



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



|                    |  |
|--------------------|--|
| <b>PROCESSO</b>    | <b>10825.721566/2017-85</b>                                  |
| <b>ACÓRDÃO</b>     | 3301-014.699 – 3ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA         |
| <b>SESSÃO DE</b>   | 12 de novembro de 2025                                       |
| <b>RECURSO</b>     | DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO                                       |
| <b>RECORRENTES</b> | INDÚSTRIAS TUDOR S.P. DE BATERIAS LTDA E<br>FAZENDA NACIONAL |

**Assunto: Processo Administrativo Fiscal**

Exercício: 2012, 2013, 2014, 2015

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. Nos termos sedimentados pela Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, o que não se confunde com a análise de eventual ilegalidade praticada no ato administrativo de lançamento.

PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência e perícia quando presentes nos autos elementos capazes de formar a convicção do julgador, bem como quando não preenchidos os requisitos legais previstos para sua formulação.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório quando a contribuinte demonstra ter pleno conhecimento dos fatos imputados pela fiscalização, bem como da legislação tributária aplicável, exercendo seu direito de defesa de forma ampla nos apelos apresentados.

MUDANÇA DA CRITÉRIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Somente o erro de direito tem o condão de impedir a ajuste do lançamento tributário já devidamente formalizado. Eventual mudança de critério jurídico do lançamento, não implica nulidade do lançamento, e, sim, sua improcedência.

LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL E OBRIGATÓRIA.

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação, como por exemplo, quando há declaração de imprestabilidade das demonstrações contábeis do sujeito passivo. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo

com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário. Contudo, sendo identificada alguma das hipóteses legais de arbitramento, a apuração pelo lucro arbitrado se torna obrigatória.

LUCRO ARBITRADO. IMPRESTABILIDADE DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. OMISSÃO DE RECEITAS.

A omissão de receitas, que se mostra relevante e feita de forma reiterada, sendo comprovada, inclusive, quando da análise de controles e planilhas apreendidos pela fiscalização e que eram mantidos à margem das demonstrações contábeis, autoriza a declaração de imprestabilidade da contabilidade e, por consequência, o arbitramento do lucro do contribuinte QUALIFICADA.

Comprovadas condutas e omissões dolosas do contribuinte no sentido que preconiza o artigo 72, da Lei 4.502/64, praticadas no sentido de ocultar, excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, correta a qualificação da multa, nos termos definidos pela legislação. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN. Na imputação de responsabilidade tributária, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, é dever da fiscalização comprovar o interesse comum dos responsáveis no nascimento da obrigação tributária. Não se admite a imputação de responsabilidade com base neste dispositivo apenas pelo fato da pessoa física ser sócia da entidade.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN. GRUPO ECONÔMICO. Admite-se a imputação de responsabilidade tributária, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, quando a fiscalização comprovar que a pessoa jurídica, pertencente ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo, tiver praticado atos em conjunto com este, que deram causa ao nascimento da obrigação tributária. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. ART. 135, III DO CTN.

Cabe à fiscalização demonstrar e comprovar condutas praticadas pelo sócioadministrador, nos termos definidos no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional, para que possa ser atribuída a esse a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário. Não estando, no Auto de Infração lavrado, demonstradas aquelas condutas, deve ser afastada a responsabilidade atribuída pela fiscalização.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e, por unanimidade de votos, em dar provimento aos recursos voluntários dos responsáveis Milton José Tessari; Itamar Crivelli; Péricles José Ramos Mendes; Sérgio Luís Fioravante; Edson David Marques da Silva e Cezar Augusto Pereira Machado; em dar provimento parcial aos recursos dos responsáveis José Ricardo de Miranda; Dalilo Bilches Medinas e José Carlos Caminha, para afastar a imputação com base no art. 124, inc. I do CTN, mantendo a imputação de responsabilidade com base no artigo 135, inciso III do CTN; em negar provimento ao recurso voluntário do responsável Indústria Tudor MG de Baterias Ltda. e não conhecer do recurso voluntário do contribuinte INDUSTRIAS TUDOR S.P. DE BATERIAS por concomitância, vencida a Conselheira Rachel Freixo Chaves que dava provimento para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Márcio José Pinto Ribeiro.

*Assinado Digitalmente*

**Rachel Freixo Chaves** – Relator

*Assinado Digitalmente*

**Paulo Guilherme Deroulede** – Presidente

*Assinado Digitalmente*

Márcio José Pinto Ribeiro – Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os (as) Conselheiros (as) Marcio Jose Pinto Ribeiro, Bruno Minoru Takii, Marco Unaian Neves de Miranda (substituto[a] integral), Rachel Freixo Chaves, Keli Campos de Lima, Paulo Guilherme Deroulede (Presidente).

## RELATÓRIO

1. Trata-se de autos de infração por meio dos quais foram constituídos créditos tributários relativos à parte controversa da Cofins (R\$ 12.683.589,25) e da Contribuição para o PIS/Pasep (R\$ 2.710.698,38) de que trata os autos do processo nº 10825.721565/2017-31, à vista da existência da ação judicial (MS nº 5684-65.2015.4.03.6108 - 1ª Vara / Justiça Federal SP - Bauru), que visa a exclusão do ICMS da base de cálculo das referidas contribuições.

2. O lançamento foi feito na sistemática cumulativa padrão e concentrada (monofásico), com a exigibilidade suspensa, e se reporta às receitas declaradas nos períodos de

apuração janeiro de 2012 a dezembro de 2015, incluídos no crédito tributário os valores principais, multa de ofício no percentual de 150% e juros de mora calculados até julho de 2017, em virtude da constatação de insuficiência de recolhimento, diante da alteração da sistemática de tributação das contribuições motivada pelo arbitramento do lucro da pessoa jurídica nos autos do processo acima citado, bem como pela exclusão do ICMS da base de cálculo.

**3.** Foram arrolados os seguintes responsáveis solidários pelo crédito tributário, em razão de excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto, bem como por solidariedade de fato (arts. 135 e 124, I, do CTN):

- 1) Itamar Crivelli, CPF: 012.473.368-91;
- 2) Dalilo Bilches Medinas, CPF: 015.757.858-54;
- 3) Milton José Tessari, CPF: 024.014.528-34;
- 4) Sérgio Luis Fioravante, CPF: 027.398.088-28;
- 5) César Augusto Pereira Machado, CPF: 118.069.478-38;
- 6) Indústrias Tudor M.G. de Baterias LTDA, CNPJ: 20.278.271/0001-10;
- 7) Edson David Marques da Silva, CPF: 258.067.261-34;
- 8) José Ricardo de Miranda, CPF: 470.137.616-72;
- 9) Péricles José Ramos Mendes, CPF: 558.608.428-72, e
- 10) José Carlos Caminha, CPF: 603.837.208-34.

**4.** Para assegurar a fidedignidade deste julgamento, transcrevo, na íntegra, o Termo de Verificação Fiscal – TVF vinculado ao presente processo (fl 55 a 60).

– INFORMAÇÕES PRELIMINARES

No exercício das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, atendendo ao Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal – TDPF 08.1.03.00-2016-00241-9 e de acordo com o disposto nos artigos 841, 904, 911, 926, 927 e 928, do Decreto nº 3.000/99, foi instaurada, junto ao sujeito passivo acima identificado, ação fiscal para verificar o cumprimento das obrigações tributárias relativas aos tributos federais, anos-calendários 2012 a 2015.

Da verificação resultou lançamento de ofício (processo 10825-721.565/2017-31), entre outros, da parte incontroversa da Cofins e do PIS.

**A parte controversa, relativa a tal tributação, (discussão acerca da inclusão do ICMS na base de cálculo de citadas contribuições), foi separada e lançada no presente procedimento, mantidas, pois, todas as fundamentações contidas naquele lançamento, descritas no Relatório Fiscal - Operação Agua Viva (Polo**

**Negativo) e no Termo de Verificação, cujas cópias são juntadas ao presente processo, com os respectivos anexos, passando a constituir parte integrante do mesmo.**

De fato, o sujeito passivo possui ação judicial (nº 5684-65.2015.4.03.6108 - 1ª Vara / Justiça Federal SP – Bauru), pleiteando a exclusão, do valor do ICMS, da base de cálculo de tais contribuições (PIS e Cofins).

Frente a isto, da base de cálculo, daquele lançamento (processo 10825-721.565/2017-31), foram excluídos os valores do ICMS, destacados nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFEs), os quais passaram a constituir a base de cálculo do presente lançamento.

Desta forma, aqui, estão sendo lançados, com **EXIGIBILIDADE SUSPENSA**, os seguintes tributos:

- **PIS – Programa de Integração Social – incidente sobre a parcela da base de cálculo referente à rubrica ICMS.**
- **COFINS – Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Programa de Integração Social – incidente sobre a parcela da base de cálculo referente à rubrica ICMS.**

- BASE DE CÁLCULO e ALÍQUOTA

Base de Cálculo: os valores do ICMS, destacados nas Notas Fiscais Eletrônicas - NFEs, durante o período 2012 a 2015.

Alíquotas: aplicadas sobre a parte base de cálculo proveniente das NFEs de: produtos e/ou mercadorias sem incidência monofásica: 3% (Cofins) e 0,65% (PIS);

produtos com incidência monofásica quando vendidos para fabricantes de veículos, máquinas e autopeças, nos termos do artigo 3º, inciso I e alíneas “a” e “b”, da lei 10.485/2002: 7,6% (Cofins) e 1,65% (PIS);

produtos com incidência monofásica quando vendidos para comerciantes atacadistas ou varejistas ou para consumidor final, nos termos do artigo 3º, inciso II da lei 10.485/2002: 10,8% (Cofins) e 2,3% (PIS);

Observações:

- O ANEXO 05 (do TVF - processo 10825-721.565/2017-31) contém a relação, individualizada (pela “chave”), de todas as NFEs (não canceladas) consideradas nos cálculos; observando que:

- as linhas verdes identificam as NFEs de devolução de vendas, que são identificadas pela “chave”, pois a coluna “Numero Nota” reproduz o número da NFE cujas vendas foram devolvidas e
- as linhas azuis identificam alteração no código da situação tributária (CST) de algumas operações. Basicamente observou-se o código da situação tributária (CST) atribuído pelo sujeito passivo às operações sujeitas à incidência da Cofins e do PIS provenientes da receita/declarada. Houve

mudança, especialmente, no CST de algumas operações (relativas a desperdício de resíduos) as quais, destinadas à TUDOR MG, saíram com suspensão de incidência das citadas contribuições, uma vez que eram destinadas à pessoa jurídica que apurasse imposto de renda com base no lucro real, conforme condicionado pelo artigo 48 da Lei 11.196/2005. Acontece que a citada destinatária também teve, de ofício, mudado seu regime de apuração de Lucro Real para Lucro Arbitrado, nos anos 2012 a 2015, de modo que tais operações não mais cumprem a citada condição, tornando-se exigíveis à alíquota de 3% (Cofins) e 0,65% (PIS).

- O ANEXO 02 (do TVF - processo 10825-721.565/2017-31) contém os valores mensais de todas as bases de cálculos, utilizadas nos lançamentos.

- MULTA DE OFICIO

Foi imputada multa de ofício de 150% sobre os tributos devidos, ora lançados, pois o sujeito passivo, através de seus administradores, conforme descrito no **Relatório Fiscal - Operação Agua Viva (Polo Negativo)**, adotou conduta dolosa com a finalidade de impedir o conhecimento por parte do Fisco da ocorrência de fatos geradores de obrigações tributárias relativas aos tributos PIS e COFINS, durante os anos 2012 a 2015, nos termos do inciso I e parágrafo 1º, do artigo 44 da lei 9.430/96.

De fato, o sujeito passivo praticou, por meio de seus administradores, de forma reiterada, atos que excluíram ou modificaram as características essenciais dos fatos geradores dos citados tributos, de modo a reduzir o montante devido, omitindo, em sua escrituração fiscal e contábil, parte das receitas tributáveis provenientes de suas vendas.

A forma reiterada de omitir receitas de vendas, mediante ações organizadas, em conluio, pelos administradores do sujeito passivo, caracteriza intenção destes administradores de produzir o resultado lesivo aos cofres públicos.

Assim, a não declaração de boa parte das receitas tributáveis, retardou o conhecimento da ocorrência da totalidade dos fatos geradores pelo Fisco, pois antes de iniciadas as ações que culminaram com o presente lançamento, só era do conhecimento deste, o que o sujeito passivo havia, de forma dolosa, erroneamente, declarado. Não fossem as citadas ações, tais fatos geradores continuariam sonogados.

Tais condutas são tipificadas pela Lei 4.502/64:

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

*- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;*

*- 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, 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 nos arts. 71 e 72.”*

Nestes termos, relativamente à multa de ofício, a Lei 9.430, de 1996, assim dispõe:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*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 (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

*(...)*

*§ 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. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)”*

Tudo em consonância com o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – Carf:

*“Processo n. 11065.000966/200955*

*Acórdão nº 1301002.102 - - 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária*

***Sessão de 9 de agosto de 2016***

***SONEGAÇÃO FISCAL. MULTA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA SOBRE O LUCRO ARBITRADO APURADO COM BASE NA RECEITA DECLARADA.***

*Deve-se aplicar a multa de 150% nos casos em que o sujeito passivo praticar ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais. A multa qualificada aplica-se, também, nos casos em que ocorrer aumento dos tributos, calculados sobre o lucro arbitrado apurado com base nas receitas declaradas, quando o arbitramento do lucro decorrer de sonegação praticada pelo sujeito passivo”*

**- SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIAS**

Conforme demonstrado no **Relatório Fiscal - Operação Agua Viva (Polo Negativo)** são devedores solidários com o sujeito passivo:

– As Indústrias Tudor MG de Baterias Ltda – CNPJ 20.278.271/0001-10, nos termos do artigo 124, inciso I, da lei 5.172/66 (Código Tributário Nacional - CTN) e artigo 30, inciso IX, da Lei 8.212/91.

– Os seguintes sócios administradores, nos termos dos artigos 135, inciso III, e 124, inciso I, ambos do CTN:

José Carlos Caminha – CPF: 603.837.208-34;

Péricles José Ramos Mendes – CPF: 558.608.428-72;

Milton José Tessari – CPF 024.014.528-34;

Cezar Augusto Pereira Machado – CPF: 118.069.478-38;

Dalilo Bilches Medinas – CPF: 015.757.858-54;

Itamar Crivelli – CPF: 012.473.368-91;

José Ricardo de Miranda – CPF: 470.137.616-72;

Sérgio Luis Fioravante – CPF: 027.398.088-28;

Edson David Marques da Silva – CPF: 258.067.261-34.

#### - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os valores, demonstrativos, bases legais e demais quesitos dos lançamentos tributários estão consubstanciados no Auto de Infração, que tem por partes integrantes o presente **Termo de Verificação Fiscal**, com seus anexos, o **Relatório Fiscal - Operação Agua Viva (Polo Negativo)**, com seus anexos, e os seguintes demonstrativos, os quais reúnem e consolidam os cálculos efetuados:

Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo  
Demonstrativo dos Responsáveis Tributários  
Demonstrativo dos Fatos e Enquadramento legal  
Demonstrativo de Apuração dos tributos lançados  
Demonstrativo de Apuração Detalhada dos tributos lançados  
Demonstrativo de Multa e Juros de Mora dos tributos lançados  
Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal

E, para constar e surtir os efeitos legais, encerra-se o presente procedimento, e lavra-se o presente Termo, em 02(duas) vias de igual forma e teor, assinadas pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, sendo uma via, juntamente com o Auto de Infração, encaminhada ao sujeito passivo por via postal, com aviso de recebimento.”

5. Em impugnação a Recorrente (neste voto sendo a INDÚSTRIA TUDOR SP DE BATERIAS LTDA - CONTRIBUINTE) apresentou as seguintes razões:

li- Nulidade Do Auto De Infração E Vícios Insanáveis

li-A. Abuso No Procedimento Da Autoridade Fiscal No Início E Durante O Processo De Fiscalização

*li-B. Início Da Fiscalização Sem Abertura Do Tdpf*

*li-C. Falta De Intimação Da Impugnante Para Esclarecimentos Sobre Movimentações Bancárias*

*li-D. Da Falta De Identificação Individualizada Dos Depósitos Da Conta Bancária*

*li-E. Nulidade De Todas As Provas Utilizadas No Lançamento Obtidas Na Medida Cautelar Fiscal - Escutas Telefônicas Por Período Superior Ao Autorizado Em Lei*

*li-E.1 - Da Intersecção Entre O Direito Administrativo Sancionador E O Direito Penal - Nulidade De Provas Colhidas Em Detrimento Ao Princípio Do Contraditório E Ampla Defesa*

*li-E.2- Da Nulidade Das Provas Ilícitas Colhidas Em Face As Interceptações Telefônicas E Telemáticas*

*- Decadência*

*- Da Presunção*

*Iv - A. Do Vício De Motivação E Da Ausência Da Individualização E Comprovação Detalhada Das Receitas Omitidas E Respetivos Fatos Geradores*

*Iv – B. Da Ausência De Individualização E Comprovação Detalhada Das Receitas Omitidas E Respectiva Identificação De Cada Fato Gerador Em Sua Expressão:*

*Iv – C. Dos Elementos De Convicção Trazidos Pelo Relatório Fiscal Com Base Na Denúncia Originada Na Medida Cautelar Penal:*

*Iv – D. Do Suposto Grupo Econômico*

*Iv – D.1. Elementos De Convicção Trazidos Pelo Relatório Fiscal Com*

*Base Em Depoimento No Processo Cautelar Penal Pelo Sr Antônio Francisco Xavier Filho*

*Iv – E. Da Omissão De Receitas - Item 2 Do Relatório Fiscal:*

*Iv – E.1. Da Alegação De Prática De Vendas Sem Nota, Subfaturada E Controle Paralelo De Caixa Dois:*

*Iv – E.2. Das Receitas Em Aberto Por Representantes:*

*Iv- F. Da Omissão De Custos / Despesas – Item 3 Do Relatório Fiscal*

*Iv – F.1. Da Alegação De Que A Impugnante Usava As Receitas Omitidas*

*Dentro Da Própria Empresa Na Compra De Matéria Prima E Outras Despesas.*

*Iv – F.1.1. Da Logística Reversa No Segmento De Baterias Automotivas:*

*Iv – G. Da Baixa De Pendências De Clientes De Vendas Omitidas - Item 4 Do*

*Relatório Fiscal*

*Iv – H. Dos Controles Paralelos E Da Forma Em Que Foram Estimadas As Receitas Omitidas - Item 5, 6 E 7 Do Relatório Fiscal*

*Iv – I. Da Insubsistência Do Auto De Infração:*

*V- Desconsideração Da Contabilidade – Lucro Arbitrado*

*V – A. Do Reconhecimento Tácito Pelo Próprio Fiscal Da Validade Da Contabilidade:*

*V – B. Da Ilegalidade Do Critério De Arbitramento Usado – Tributação Muito*

*Além Do Lucro – Lucro Arbitrado É Critério De Aferição E Não Forma De Aumentar Base De Cálculo Imponível.*

*V – B.1. Da Limitação Econômica Da Base De Cálculo A Ser Arbitrada:*

*V – B.2. Dos Vícios Do Critério Do Arbitramento:*

*V – B. 3. Da Exigência De Tributo Além Da Dimensão Do Elemento Econômico Do Fato Gerador Previsto Na Lei*

*V – B.4. - Do Extrapolamento Temporal Da Aplicação Do Regime Do Lucro Arbitrado:*

*Vi - Da Modificação Dos Valores Ilegalmente Arbitrados:*

*Vi – A. Do Pis-Cofins:*

*Vi – A.1. Do Ressarcimento Do Reintegra Nas Operações De Exportação.*

*Vi – A.2. Da Suspensão Do Pis/Cofins Conforme Artigo 48, Da Lei 11.196/2005.*

*Ix – Da Multa Qualificada*

*Ix.A Inaplicabilidade Da Multa - Lançamento Suspenso Por Decorrência Estar*

*“Sub Judice”*

*X – B. Incabível A Aplicação Da Multa Sobre A Receita Bruta Escriturada Pois Considerada Justificada Pela Autoridade Fiscal.*

6. Os responsáveis solidários, em suas respectivas impugnações, em síntese, segundo a DRJ alegaram:

Resume-se conjuntamente, naquilo que coincidente, o conteúdo das impugnações ofertadas pelos responsáveis solidários, identificando-se, quando cabível, as especificidades em cada caso.

Alegam terem sido indevidamente incluídos, com base nos artigos 124, I, e 135, III, do CTN, como devedores solidários das empresas Tudor SP ou Tudor MG, de acordo com a jurisprudência e recente legislação.

Discorrem acerca da solidariedade do sócio na condição de administrador, fazendo referência aos conceitos de contribuinte e de responsável pelo pagamento da obrigação tributária, de que tratam os art. 121 e 128 do CTN.

Adotam a tese de que os administradores a serem responsabilizados, nos termos do art. 135, III, do CTN, "são apenas aqueles incumbidos dos comandos financeiro e comercial da empresa, que opinam e decidem sobre o recolhimento de tributos, e não, por exemplo, o diretor de um departamento técnico". Citam jurisprudência judicial.

Dizem que a regra é que os administradores respondam pelas obrigações tributárias causadas por culpa no desempenho de suas funções, quando ultrapassam os atos regulares de gestão ou quando procedem com violação do contrato social ou lei, sendo que o mero exercício da administração não implica automaticamente responsabilidade do administrador por débitos fiscais, cumprindo à fiscalização o dever de provar a prática de ato ilícito e não apenas o inadimplemento da obrigação da sociedade.

Concluem:

Desta forma, não trata a hipótese do inciso III do art. 135 em situação de desconsideração da pessoa jurídica, trata-se de inclusão de um novo responsável direto pela obrigação tributária, o que à luz do Princípio Constitucional da Legalidade somente pode ocorrer com base em lei. Assim, deve corroborar-se para a inclusão legal desta figura do responsável tributário a conjugação do inciso III do artigo 135 c/c com o artigo 128 do CTN. Em relação ao exigido pelo artigo 128, que também rege a transferência da responsabilidade passiva, quando cita "terceiro vinculado ao fato gerador", seguramente não está autorizando a responsabilização do simples sócio ou da simples condição de administrador. Há de ocorrer a comprovação pelo agente fiscal de que este concorreu de alguma forma no desencadeamento do ato que decorreu a ilicitude ou abuso de mandato resultante da sonegação.

E que sendo mantido o crédito tributário, tido por insubsistente porque fundado em desarrazoadas e frágeis presunções, como provado pela defesa da empresa autuada e por eles expressamente ratificada, entendem que, ainda assim, inexistente a condição mínima para haver a inclusão dos impugnantes no pólo passivo do lançamento, nos termos do art. 135, III, do CTN.

7. Em 26 de junho de 2018, nos termos do acórdão 14-86.704, a 11ª Turma da DRJ/RPO 11ª, por unanimidade julgou procedente em parte apenas para afastar a multa 150% à luz da Sumula CARF 17, restando assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2012, 2013, 2014, 2015

TRIBUTAÇÃO REFLEXA. PIS. COFINS. REGIME DE APURAÇÃO.

Lavrado o Auto principal, devem também ser lavrados os Autos reflexos, nos termos do art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, devendo as exigências reflexas seguirem a mesma orientação decisória daquela da qual decorrem.

As pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro arbitrado ficam sujeitas às normas do regime cumulativo para apuração da contribuição para o Pis e a Cofins, em relação a toda receita auferida (declarada + omitida), não se prevendo a apuração de crédito em referida sistemática de tributação.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015 Base De Cálculo. ICMS.

O valor do ICMS integra a base de cálculo da contribuição, não existindo dispositivo legal que determine sua exclusão.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015 Base De Cálculo. ICMS.

O valor do ICMS integra a base de cálculo da contribuição, não existindo dispositivo legal que determine sua exclusão.

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

**8. A DRJ consignou recurso de ofício.**

**9. Em Recurso Voluntário, tanto a Recorrente quanto os Responsáveis Solidários, repisam os mesmos argumentos e teses trazidos em sede de impugnação. Para que não restem dúvidas abaixo elencadas as teses da contribuinte no Recurso voluntário.**

I – Tempestividade.

II – Breve histórico.

III – Preliminares.

III. a – Do indeferimento do pedido de prova, diligência e perícia.

III. b – Das jurisprudências administrativas e judiciais

III.c – DAS ILEGALIDADES APRESENTADAS

III.d – NULIDADES

III.e – Início da Fiscalização sem a abertura do TDPF

III.f – Abuso no procedimento da autoridade fiscal no início e durante o processo de fiscalização

III.g – Da falta de intimação da Recorrente para esclarecimentos acerca das movimentações bancárias

III.h – Da falta de identificação individualizada dos depósitos das contas bancárias

III.i – Cerceamento do direito de defesa

III.j– Mudança de critério jurídico

III.k - Nulidade de todas as provas utilizadas no lançamento obtidas na Medida Cautelar Fiscal - escutas telefônicas por período superior ao autorizado em lei

III.l - Da intersecção entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal – Nulidade de Provas Colhidas em detrimento ao Princípio do Contraditório e Ampla defesa

III.m - Da Nulidade das Provas Ilícitas colhidas em face as interceptações Telefônicas e Telemáticas

IV – Decadência.

4.1. Período 1º semestre de 2012: PIS/COFINS. Lançamento por homologação. Aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

4.2. Pedido de afastamento das exigências de jan/2012 a jun/2012 (Súmula 555/STJ).

4.3. Da decadência do art. 173, I, do CTN (argumentação subsidiária).

V – Da presunção.

V – b. Da ausência de individualização e comprovação detalhada das receitas omitidas e respectiva identificação de cada fato gerador.

V – c. Dos elementos de convicção trazidos pelo relatório fiscal com base na denúncia originada na medida cautelar penal.

V – d. Da duvidosa e precária caracterização de grupo econômico;

V – d.1. Elementos de convicção baseados em depoimento no processo cautelar penal (Sr. Antônio Francisco Xavier Filho).

V – E. Da omissão de receitas - Item 2 do Relatório Fiscal

V – e.1. Da alegação de prática de vendas sem nota, subfaturada e controle paralelo de caixa dois

V – e.2. Das Receitas em Aberto por Representantes

V - f. Da Omissão De Custos / Despesas – Item 3 Do Relatório Fiscal V – f.1. Da alegação de que a Recorrente usava as receitas omitidas dentro da própria empresa na compra de Matéria Prima e outras despesas.

V – f.1.1. Da logística reversa no segmento de baterias automotivas e estacionárias

V – g. Da baixa de pendências de clientes de vendas omitidas - Item 4 do Relatório Fiscal

V – h. Dos controles paralelos e da forma em que foram estimadas as receitas omitidas - Item 5, 6 e 7 do Relatório Fiscal

V – i. Da insubsistência do auto de infração

VI – REINTEGRA

VII-desconsideração da contabilidade – lucro arbitrado

VII – a. Do Reconhecimento Tácito pelo Próprio Fiscal da Validade da Contabilidade

VII – b. Da ilegalidade do critério de arbitramento usado – tributação muito além do lucro – lucro arbitrado é critério de aferição e não forma de aumentar base de cálculo imponible.

VII– b.1. Da limitação econômica da base de cálculo a ser arbitrada

VII – b. 3. Da exigência de tributo além da dimensão do elemento econômico do fato gerador previsto na lei

VII – b.4. - Do extrapolamento temporal da aplicação do regime do lucro arbitrado

VIII - DA MODIFICAÇÃO DOS VALORES ILEGALMENTE ARBITRADOS – VIII - a -Do PIS-COFINS

X - da conclusão/pedidos.

10. É o relatório.

## VOTO VENCIDO

### I. DO CONHECIMENTO

#### I.1. Dos requisitos formais extrínsecos de admissibilidade. Tempestividade. Limite de alçada. Recurso de ofício e Voluntário. Conhecimento

11. Inicialmente sobre o Recurso de ofício, considerando que o valor aproximado da exoneração da multa de lançamento de ofício qualificada (150%) é de R\$ 23.091.431,45 e, sendo aplicáveis as disposições da Portaria MF nº 2/2023 quanto ao cabimento do recurso de ofício em razão da alçada, conheço do recurso de ofício.

12. Quanto aos recursos voluntários, inclusive dos Responsáveis solidários, eles são tempestivos e dele conheço nesse tópico.

#### I.2. Dos recursos voluntários. Dos requisitos formais de admissibilidade. Existência de fato impeditivo. Matéria estranha a presente lide. Não conhecimento parcial.

**13.** Antes de ingressar na análise do mérito substancial do presente recurso, é imprescindível enfrentar, ainda em sede de admissibilidade, a existência de prejudicialidade de mérito que delimita o âmbito de nossa apreciação.

**14.** À luz da norma processual em vigor, a análise de admissibilidade requer a verificação dos requisitos formais intrínsecos e extrínsecos. Por requisitos intrínsecos entende-se o cabimento, o interesse e a utilidade recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer e a aderência do pedido ao objeto litigioso. Por requisitos extrínsecos compreendem-se a tempestividade, a regularidade formal, a legitimidade e a representação, bem como a competência e a alçada.

**15.** Deve-se observar, portanto, a admissibilidade intrínseca, incluindo, neste tópico, a verificação da (in)existência de prejudicialidade de mérito. Aliás, essa análise também se aplica ao processo administrativo fiscal, subsidiariamente ao Código de Processo Civil (artigo 15 do CPC/2015), devendo a apreciação de determinadas questões respeitar a delimitação objetiva do litígio em cada instância.

**16.** Pois bem. Conforme se depreende dos autos e do Termo de Verificação Fiscal (fls. 55–60), o presente recurso versa exclusivamente sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, decorrente da ação judicial nº 0005684-65.2015.4.03.6108, à época em trâmite na 1ª Vara da Justiça Federal de Bauru/SP. Trata-se, portanto, de questão específica e delimitada que foi apartada do processo principal, qual seja, o processo nº 10825-721.565/2017-31 (doravante, “processo-mãe”).

**17.** Relativamente ao processo-mãe, verifica-se que a integralidade das teses deduzidas, tanto pela Contribuinte quanto pelos responsáveis solidários, em sede de recursos voluntários, foi ali arrolada e definitivamente apreciada, restando ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

Nos termos sedimentados pela Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, o que não se confunde com a análise de eventual ilegalidade praticada no ato administrativo de lançamento.

INTIMAÇÃO AO ADVOGADO.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo. Tema pacificado no âmbito do CARF, com a edição da súmula nº 110.

PEDIDO DE PERÍCIA E DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência e perícia quando presentes nos autos elementos capazes de formar a convicção do julgador, bem como quando não preenchidos os requisitos legais previstos para sua formulação.

ANÁLISE DE TODOS OS ARGUMENTOS E PRECEDENTES CITADOS PELO SUJEITO PASSIVO. DESNECESSIDADE.

O julgador administrativo não é está obrigado a analisar e responder todos os questionamentos e julgados, administrativos ou judiciais, citados pelo sujeito passivo no Recurso Voluntário, mesmo após a entrada em vigor do artigo 489 do CPC/15. Entendimento em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que entende pela necessidade de enfrentamento apenas das questões capazes de infirmar a conclusão da decisão recorrida.

Só existe efeito vinculante, no âmbito do julgamento administrativo federal, quando os julgados e eventuais atos administrativos, invocados ou não pelo contribuinte, tiverem sido proferidos nos contornos das decisões e dos atos listados no artigo 62, § 1º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015).

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL (TDPF).

Suposta inobservância de ato regulamentar, que visa ao controle interno, não implica nulidade dos trabalhos praticados sob sua égide, tendentes à apuração e lançamento do crédito tributário.

ABUSO DE AUTORIDADE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ABUSO DE AUTORIDADE. INCOMPETÊNCIA.

O julgador administrativo não tem competência para declarar o abuso de autoridade supostamente cometido em operação realizada pela Polícia Federal e pela Receita Federal do Brasil, com a devida autorização do Poder Judiciário. Assim, não há que se falar em nulidade do lançamento tributário que se baseou em provas e elementos colhidos em procedimento alegado como abusivo pelo sujeito passivo.

DA FALTA DE INTIMAÇÃO PARA ESCLARECIMENTOS ACERCA DAS MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS.

Não sendo o lançamento realizado com base no disposto no artigo 42, da Lei nº 9.430/96, não há necessidade de intimação prévia do contribuinte para se manifestar acerca das movimentações bancárias em conta de sua titularidade mantida junto a instituições financeiras, que não estava devidamente contabilizada.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório quando a contribuinte demonstra ter pleno conhecimento dos fatos imputados pela fiscalização, bem como da legislação tributária aplicável, exercendo seu direito de defesa de forma ampla nos apelos apresentados.

**MUDANÇA DA CRITÉRIO JURÍDICO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.**

Somente o erro de direito tem o condão de impedir a ajuste do lançamento tributário já devidamente formalizado. Eventual mudança de critério jurídico do lançamento, não implica nulidade do lançamento, e, sim, sua improcedência.

**NULIDADE DE PROVAS OBTIDAS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO. PROVA EMPRESTADA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA.**

O julgador administrativo não tem competência para declarar a ilicitude de provas obtidas no bojo de processo judicial, cujo compartilhamento com a Receita Federal do Brasil foi devidamente autorizado pelo Poder Judiciário.

Não há empecilho para utilização das provas colhidas em âmbito judicial no processo administrativo fiscal, em especial quando há determinação de apuração de eventuais ilicitudes praticadas pelo sujeito passivo.

**PRECLUSÃO CONSUMATIVA.**

A preclusão consumativa impede que o sujeito passivo inove nos argumentos após a apresentação da Impugnação Administrativa.

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

**DECADÊNCIA**

Constatado dolo, fraude ou simulação, a contagem do prazo decadencial rege-se pelas disposições do art. 173, I, do CTN, hipótese na qual o termo inicial do prazo decadencial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA (IRPJ)**

Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015

**OMISSÃO DE RECEITAS.**

A práticas de atos, comissivos ou omissivos, praticados de forma dolosa, com intenção de impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária, do nascimento da obrigação tributária, caracteriza-se como sonegação e autoriza a constituição do crédito tributário pelo agente competente.

**LUCRO ARBITRADO. MEDIDA EXCEPCIONAL E OBRIGATÓRIA.**

O arbitramento do lucro é medida excepcional e só se aplica nas restritas hipóteses elencadas na legislação, como por exemplo, quando há declaração de imprestabilidade das demonstrações contábeis do sujeito passivo. Como regra, deve-se apurar eventuais tributos devidos de acordo com a opção do contribuinte de tributação para o referido ano-calendário. Contudo, sendo identificada alguma das hipóteses legais de arbitramento, a apuração pelo lucro arbitrado se torna obrigatória.

LUCRO ARBITRADO. IMPRESTABILIDADE DAS DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS. OMISSÃO DE RECEITAS.

A omissão de receitas, que se mostra relevante e feita de forma reiterada, sendo comprovada, inclusive, quando da análise de controles e planilhas apreendidos pela fiscalização e que eram mantidos à margem das demonstrações contábeis, autoriza a declaração de imprestabilidade da contabilidade e, por consequência, o arbitramento do lucro do contribuinte .

MULTA QUALIFICADA.

Comprovadas condutas e omissões dolosas do contribuinte no sentido que preconiza o artigo 72, da Lei 4.502/64, praticadas no sentido de ocultar, excluir ou modificar as características essenciais do fato gerador, correta a qualificação da multa, nos termos definidos pela legislação.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN.

Na imputação de responsabilidade tributária, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, é dever da fiscalização comprovar o interesse comum dos responsáveis no nascimento da obrigação tributária. Não se admite a imputação de responsabilidade com base neste dispositivo apenas pelo fato da pessoa física ser sócia da entidade.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. ARTIGO 124, INCISO I DO CTN. GRUPO ECONÔMICO.

Admite-se a imputação de responsabilidade tributária, com base no artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, quando a fiscalização comprovar que a pessoa jurídica, pertencente ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo, tiver praticado atos em conjunto com este, que deram causa ao nascimento da obrigação tributária.

RESPONSABILIDADE DO SÓCIO. ART. 135, III DO CTN.

Cabe à fiscalização demonstrar e comprovar condutas praticadas pelo sócio-administrador, nos termos definidos no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional, para que possa ser atribuída a esse a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário. Não estando, no Auto de Infração lavrado, demonstradas aquelas condutas, deve ser afastada a responsabilidade atribuída pela fiscalização.

(Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, 1ª Seção de Julgamento, 3ª Câmara, 2ª Turma Ordinária. (2019, 11 de novembro). *Indústrias Tudor S.P. de Baterias Ltda. x Fazenda Nacional*, Acórdão nº 1302-004.096, Processo nº 10825.721565/2017-31.)

**18.** Portanto, toda a matéria apresentada pela Contribuinte e pelos responsáveis solidários não deve ser apreciada por este Colegiado, visto que há processo autônomo para enfrentá-la e porque não integra o TVF destes autos.

**19.** Aliás, do conjunto dos autos emerge com clareza o propósito das partes de discutir matérias exaustivamente veiculadas e decididas no processo-mãe, em tentativa de desconstituir ato administrativo regularmente praticado, dotado de presunção de legitimidade e veracidade e já submetido ao crivo decisório competente.

**20.** Tal pretensão afronta a delimitação objetiva do litígio e os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança, da economia e da eficiência processual, além de vulnerar a estabilidade e a coerência decisória no âmbito do processo administrativo tributário. Por conseguinte, não se conhece, nesta via, de pretensões que visem à reabertura de discussão de matérias já julgadas no processo-mãe, devendo o exame restringir-se ao ponto específico remanescente que não se confunde com o que ali foi definitivamente apreciado.

**21.** Nesse sentido, não admito os recursos voluntários dos responsáveis solidários, em sua totalidade, e conheço em parte do recurso voluntário da Contribuinte, apenas para apreciar, exclusivamente, a exclusão do valor do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e à Cofins, por existir a ação judicial nº 0005684-65.2015.4.03.6108 (1ª Vara Federal de Bauru/SP) sobre a mesma matéria.

## II. MÉRITO

### II.1. Do Recurso voluntário

**22.** Pois bem. Como objetivamente exposto pela Fiscalização, a única matéria tratada nesta lide diz respeito à (in)possibilidade de exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, de modo que o presente lançamento ocorreu de forma autônoma ao processo-mãe em razão da existência da referida ação judicial, motivo pelo qual a exigibilidade dos créditos constituídos neste procedimento permaneceu suspensa até aqui.

**23.** Sobre esse item, a DRJ, após expor suas razões, assinalou a superveniência do julgamento do RE 574.706/PR (Tema 69), pelo STF, fixando a tese de que *“o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”*, observando que a modulação de efeitos e as diretrizes de aplicação administrativa dependeriam de ulterior definição.

**24.** Adicionalmente, a DRJ novamente constatou a existência de ação judicial (MS nº 0005684-65.2015.4.03.6108) tratando exatamente da exclusão do ICMS da base do PIS/Cofins, com decisões já proferidas no TRF-3, razão pela qual entendeu pela concomitância prevista no Decreto nº 7.574/2011 (art. 87) e pela aplicação da Súmula CARF nº 1, concluindo que a propositura de ação judicial com o mesmo objeto importa renúncia às instâncias administrativas quanto a esse tema.

**25.** Determinou, por fim, que a discussão sobre a inclusão/exclusão do ICMS ficasse restrita ao processo judicial, prosseguindo-se, na esfera administrativa, apenas quanto a matérias distintas não submetidas ao Judiciário e já não abrangidas pelo julgamento do processo-

mãe, quais sejam, o lançamento destinado a prevenir decadência e a multa de lançamento de ofício, em relação aos quais, após análise, julgou pelo cancelamento da penalidade aplicada.

**26.** Compulsando os autos, a empresa não apresentou dialeticidade sobre o tema, não tecendo uma linha sequer para atacar a decisão recorrida. Como sabido, o recurso deve atacar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, demonstrando o desacerto do julgado. A falta de ataque a todos os fundamentos pode levar ao não conhecimento do recurso, com base na Súmula 182 do STJ (aplicada analogicamente), bem como no art. 932, III, do CPC/2015.

**27.** Contudo, à luz do artigo 933 do CPC, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, tais elementos devem ser considerados no julgamento.

**28.** Nesse ponto, entendo existir fato superveniente, qual seja, a modulação dos efeitos no Tema 69 do STF.

**29.** Sobre a modulação é importante rememorar que nos embargos de declaração do RE 574.706/PR, o STF modulou os efeitos para estabelecer, como regra geral, a eficácia da tese a partir de 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data, e firmou que o ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

**30.** No caso concreto, a ação da empresa foi proposta em 17/12/2015, enquadrando-se, portanto, na ressalva temporal da modulação. À vista disso, concluo no sentido de excluir, da base de cálculo do PIS e da Cofins, base essa, inclusive, já analisada no processo-mãe, o ICMS destacado.

## **II.2. Do Recurso de ofício**

**31.** Nesse item a DRJ cancelou a multa de ofício aplicando ao caso a Súmula CARF nº 17. Assiste razão a DRJ, razão pela qual mantenho irretocável o julgamento nesse item. Nego provimento ao recurso de ofício.

## **II.3. Dos Responsáveis solidários.**

**32.** Com base do princípio da colegialidade, reproduzo a decisão da DRJ quanto a esse ponto, reproduzindo o entendimento exprimido na decisão do processo mae nº 10825.721565/2017-31.

## **III. CONCLUSÃO**

**33.** Ante o exposto, nego provimento ao recurso de ofício. Conheço dos recursos voluntários dos responsáveis solidários e dou provimento aos recursos voluntários dos responsáveis Milton José Tessari; Itamar Crivelli; Péricles José Ramos Mendes; Sérgio Luís Fioravante; Edson David Marques da Silva e Cezar Augusto Pereira Machado; e em dar provimento parcial aos recursos dos

responsáveis José Ricardo de Miranda; Dalilo Bilches Medinas e José Carlos Caminha, para afastar a imputação com base no art. 124, inc. I do CTN, mantendo a imputação de responsabilidade com base no artigo 135, inciso III do CTN. Nego provimento ao recurso voluntário do responsável Indústria Tudor MG de Baterias Ltda, e conheço, em parte, do recurso voluntário da INDUSTRIAS TUDOR S.P. DE BATERIAS LTDA, apenas da matéria dos autos – exclusão de ICMS da BC do PIS/COFINS, na parte conhecida, dou-lhe provimento para excluir o ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins apurados no processo nº 10825-721.565/2017-31 (processo-mãe).

*Assinado Digitalmente*

**Rachel Freixo Chaves**

## VOTO VENCEDOR

Conselheiro, Márcio José Pinto Ribeiro, redator designado.

Com a máxima vênia às razões descritas no voto da ilustre Conselheira Rachel Freixo Chaves, ousou delas divergir.

A divergência que se estabelece é na apreciação do recurso voluntário quanto ao conhecimento da matéria objeto desse processo em vista da concomitância com ação judicial.

A seguir transcrevo excerto do voto condutor:

### II.MÉRITO

#### II.1. Do Recurso voluntário

22.Pois bem. Como objetivamente exposto pela Fiscalização, a única matéria tratada nesta lide diz respeito à (in)possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, de modo que o presente lançamento ocorreu de forma autônoma ao processo-mãe em razão da existência da referida ação judicial, motivo pelo qual a exigibilidade dos créditos constituídos neste procedimento permaneceu suspensa até aqui.

23.Sobre esse item, a DRJ, após expor suas razões, assinalou a superveniência do julgamento do RE 574.706/PR (Tema 69), pelo STF, fixando a tese de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”, observando que a modulação de efeitos e as diretrizes de aplicação administrativa dependeriam de ulterior definição.

24.Adicionalmente, a DRJ novamente constatou a existência de ação judicial (MS nº 0005684-65.2015.4.03.6108) tratando exatamente da exclusão do ICMS da base do PIS/Cofins, com decisões já proferidas no TRF-3, razão pela qual entendeu

pela concomitância prevista no Decreto nº 7.574/2011 (art. 87) e pela aplicação da Súmula CARF nº 1, concluindo que a propositura de ação judicial com o mesmo objeto importa renúncia às instâncias administrativas quanto a esse tema.

25.Determinou, por fim, que a discussão sobre a inclusão/exclusão do ICMS ficasse restrita ao processo judicial, prosseguindo-se, na esfera administrativa, apenas quanto a matérias distintas não submetidas ao Judiciário e já não abrangidas pelo julgamento do processo-mãe, quais sejam, o lançamento destinado a prevenir decadência e a multa de lançamento de ofício, em relação aos quais, após análise, julgou pelo cancelamento da penalidade aplicada.

26.Compulsando os autos, a empresa não apresentou dialeticidade sobre o tema, não tecendo uma linha sequer para atacar a decisão recorrida. Como sabido, o recurso deve atacar especificamente os fundamentos da decisão recorrida, demonstrando o desacerto do julgado. A falta de ataque a todos os fundamentos pode levar ao não conhecimento do recurso, com base na Súmula 182 do STJ (aplicada analogicamente), bem como no art. 932, III, do CPC/2015.

27.Contudo, à luz do artigo 933 do CPC, se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada, tais elementos devem ser considerados no julgamento.

28.Nesse ponto, entendo existir fato superveniente, qual seja, a modulação dos efeitos no Tema 69 do STF.

29.Sobre a modulação é importante rememorar que nos embargos de declaração do RE 574.706/PR, o STF modulou os efeitos para estabelecer, como regra geral, a eficácia da tese a partir de 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até essa data, e firmou que o ICMS a ser excluído é o destacado na nota fiscal.

30.No caso concreto, a ação da empresa foi proposta em 17/12/2015, enquadrando-se, portanto, na ressalva temporal da modulação. À vista disso, concluo no sentido de excluir, da base de cálculo do PIS e da Cofins, base essa, inclusive, já analisada no processo-mãe, o ICMS destacado.

O acórdão recorrido foi assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Ano-calendário: 2012, 2013, 2014, 2015 AÇÃO JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA.

A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas.

Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente.

Consta do acórdão recorrido que:

(...)

Acrescente-se que antes da lavratura dos autos de infração a contribuinte já havia obtido sentença concedendo parcialmente a segurança pleiteada (também favorável nº que concerne à matéria aqui discutida), mantendo-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, consoante decisão do Juízo a quo de 03/10/2016.

Sendo assim entende-se de forma divergente ao voto condutor quanto a análise e provimento desta matéria de mérito em vista da concomitância com a ação judicial aplicando-se a Súmula CARF 1.

Súmula CARF nº 1

Aprovada pelo Pleno em 2006

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, não conheço do recursos voluntário da INDUSTRIAS TUDOR S.P. DE BATERIAS quanto ao mérito em vista da concomitância aplicando-se a Súmula CARF Nº 1

*Assinado Digitalmente*

**Márcio José Pinto Ribeiro**