como dito nas impugnações, visto que o conjunto probatório juntado e já demonstrado anteriormente, refuta tal alegação. Sempre que tivermos um conjunto probatório robusto como desses autos não há de se falar em presunção fiscal, como bem define a jurisprudência administrativa, a seguir exemplificada:

Acórdão DRJ/BHE Nº 02-53232, de 2014

PRESUNÇÃO FISCAL.

*Sendo realizado um **conjunto probatório**, não se pode argumentar de uso de presunção fiscal ou de não se buscar a verdade material. (gn)*

Com isso, afirma-se que a fiscalização não se utilizou de presunção, mas dos documentos e das provas dos autos para caracterizar as empresas integrantes do Grupo Econômico.

Da responsabilidade solidária

Como vimos, praticamente quase todos argumentos das impugnações apresentadas pelos responsáveis solidários era convergente com o que foi contestado pelo contribuinte, tendo sido tratadas essas questões nos tópicos anteriores.

Porém, resta a análise dos questionamentos quanto à **própria responsabilidade solidária em si**, onde as três pessoas que foram arroladas - Jair Gialdi, Vinissius Gialdi e Carmila Gialdi - fazem contestação específica.

De forma geral, as contestações fazem as seguintes alegações sobre a impossibilidade da sujeição passiva solidária: I) ausência de comprovação de qualquer ato ilegal capaz de gerar obrigação tributária ao impugnante; II) desnecessidade de sujeição passiva solidária a terceiros em face da solvência da empresa; III) e impossibilidade da Receita Federal do Brasil imputar responsabilidade a terceiros, competência exclusiva da PGFN no âmbito de Ação Executiva Fiscal, entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Carmila Gialdi acrescenta a impossibilidade de imputar responsabilidade tributária a sócio não administrador, enquanto que Jair Gialdi fala da impossibilidade de imputar responsabilidade tributária a não sócio.

Nesse último aspecto que foi adicionado por dois dos responsáveis solidários, é de se dizer não se manifestou Vinissius Gialdi, visto ser por demais evidente que exercia a função de sócio-administrador da MOBILINE. E nesse ponto a jurisprudência administrativa é pacífica em caracterizar a solidariedade nos atos caracterizados como infração da lei:

Acórdão DRJ Nº 03-58936 de 2014, DRJ/BSB

SÓCIO-ADMINISTRADOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. *Os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado **são responsáveis** pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. (gn)*

A atuação dos três responsáveis foi enquadrada conforme explicitado no Relatório Fiscal de acordo com o estabelecido no inciso III, do art. 135, do Código Tributário Nacional:

“Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos: ...

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Haveria **plena ciência** dos arrolados da conduta do sujeito passivo em se utilizar de vantagens tributárias indevidas sobre a remuneração paga a pessoas físicas que lhe prestavam serviços. E o art. 124, do mesmo Código Tributário Nacional, dispõe sobre a

solidariedade no caso em que as pessoas tenham interesse comum na situação, o que é por demais evidente entre os três integrantes da Família Gialdi, e suas participações na gerência e na administração da sociedade:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

...

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Bem caracterizado esses aspectos em relação aos três responsáveis solidários, cabe comentar todos os outros pontos levantados nesse tópico pelas defesas.

No tocante a ausência de comprovação de qualquer ato ilegal capaz de gerar obrigação tributária ao impugnante, é de se dizer que a simulação identificada nas operações da MOBILINE juntamente com as interpostas do Grupo Econômico já foram devidamente esclarecidas no item 3 desse Voto. Ficou perfeitamente identificável que essas empresas foram criadas pelos elementos da Família Gialdi diante do amplo acervo probatório juntado aos autos (*localização das empresas; quadro social; procurações; pagamento das despesas; documentos apreendidos; transferências de empregados; correspondências eletrônicas; adiantamentos; relação dos motoristas; acertos de viagens; propriedade dos ativos; faturamento; orientações de terceiros; correspondências eletrônicas; determinação dos valores das notas fiscais de serviço; reclamações trabalhistas; etc.*).

Sobre a desnecessidade de sujeição passiva solidária a terceiros em face da solvência da empresa, também não há como se sustentar tal argumento, diante da literalidade do Código Tributário Nacional em determinar quem são aqueles que respondem solidariamente pelos atos da empresa.

Relativamente à impossibilidade da Receita Federal do Brasil imputar responsabilidade a terceiros, competência essa que seria exclusiva da PGFN no âmbito de Ação Executiva Fiscal, o que ocorre é exatamente o contrário, ou seja, o entendimento é que deva ser oportunizado o contraditório desde que constituído o crédito, vindo isso em favor dos próprios envolvidos.

Realmente o tema era por demais discutido na esfera administrativa. Tal dúvida, porém, foi dirimida através da Portaria Conjunta PGFN/RF nº 8/2012 e pela Nota GT Responsabilidade Tributária nº 1, de 17/12/2010, onde é disposto claramente que quando do lançamento de ofício devem constar todos os responsáveis tributários. Vejamos:

“... O lançamento de ofício deve ser efetuado contra o contribuinte e todos os responsáveis tributários sempre que, no procedimento de constituição do crédito tributário, forem identificadas hipóteses de pluralidade de sujeitos passivos ...”. (gn)

Aliás, o Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009 já dispunha que a autoridade administrativa do Fisco poderia declarar essa obrigação do responsável, fosse ou não constituída através do lançamento:

“... a responsabilidade do administrador não tem natureza de obrigação tributária em sentido estrito, porquanto não decorre de fato lícito, mas sim ato ilícito (art. 3º, CTN); logo sua obrigação não precisa ser “constituída” por lançamento, bastando que seja “declarada”, seja por autoridade administrativa do Fisco, seja pelo Procurador da Fazenda (por meio da CDA), seja pela autoridade judicial ...” (gn)

A jurisprudência do STF também é firme e categórica em entender que em nome dos princípios do contraditório e da ampla defesa deva ser oportunizada pela autoridade fiscal a manifestação dos responsáveis solidários desde a constituição do crédito tributário:

AG. RG no Recurso Extraordinário 608.426 – Paraná

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

“Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários, etc.)”.

Portanto, sem reparos a serem feitos quanto a esse aspecto.

Quanto ao ponto específico da alegação de Carmila Gialdi da impossibilidade de lhe imputar responsabilidade tributária por não ser sócia-administradora, não tem como prosperar, pois a mesma tinha sim poderes de gerência e de administração da MOBILINE, não só como sócia, mas exercendo, inclusive, a função de Diretora Administrativa:

*“... a Sra. Carmila possui o cargo de **Diretora Administrativa** e recebe remuneração pela sua atividade ...”. (Contrato Social e alterações às fls. 246 a 288, e Relatório Fiscal à fl. 1.731) (gn)*

Não é crível que no cargo de Diretora Administrativa não tivesse conhecimento de todas essas operações irregulares cometidas pela empresa. E como **sócia e Diretora Administrativa**, conseqüentemente exercia as atividades de gerência da MOBILINE, o que acarretaria em sua responsabilidade pelos atos praticados pela empresa:

Acórdão DRJ Nº 08-28072 de 2013, DRJ/FOR

SUJEIÇÃO PASSIVA. CARACTERIZAÇÃO. É solidária a responsabilidade do sócio gerente pelos créditos decorrentes de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com infração à lei ou ao contrato social.

Já o responsável solidário Jair Gialdi fala da impossibilidade de imputar responsabilidade tributária a não sócio. Realmente se nos restringirmos somente ao contrato social da empresa, teria razão o senhor Jair. No entanto, a realidade verificada é outra diante da riqueza de elementos juntados a esses autos apontando em caminho contrário, ou seja, que ele exercia sim a gerência e administração dessa e de outras empresas do Grupo Econômico. Tal conclusão é baseada nos seguintes elementos:

- possuía procuração pública com amplos poderes de administração e de gerência sobre a MOBILINE.
- possuía procuração pública com amplos poderes de administração e de gerência sobre a MOBILOG.
- possuía procuração pública com amplos poderes de administração e de gerência da PRO SERVICE.
- era sócio gerente na função de Diretor Administrativo e Financeiro da MOBILE, empresa que compunha o Grupo Econômico.
- foi o responsável pela abertura da empresa MOBILOG, assim como definiu suas atividades, comprovada essa responsabilidade por diversas correspondências eletrônicas juntadas aos autos.

Conforme o Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça **define a responsabilidade na condição de gerência**, e não na condição de sócio:

Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009

“A responsabilidade do dito “sócio-gerente”, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de “gerente” (administrador), e não da sua condição de sócio”.

Nos casos de Carmila Gialdi e Jair Gialdi vale a pena reproduzir mais alguns trechos do Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009:

b) A responsabilidade do administrador, por força do art. 135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito;

c) Para efeito de aplicação do art. 135, III, do CTN, responde também a pessoa que, de fato, administra a pessoa jurídica, ainda que não constem seus poderes expressamente do estatuto ou contrato social. (gn)

Por fim, vale ainda frisar que Vinissius Gialdi, além de ser sócio administrador da MOBILINE, também possuía procurações públicas lhe dando amplos poderes de administração e de gerência sobre a MOBILOG e PRO SERVICE. Em que pese a gerência da MOBILINE e os poderes que exercia sobre as outras empresas interpostas, também consta como segurado empregado da MOBILE/POSI-CARGO na função de Relações Públicas, que tinha como sócio administrador Jair Gialdi.

Dessa forma, bem configurada a caracterização do Grupo Econômico, ou como consta no Relatório Fiscal, Grupo Gialdi, atribuindo-se a responsabilidade solidária a todas aqueles que respondem pelas obrigações tributárias, com poderes de gerência, e que tinham conhecimento das irregularidades que foram cometidas:

Acórdão DRJ Nº 02-51906 de 2013, DRJ/BHE

GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Constatados os elementos necessários à caracterização de grupo econômico de fato, deve a autoridade fiscal atribuir a responsabilidade pelo crédito previdenciário a todas as empresas integrantes daquele grupo. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da lei tributária.

Da inaplicabilidade da multa qualificada

Nesse ponto a reclamação é no sentido de ser inaplicável a multa qualificada (150%), tendo em vista a não comprovação da conduta dolosa do contribuinte.

De se esclarecer primeiramente que foram aplicados dois percentuais de multa de ofício nesses autos, 75% e 150%, o primeiro para os períodos e valores relativos às glosas de créditos não caracterizados como insumos, e o segundo para os créditos glosados caracterizados como simulação diante dos fatos já por aqui demais narrados.

A questão da constatação e da simulação já foi tratada no item 3 desse Voto. Diante disso, no Relatório Fiscal, à fl. 1.790, foi aplicada a multa qualificada devido a conduta dolosa do contribuinte se enquadrar no conceito de sonegação, fraude e conluio previsto na Lei nº 4.502/64, mais precisamente nos seus artigos 71, 72 e 73:

Art. 68. A autoridade fixará a pena de multa partindo da pena básica estabelecida para a infração, como se atenuantes houvesse, só a majorando em razão das circunstâncias agravantes ou qualificativas provadas no processo.

(...)

§ 2º São circunstâncias qualificativas a sonegação, a fraude e o conluio.

(...)

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais.

II – das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos no art. 71 e 72.

A multa qualificada, portanto, está firmada na caracterização de sonegação, de fraude ou de conluio nos termos da Lei nº 4.502/64. Isso impõe multa de ofício qualificada de 150% conforme o § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (gn)

Deve, assim, ser aplicada a multa qualificada por expressa previsão legal.

13) Do abatimento/amortização dos valores pagos pelo SIMPLES

De forma alternativa, querem os impugnantes o abatimento/amortização dos valores que foram pagos pelo SIMPLES, caso venha a se entender que restou comprovado que as empresas MOBILINE e PRO SERVICE faziam parte do grupo econômico.

Primeiramente é de dizer que não é juntado aos autos nenhuma comprovação de que foram realizados tais recolhimentos, condição imprescindível para verificação da liquidez e da certeza do crédito tributário.

Faz-se necessário um comentário sobre a menção de que sejam compensados no Auto de Infração os valores mensais relativos aos recolhimentos feitos pelas empresas interpostas na sistemática do SIMPLES. A impugnação de lançamento não é o meio adequado para pleitos dessa espécie nos termos do art. 49, da Lei 10.637/2002 (art. 74, da Lei nº 9.430/96):

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

No caso específico do SIMPLES dispõe a Instrução Normativa RFB nº 1.300, de 20/11/2012, a forma como tais valores poderão ser restituídos, não sendo possível a compensação:

Art. 3º. ...

§ 12. O pedido de restituição de tributos administrados pela RFB, abrangidos pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, deverá ser formalizado por meio do formulário Pedido de Restituição ou Ressarcimento, constante do Anexo I a esta Instrução Normativa, inclusive o decorrente de retenção indevida, ressalvada a hipótese do art. 8º.

Art. 41. ...

§ 3º Não poderão ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º:

XII - os tributos apurados na forma do Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006.

Além disso, a Delegacia de Julgamento não é órgão originário para apreciação de pleito dessa natureza.

Glosa de Insumos.

A recorrente alega que a não-cumulatividade do PIS e da Cofins não pode ser confundida ou equiparada aos casos do IPI e do ICMS, devendo ser consideradas todas as

despesas do contribuinte, devido a essas contribuições incidirem sobre o total das receitas. Afirma que as glosas efetuadas referem-se às despesas de comunicação, despesas financeiras e despesas de arrendamento mercantil. Quanto às despesas com arrendamento mercantil, a recorrente se reserva ao direito de prova pericial. Quanto às despesas de comunicação e financeiras, assevera que são indispensáveis ao exercício de sua atividade econômica.

A pedra angular do litígio posta neste capítulo recursal se restringe à interpretação das leis que instituíram o PIS e a Cofins não-cumulativos. A celeuma que embasa a maior parte dos processos envolvendo o tema diz respeito ao alcance do termo “insumo” para fins de obtenção do valor do crédito das exações a serem compensadas/ressarcidas.

O Conselheiro José Renato Pereira de Deus, no processo nº 13502.720849/2011-55 de sua relatoria, enfrentou o tema com maestria, profundidade e didática, de sorte que reproduzo seu voto para embasar minha opinião sobre o conceito, e por consequência, minhas razões de decidir, *in verbis*:

II.2.2 - Conceito de Insumo

No mérito, inicialmente, exponho o entendimento deste relator acerca da definição do termo "insumos" para a legislação da não-cumulatividade das contribuições.

A respeito da definição de insumos, a não-cumulatividade das contribuições, embora estabelecida sem os parâmetros constitucionais relativos ao ICMS e IPI, foi operacionalizada mediante o confronto entre valores devidos a partir do auferimento de receitas e o desconto de créditos apurados em relação a determinados custos, encargos e despesas estabelecidos em lei. A apuração de créditos básicos foi dada pelos artigos 3º das Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003.

A regulamentação da definição de insumo foi dada, inicialmente, pelo artigo 66 da IN SRF nº 247/2002, e artigo 8º da IN SRF nº 404/2004, as quais adotaram um entendimento restritivo, calcado na legislação do IPI, especialmente quanto à expressão de bens utilizados como insumos.

A partir destas disposições, três correntes se formaram: a defendida pela Receita Federal, que utiliza a definição de insumos da legislação do IPI, em especial dos Pareceres Normativos CST nº 181/1974 e nº 65/1979. Uma segunda corrente que defende que o conceito de insumos equivaleria aos custos e despesas necessários à obtenção da receita, em similaridade com os custos e despesas dedutíveis para o IRPJ, dispostos nos artigos 289, 290, 291 e 299 do RIR/99. E, uma terceira corrente, que defende, com variações, um meio termo, ou seja, que a definição de insumos não se restringe à definição dada pela legislação do IPI e nem deve ser tão abrangente quanto a legislação do imposto de renda.

Para dirimir todas as peculiaridades que envolve a questão do crédito de PIS/COFINS, o STJ julgou a matéria, na sistemática de como recurso repetitivo, no REsp 1.221.170/PR, em 22/02/2018, com publicação em 24/04/2018.

"Pacificando" o litígio, o STJ julgou a matéria, na sistemática de recurso repetitivo, no REsp 1.221.170/PR, em 22/02/2018, com publicação em 24/04/2018, o qual restou decidido com a seguinte ementa:

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. NÃO-CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. CONCEITO DE INSUMOS. DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL. DESCABIMENTO. DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA. RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E,

NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015).

1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3o., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.

2. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, a pós o realinhamento feito, conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que lavrará o ACÓRDÃO.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina. O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (voto-vista), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (que se declarou habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília/DF, 22 de fevereiro de 2018 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

MINISTRO RELATOR

A PGFN opôs embargos de declaração e o contribuinte interpôs recurso extraordinário. Não obstante a ausência de julgamento dos embargos opostos, a PGFN emitiu a Nota SEI nº 63/2018, com a seguinte ementa:

Recurso Especial nº 1.221.170/PR Recurso representativo de controvérsia. Ilegalidade da disciplina de creditamento prevista nas IN SRF nº 247/2002 e 404/2004. Aferição do conceito de insumo à luz dos critérios de essencialidade ou relevância.

Tese definida em sentido desfavorável à Fazenda Nacional. Autorização para dispensa de contestar e recorrer com fulcro no art. 19, IV, da Lei nº 10.522, de 2002, e art. 2º, V, da Portaria PGFN nº 502, de 2016.

Nota Explicativa do art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014.

O item 42 da nota reproduz o acatamento da definição dada no julgamento do repetitivo, nos seguintes termos:

"42. Insumos seriam, portanto, os bens ou serviços que viabilizam o processo produtivo e a prestação de serviços e que neles possam ser direta ou indiretamente empregados e cuja subtração resulte na impossibilidade ou inutilidade da mesma prestação do serviço ou da produção, ou seja, itens cuja subtração ou obste a atividade da empresa ou acarrete substancial perda da qualidade do produto ou do serviço daí resultantes.

43. O raciocínio proposto pelo "teste da subtração" a revelar a essencialidade ou relevância do item é como uma aferição de uma "conditio sine qua non" para a produção ou prestação do serviço.

Busca-se uma eliminação hipotética, suprimindo-se mentalmente o item do contexto do processo produtivo atrelado à atividade empresarial desenvolvida. Ainda que se observem despesas importantes para a empresa, inclusive para o seu êxito no mercado, elas não são necessariamente essenciais ou relevantes, quando analisadas em cotejo com a atividade principal desenvolvida pelo contribuinte, sob um viés objetivo.

[...]

64. Feitas essas considerações, conclui-se que, por força do disposto nos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19, da Lei nº 10.522, de 2002, a Secretaria da Receita Federal do Brasil deverá observar o entendimento do STJ de que:

"(a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Lei nº 10.637/2002 e 10.833/2003;

e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

65. Considerando a pacificação da temática no âmbito do STJ sob o regime da repercussão geral (art. 1.036 e seguintes do CPC) e a consequente inviabilidade de reversão do entendimento desfavorável à União, a matéria apreciada enquadra-se na previsão do art. 19, inciso IV, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002[5] (incluído pela Lei nº 12.844, de 2013), c/c o art. 2º, V, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, os quais autorizam a dispensa de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, por parte da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

66. O entendimento firmado pelo STJ deverá, ainda, ser observado no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos dos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19, da Lei nº 10.522, de 2002[6], cumprindo-lhe, inclusive, promover a adequação dos atos normativos pertinentes (art. 6º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01, de 2014).

67. Por fim, cumpre esclarecer que o precedente do STJ apenas definiu abstratamente o conceito de insumos para fins da não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS. Destarte, tanto a dispensa de contestar e recorrer, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como a vinculação da Secretaria da Receita Federal do Brasil estão adstritas ao conceito de insumos que foi fixado pelo STJ, o qual afasta a definição anteriormente adotada pelos órgãos, que era decorrente das Instruções Normativas da SRF nº 247/2002 e 404/2004.

68. Ressalte-se, portanto, que o precedente do STJ não afasta a análise acerca da subsunção de cada item ao conceito fixado pelo STJ. Desse modo, tanto o Procurador da Fazenda Nacional como o Auditor-Fiscal que atuam nos processos nos quais se questiona o enquadramento de determinado item como insumo ou não para fins da não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS estão obrigados a adotar o conceito de insumos definido pelo STJ e as balizas contidas no RESP nº 1.221.170/PR, mas não estão obrigados a, necessariamente, aceitar o enquadramento do item questionado como insumo. Deve-se, portanto, diante de questionamento de tal ordem, verificar se o item discutido se amolda ou não na nova conceituação decorrente do Recurso Repetitivo ora examinado.

69. Ante o exposto, propõe-se seja autorizada a dispensa de contestação e recursos sobre o tema em enfoque, com fulcro no art. 19, IV, da Lei nº 10.522, de 2002, c/c o art. 2º, V, da Portaria PGFN nº 502, de 2016, nos termos seguintes:"

Em seguida, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, analisando a decisão proferida no REsp 1.221.170/PR, emitiu o Parecer Normativo nº 5/2018, com a seguinte ementa:

Ementa. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP. COFINS. CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE. INSUMOS. DEFINIÇÃO ESTABELECIDADA NO RESP 1.221.170/PR. ANÁLISE E APLICAÇÕES.

Conforme estabelecido pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.221.170/PR, o conceito de insumo para fins de apuração de créditos da não cumulatividade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou da relevância do bem ou serviço para a produção de bens destinados à venda ou para a prestação de serviços pela pessoa jurídica.

Consoante a tese acordada na decisão judicial em comento:

a) o “critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço”:

a.1) “constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço”;

a.2) “ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência”;

b) já o critério da relevância “é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja”:

b.1) “pelas singularidades de cada cadeia produtiva”;

b.2) “por imposição legal”.

Dispositivos Legais. Lei nº 10.637, de 2002, art. 3º, inciso II; Lei nº 10.833, de 2003, art. 3º, inciso II.

Referido parecer, analisando o julgamento do REsp 1.221.170/PR, reconheceu a possibilidade de tomada de créditos como insumos em atividades de produção como um todo, ou seja, reconhecendo o insumo do insumo (item 3 do parecer), EPI, testes de qualidade de produtos, tratamento de efluentes do processo produtivo, vacinas aplicadas em rebanhos (item 4 do parecer), instalação de selos exigidos pelo MAPA, inclusive o transporte para tanto (item 5 do parecer), os dispêndios com a formação de bens sujeitos à exaustão, despesas do imobilizado lançadas diretamente no resultado, despesas de manutenção dos ativos responsáveis pela produção do insumo e o do produto, moldes e modelos, inspeções regulares em bens do ativo imobilizado da produção, materiais e serviços de limpeza, desinfecção e dedetização dos ativos produtivos (item 7 do parecer), dispêndios de desenvolvimento que resulte em ativo intangível que efetivamente resulte em insumo ou em produto destinado à venda ou em prestação de serviços (item 8.1 do parecer), dispêndios com combustíveis e lubrificantes em a) veículos que suprem as máquinas produtivas com matéria-prima em uma planta industrial; b) veículos que fazem o transporte de matéria-prima, produtos intermediários ou produtos em elaboração entre estabelecimentos da pessoa jurídica; c) veículos utilizados por funcionários de uma prestadora de serviços domiciliares para irem ao domicílio dos clientes; d) veículos utilizados na atividade-fim de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de transporte (item 10 do parecer), testes de qualidade de matérias-primas, produtos em elaboração e produtos acabados, materiais fornecidos na prestação de serviços (item 11 do parecer).

Por outro lado, entendeu que o julgamento (questões estas que não possuem caráter definitivo e que podem ser revistas em julgamento administrativo) não daria margem à tomada de créditos de insumos nas atividades de revenda de bens (item 2 do parecer), alvará de funcionamento e atividades diversas da produção de bens ou prestação de

serviços (item 4 do parecer), transporte de produtos acabados entre centros de distribuição ou para entrega ao cliente (nesta última situação, tomaria crédito como frete em operações de venda), embalagens para transporte de produtos acabados, combustíveis em frotas próprias (item 5 do parecer), ferramentas (item 7 do parecer), despesas de pesquisa e desenvolvimento de ativos intangíveis mal-sucedidos ou que não se vinculem à produção ou prestação de serviços (item 8.1 do parecer), dispêndios com pesquisa e prospecção de minas, jazidas, poços etc de recursos minerais ou energéticos que não resultem em produção (esforço mal-sucedido), contratação de pessoa jurídica para exercer atividades terceirizadas no setor administrativo, vigilância, preparação de alimentos da pessoa jurídica contratante (item 9.1 do parecer), dispêndios com alimentação, vestimenta, transporte, educação, saúde, seguro de vida para seus funcionários, à exceção da hipótese autônoma do inciso X do artigo 3º (item 9.2 do parecer), combustíveis e lubrificantes utilizados fora da produção ou prestação de serviços, exemplificando a) pelo setor administrativo; b) para transporte de funcionários no trajeto de ida e volta ao local de trabalho; c) por administradores da pessoa jurídica; e) para entrega de mercadorias aos clientes; f) para cobrança de valores contra clientes (item 10 do parecer), auditorias em diversas áreas, testes de qualidade não relacionados com a produção ou prestação de serviços (item 11 do parecer).

Em resumo, considerando a decisão proferida pelo STJ e o posicionamento do Parecer Normativo Cosit 05/2018, temos as seguintes premissas que devem ser observadas pela empresa para apuração do crédito de PIS/COFINS: 1. **Essencialidade**, que diz respeito ao item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência; 2. **Relevância**, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual - EPI), distanciando-se, nessa medida, da aceção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço.

Portanto, para análise da subsunção do bem ou serviço ao conceito de insumo, mister se faz a apuração da sua essencialidade e relevância ao processo produtivo da sociedade. Com essas considerações, passa-se à análise do caso concreto.

Cravado o caminho a percorrer para o bem ou serviço ser considerado como insumo na não-cumulatividade das contribuições, passa-se ao caso concreto.

Mais uma vez vou me socorrer da decisão recorrida para identificar os bens/serviços que a recorrente busca caracterizar como insumos:

5.3.1.) Despesas com Comunicação

O contribuinte apropriou créditos de despesas com pagamentos de serviços de comunicações, conforme se verifica às fls. 1.617 a 1.693. Tais despesas consistem em pagamentos de contas telefônicas das diversas filiais, assim como despesas com telefones móveis e serviços de rádio (rubricas contábeis correspondentes as Contas 229 e 192). A Tabela com essas glosas se encontra na fl. 1.792.

Entendo que as despesas com comunicações não subsumem-se ao conceito de insumo consagrado pela jurisprudência do STJ, tendo em vista que objeto social da recorrente é de transporte de cargas e as referidas despesas não são essenciais ou relevantes para o desempenho de seu serviço.

5.3.2.) Despesas Financeiras

O contribuinte foi intimado a comprovar a origem e apresentar documentação comprobatória dos créditos de PIS e de Cofins referentes aos valores lançados como despesas financeiras (fls. 158 a 161). Como resposta foi dito pela MOBILINE que *“pela complexidade da informação declarada, nos encontramos impossibilitados de prestar esclarecimentos ou anexar documentos comprobatórios dos valores apropriados”* (fls. 164 e 165).

Ora, não existe como o contribuinte querer se beneficiar de créditos para diminuir os valores devidos das contribuições quando se considere impossibilitado de prestar esclarecimentos ou apresentar os devidos documentos comprobatórios sobre tais créditos.

A fiscalização ainda procurou identificar na contabilidade da empresa a origem dessas despesas financeiras, constatando que se referiam a valores de arrendamento mercantil (Leasing). Dessa forma, os valores de despesas com Leasing foram considerados como créditos na apuração das bases de cálculo das contribuições. Os valores superiores a esses, **não comprovados e nem esclarecidos pela empresa**, foram devidamente glosados, conforme a Tabela da fl. 1.793.

A MOBILINE além de não comprovar os créditos utilizados em excesso ao que teria direito durante a fiscalização, novamente em sua impugnação não apresentou nenhuma comprovação, pedindo prova pericial para que fossem apurados os valores de arrendamento mercantil. Ocorre que não procede tal pedido, pois esses valores já foram considerados pela fiscalização, conforme a própria contabilidade apresentada pelo contribuinte, quando da verificação da conta contábil nº 3.4.02.02.55701. Os valores excedentes é que estão para serem explicados pela empresa, a qual, no entanto, não aproveitou mais uma oportunidade em fazê-lo.

Pela simples leitura da decisão recorrida, resta evidente que a glosa realizada pela fiscalização se restringiu ao valor excedente sob a rubrica de despesas com leasing que não fora comprovada pelas recorrentes. Pois o valor comprovado foi considerado pela fiscalização.

Portanto, estamos diante de uma glosa por falta de prova e não pela sua desqualificação como insumo. Como as recorrentes não apresentaram até a presente data nenhum documento probatório, não há motivos para reforma da decisão recorrida neste capítulo.

Forte nestes argumentos, mantenho as glosas efetuadas pela Fiscalização.

Exclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Pelo recurso voluntário as recorrentes busca que seja excluído o eventual ICMS das bases de cálculo do PIS e da Cofins, citando julgamento do STF. É também dito que embora os montantes de ICMS sejam cobrados do comprador da mercadoria de forma agregada ao preço desta, não se qualificariam, no entanto, como receitas.

Sobre o tema utilizo as razões de decidir do I. Conselheiro Walker Araújo, no processo administrativo nº 13819.002780/2008-15 (acórdão **3302-006.452**).

Em relação à inclusão ou não do ICMS na base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep e da COFINS, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no RE 574.706, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o ICMS não integra a base de cálculo das Contribuições referentes ao PIS e da COFINS.

Contra a decisão proferida no RE 574.706, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional opôs embargos declaratórios da decisão, pleiteando a modulação temporal dos seus efeitos e realizou outros questionamentos, em especial, se o valor a ser excluído é somente aquele relacionado ao arrecadado a título de ICMS e/ou se o valor a ser excluído da base de cálculo abrange, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída, sendo que referidos questionamentos aguardam sua análise e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, em que se pese inexistir trânsito em julgado da decisão proferida pela Suprema Corte, entendo que se tornou definitiva a matéria quanto ao direito do contribuinte ao menos de excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, restando àquela Corte apenas decidir se o direito de exclusão será concedido em maior extensão, abrangendo, além do arrecadado, aquele destacado em Notas Fiscais de Saída.

A respeito do direito do contribuinte excluir da base de cálculo do PIS/COFINS a parcela do ICMS pago ou a recolher, matéria está incontroversa no RE 574.706, temos a Solução de Consulta Interna nº 13 - Cosit, de 18 de outubro de 2018, emitida nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Contribuição para o PIS/Pasep do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei nº 9.715, de 1998, art. 2º; Lei nº 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei nº 10.637, de 2002, arts. 1º, 2º e 8º; Decreto nº 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 1.252, de 2012; Convenio ICMS nº 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 9, de 2008; Protocolo ICMS nº 77, de 2008.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de cumprimento das decisões judiciais transitadas em julgado que versem sobre a exclusão do ICMS da base de cálculo da Cofins, no regime cumulativo ou não cumulativo de apuração, devem ser observados os seguintes procedimentos:

a) o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição e o valor mensal do ICMS a recolher, conforme o entendimento majoritário firmado no julgamento do Recurso Extraordinário no 574.706/PR, pelo Supremo Tribunal Federal;

b) considerando que na determinação da Cofins do período a pessoa jurídica apura e escritura de forma segregada cada base de cálculo mensal, conforme o Código de Situação tributária (CST) previsto na legislação da contribuição, faz-se necessário que seja segregado o montante mensal do ICMS a recolher, para fins de se identificar a parcela do ICMS a se excluir em cada uma das bases de cálculo mensal da contribuição;

c) a referida segregação do ICMS mensal a recolher, para fins de exclusão do valor proporcional do ICMS, em cada uma das bases de cálculo da contribuição, será determinada com base na relação percentual existente entre a receita bruta referente a cada um dos tratamentos tributários (CST) da contribuição e a receita bruta total, auferidas em cada mês;

d) para fins de proceder ao levantamento dos valores de ICMS a recolher, apurados e escriturados pela pessoa jurídica, devem-se preferencialmente considerar os valores escriturados por esta, na escrituração fiscal digital do ICMS e do IPI (EFD-ICMS/IPI), transmitida mensalmente por cada um dos seus estabelecimentos, sujeitos a apuração do referido imposto; e

e) no caso de a pessoa jurídica estar dispensada da escrituração do ICMS, na EFD-ICMS/IPI, em algum(uns) do(s) período(s) abrangidos pela decisão judicial com trânsito em julgado, poderá ela alternativamente comprovar os valores do ICMS a recolher, mês a mês, com base nas guias de recolhimento do referido imposto, atestando o seu recolhimento, ou em outros meios de demonstração dos valores de ICMS a recolher, definidos pelas Unidades da Federação com jurisdição em cada um dos seus estabelecimentos.

Dispositivos Legais: Lei no 9.718, de 1998, arts. 2º e 3º; Lei no 10.833, de 2003, arts. 1º, 2º e 10; Decreto no 6.022, de 2007; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.009, de 2009; Instrução Normativa Secretaria da Receita Federal do Brasil no 1.252, de 2012; Convenio ICMS no 143, de 2006; Ato COTEPE/ICMS no 9, de 2008; Protocolo ICMS no 77, de 2008.

Portanto, uma vez comprovado a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições e demonstrado o efetivo recolhimento, é lícito a sua posterior exclusão.

Ocorre que mais uma vez as recorrentes não apresentaram documentos que demonstrassem que houve a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições e que ele foi recolhido. Suas alegações foram de forma genérica, sem apresentar valores, nem especificar quais parcelas de ICMS que teriam sido incluídas nas bases de cálculo.

Diante desse quadro, nego provimento a este capítulo recursal.

Análise de inconstitucionalidade de lei. Caráter Confiscatório das penalidades.

As recorrentes alegam que o percentual da multa aplicada teria caráter confiscatório e ofenderia aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Afirma, outrossim, que o CARF pode enfrentar argumentos de inconstitucionalidade de uma norma legal.

A impossibilidade do CARF enfrentar argumentos que versem sobre a inconstitucionalidade de lei já é matéria pacificada por intermédio do Enunciado de Súmula CARF nº 2.

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Sendo assim, nego provimento a este capítulo recursal.

Aplicação da taxa Selic

As recorrentes pretendem afastar a aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários constituídos nestes autos. Afirmam que a legislação civil determina uma taxa de juros de 12% ao ano, e que o CTN, em seu art. 161, também determina esse mesmo percentual, ou seja, 1% ao mês. Ultrapassar esse limite configuraria delito de usura. Concluem que devem ser excluídos dos débitos todas as correções trazidas pela Taxa Selic.

Acontece que essa matéria já se encontra definida para toda Administração Tributária pelo Enunciado vinculante de Súmula CARF nº 4, que assim dispõem:

Súmula CARF nº 4

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Com base na súmula acima transcrita, nego provimento a este capítulo recursal.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, afasto as preliminares suscitadas e, no mérito, nego provimento ao recurso.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Gilson Macedo Rosenburg Filho

