



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

Processo n° 11040.721253/2011-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1101-001.066 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2014
Matéria IRPJ e outros
Recorrente DJS PETER & CIA LTDA e responsável tributário Pexter Logística Ltda.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2007, 2008, 2009

LANÇAMENTO. NULIDADE. O lançamento efetuado com observância dos pressupostos legais, com a descrição dos fatos e legislação aplicável, e não havendo prova da violação das disposições contidas no artigo 142, do CTN e artigos 10 e 59 do Decreto n.º 70.235, de 1972, não há que se falar em nulidade.

INTIMAÇÕES. NULIDADE. São regulares as intimações efetuadas via postal e recebidas no domicílio fiscal da contribuinte.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. Se a contribuinte apresentou impugnação em tempo hábil, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa.

COFINS. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. SOBRESTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não mais subsiste a previsão regimental de sobrestamento para os casos em que a matéria está sendo discutida no Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral.

ICMS DEVIDO PELA PRÓPRIA CONTRIBUINTE. INCLUSÃO. O ICMS incidente sobre o valor da venda de mercadorias ou da prestação de serviços é parcela calculada por dentro e integra o faturamento, representando despesa do vendedor

ARBITRAMENTO DOS LUCROS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. Se a pessoa jurídica, optante pelo Lucro Presumido, deixar de exibir sua escrituração, especificamente o Livro Caixa, após intimação regular deve ter seu lucro arbitrado, como determina a legislação de regência.

LUCRO ARBITRADO. COEFICIENTE. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta será determinado mediante a

aplicação dos percentuais fixados no art. 519 do Regulamento do Imposto de Renda, acrescidos de vinte por cento (RIR 99 art. 532)

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICAÇÃO DA MULTA. A conduta da contribuinte de apresentar DIPJ zerada e de não declarar em DCTF qualquer valor a título de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, tendo auferido nos três anos calendário abrangidos pelo procedimento fiscal receitas em valores vultosos, obtida a partir dos livros fiscais de apuração do ICMS e dos valores constantes da GIA revelam que conscientemente visou eximir-se do recolhimento desse imposto e dessas contribuições, e justifica a aplicação da multa qualificada

PROCESSOS REFLEXOS: CSLL, PIS e COFINS. Respeitando-se a materialidade do respectivo fato gerador, a decisão prolatada no processo principal será aplicada aos demais lançamentos decorrentes.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM. Configurado o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador dos tributos, pela prova de existência de identificação entre o responsável solidário e a contribuinte, resta caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, I do CTN.

ARROLAMENTO DE BENS. Questões relativas a arrolamento de bens, de que trata o art. 64 da Lei nº 9.532/97, não são da competência do CARF, e devem ser dirigidas ao Titular da Delegacia da Unidade de origem, razão pela qual essa matéria não deve ser conhecida.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS: Matéria não conhecida. Súmula CARF nº 28.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em: Relativamente ao recurso voluntário de DJS Peter & Cia Ltda: 1.1) por unanimidade de votos, REJEITAR a arguição de nulidade do auto de infração; 1.2) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS; 1.3) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente ao arbitramento dos lucros; 1.4) por unanimidade de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente à qualificação da penalidade; 1.5) por unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário relativamente aos lançamentos reflexos; e 1.6) por unanimidade de votos, NÃO conhecer o recurso voluntário relativamente à representação fiscal para fins penais; e 2) relativamente ao recurso voluntário de Dexter Logística Ltda: 2.1) por maioria de votos, NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, divergindo os Conselheiros Benedicto Celso Benício Júnior e Joselaine Boeira Zatorre; e 2.2) por unanimidade de votos, NÃO CONHECER o recurso voluntário relativamente ao arrolamento dos bens, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

Processo nº 11040.721253/2011-21
Acórdão n.º **1101-001.066**

S1-C1T1
Fl. 1.862

(documento assinado digitalmente)

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

MÔNICA SIONARA SCHPALLIR CALIJURI - Relatora

NOME DO REDATOR - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcos Aurélio Pereira Valadão (presidente da turma), Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Mônica Sionara Schpallir Calijuri, Joselaine Boeira Zatorre e Marcos Vinícius Barros Ottoni.

Relatório

DJS PETER & CIA LTDA, já qualificada nos autos, recorre de decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS que, por unanimidade de votos, julgou IMPROCEDENTE a impugnação interposta contra lançamento lavrado em 10/10/2011 e cientificado em 18/10/2011, exigindo crédito tributário, multa e juros nos valores de:

Imposto de Renda Pessoa Jurídica.....R\$ 4.334.548,77 (fls. 598-614)

Programa Integração Social.....R\$ 1.232.869,94 (fls. 615-628)

Contribuição p/Financiamento S. Social.....R\$ 5.690.172,22 (fls. 629-642)

Contribuição Social s/Lucro Líquido.....R\$ 2.041.637,05 (fls. 643-656)

Consta da decisão recorrida o relato sintético que, por bem demonstrar os fatos, transcrevo a seguir:

“ (a) o objeto social da contribuinte é o transporte rodoviário de cargas;

(b) as DIPJ referentes aos anos- calendário de 2007 e 2008 indicaram a opção pelo lucro presumido; a DIPJ referente ao ano-calendário de 2009 não foi apresentada pelo contribuinte até a data de lavratura do auto de infração;

(c) a contribuinte apresentou os livros de registro e apuração do ICMS, da matriz e das filiais localizadas em Canoas/RS e Itajai/SC, referentes ao ano-calendário de 2007 e declaração de que “no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, não houve escrituração contábil e nem livro caixa” ; respeitante aos anos-calendário 2008 e 2009, entregou os livros de registro e apuração do ICMS, referentes de sua filial situada em Itajai/SC; os livros referentes às demais filiais e à matriz não foram apresentados;

(d) com o fim de verificar a recita bruta da contribuinte, a fiscalização encaminhou ofício para a 6ª Delegacia da Receita Estadual – Pelotas/RS solicitando as Guias de Informação e Apuração (GIA) do ICMS referentes à matriz e a todas as filiais situadas no RS, referentes ao período fiscalizado;

(e) o levantamento do faturamento bruto mensal levou em consideração:

Matriz: no ano-calendário de 2007, a receita bruta mensal foi apurada com base no livro de registro e apuração do ICMS apresentado pela contribuinte; nos anos-calendário de 2008 e 2009, a receita bruta mensal foi apurada com base nas GIAs apresentadas pela 6ª DRE;

Filial 92.989.615/000372 (Canoas/RS): a receita bruta mensal foi apurada com base no livro de registro e apuração do ICMS referente ao ano-calendário de 2007 apresentado pelo contribuinte e nas GIAs apresentadas pela 6ª DRE, no que diz respeito aos anos-calendário de 2008 e 2009;

Filial 92.989.615/000453 (Itajaí/SC): a receita bruta mensal foi apurada com base nos livros de registro e apuração do ICMS referentes aos anos-calendário de 2007, 2008 e 2009, apresentados pelo contribuinte.

A receita bruta mensal apurada foi totalmente omitida do Fisco, haja vista que nas DIPJs referentes aos anos-calendário de 2007 e de 2008 foi informado valor zero de receita bruta em todos os meses e a DIPJ de 2009 não foi apresentada.

(f) foi lavrado termo de sujeição passiva solidária da Pexter Logística LTDA, CNPJ nº 10.552.806/000146;

(g) o lucro foi arbitrado pela falta de apresentação dos livros diário e razão ou o livro caixa contendo toda a movimentação financeira, tendo sido intimada a contribuinte a apresentá-los, e tendo sido por três vezes prorrogado o prazo para tanto;

(h) como relatado, a contribuinte informou que não auferiu receita bruta nas DIPJ dos exercícios de 2008 (ano-calendário de 2007) e 2009 (ano-calendário de 2008); a DIPJ do exercício de 2010 (ano-calendário de 2009) não foi apresentada; as DCTFs referentes ao 2º semestre de 2009 não foi apresentada e às relativas aos 1º e 2º semestres de 2007, 1º e 2º semestres de 2008 e 1º semestre de 2009 foram apresentadas, porém sem informações de débitos de IRPJ, de CSLL, de PIS e de COFINS; a receita foi apurada através dos registros no livro de registro e apuração do ICMS e dos valores constantes das GIAs enviadas pela 6ª DRE;

(i) foi aplicada a multa de 150%, prevista no inciso II do artigo nº 957 do Decreto nº 3000/99, a todas as infrações, haja vista a prática reiterada de omissão de receitas por três anos-calendário consecutivos e devido ao montante total omitido, R\$ 67.109.220,09.

A ciência do auto de infração ocorreu em 18/10/2011 (fl. 677).

Cientificada por via postal em 18/10/2011, em 17/11/2011, a **DJS Peter e Cia Ltda.** apresentou impugnação, asseverando, conforme consta no relato da DRJ, que (fls. 686-710):

(a) a nulidade do auto de infração, uma vez que: (a.1) este não foi recebido por si, ficando prejudicado seu direito de defesa; (a.2) não teve acesso de seus livros de apuração de ICMS, que estão em poder da Receita Federal, (a.3) citou o art. 142 do CTN e a Lei nº 6.537/73, art. 17.

(b) o arbitramento não condiz com o seu faturamento real, do qual não fazem parte os valores que foram repassados aos freteiros, caracterizando enriquecimento ilícito da Receita Federal; “conforme pacificado no STF, quando do cálculo do imposto deve se ter destacado

o faturamento da empresa, de forma que os impostos e os valores repassados a terceiros não podem compor a base de cálculo”; é permitida a utilização do regime de caixa na apuração do lucro presumido; juntou aos autos o livro-caixa, de modo que todas as informações lançadas estão à disposição da Receita e os valores estão muito aquém do lançado;

(c) o coeficiente do Lucro presumido é de 8%, “de forma que o acréscimo do auto no percentual de 1,6%, totalizando 9.6%, são os casos de atividades diversificadas, o que não é o caso da empresa DJS”;

(d) a falta de declaração ou sua omissão não é suficiente para caracterizar a multa qualificada, conforme art. 112 do CTN e Súmula 14 do CARF; em nenhum momento deixou de cumprir com suas obrigações, nem teve intenção de lesar o Fisco; o auto de infração pode inviabilizar o seu funcionamento, o que atenta contra os princípios do não confisco e da razoabilidade.

Pediu a declaração de nulidade do auto de infração.

A Turma julgadora rejeitou estes argumentos decidindo por unanimidade de votos não conhecer das alegações atinentes ao controle repressivo de constitucionalidade de leis e julgar improcedentes as impugnações, mantendo os créditos tributários e a sujeição passiva solidária. A ementa, esclarecedora da lide, transcreve-se a seguir:

A **DJS Peter**, cientificada da decisão de primeira instância em 16/05/2012 (fl. 1812), interpôs **recurso voluntário**, tempestivamente, em 15/06/2012 (fls. 1814 a 1840), no qual reprisa os argumentos apresentados impugnação:

Preliminarmente requer a nulidade do auto de infração alegando que o AR não fora recebido por pessoa competente e que não tendo sido recebido pela empresa, ficando prejudicada quanto ao prazo para o exercício da defesa, caracterizando o cerceamento do direito de defesa.

Requer ainda a nulidade do auto de infração alegando prejuízo do seu direito de defesa de forma plena visto que o auto de infração foi amparado pelo livro do ICMS a contribuinte, enviado via convênio através do ofício DEF/2011/084, não tendo a contribuinte acesso aos mesmos.

Adentra ao mérito com os argumentos relatados em síntese, a seguir:

- o fisco não cumpriu os requisitos formais previstos no art. 142 do CTN.
- a autoridade administrativa decidiu que o livro caixa apresentado posteriormente ao auto de infração não tem o condão de invalidar o lançamento arbitrado e que as ações judiciais estão suspensas não abrangendo procedimentos administrativos;
- os autos de infração do PIS e COFINS foram feitos com base no arbitramento que não condiz com o faturamento real e que os valores repassados aos freteiros, bem com os impostos, não fazem parte do **faturamento da empresa;**

- juntou ao auto de infração o livro Caixa referente ao período e que as informações estão à disposição da Receita, ressaltando que a empresa enquadra-se na Instrução Normativa SRF N. 104 de 24 de agosto de 1998, opção esta feita pela empresa e que as receitas apuradas pelo regime de caixa são significativamente inferiores às apuradas pelo regime de competência, conforme planilha;
- os tribunais vem decidindo pela não incidência do PIS e COFINS sobre o valor do ICMS. Coleciona jurisprudência e doutrina. Alega que é pacífico no STF que quando do cálculo do imposto deve ser destacado o faturamento da empresa, de forma que os impostos e valores repassados a terceiros não podem compor a base de cálculo, o que afrontaria o Direito, havendo bitributação, já que dois contribuintes pagariam pelo mesmo fato gerador.
- o fisco não pode apurar a base de cálculo com base no Lucro Arbitrado, com as alíquotas majoradas, já que foi apresentado o livro Caixa;
- o erro cometido pela contribuinte foi de natureza formal, não concorrendo para a prática de ilícito que desse causa à multa qualificada de 150%, de acordo com o artigo n. 957, inciso II, do RIR/99 e que deve ser enquadrada no inciso I (75%);
- a jurisprudência corrobora o entendimento de que a falta de declaração pela contribuinte ou omissão não é suficiente para caracterizar a multa qualificada;
- o Fisco deve aplicar o princípio da razoabilidade em sua atuação, e que o auto de infração com base arbitrada e multa qualificada inviabilizam o funcionamento da empresa. Coleciona citações sobre o tema.

Pede a baixa da Representação para fins fiscais e nulidade do auto de infração, já que o mesmo serviria de base para uma execução extrajudicial da Fazenda e CDA, e neste caso, estaria eivado de liquidez; pede a reforma da decisão e declaração de nulidade do auto de infração.

Sujeição Passiva

Foi lavrado termo de sujeição passiva solidária contra a sociedade Pexter Logística Ltda. (fls. 667-668), cuja ciência ocorreu em 18/10/2011 (fl. 679).

O relatório fiscal mostra que a lavratura do termo de sujeição passiva contra a Pexter Logística Ltda – CNPJ 10.552.806/001-46 lastrou-se nos seguintes fatos, relatados na decisão de 1. Instância, que por bem relatar o ocorrido, valho-me das mesmas, que ora transcrevo:

1. no endereço constante no sistema CNPJ da matriz da DJS Peter & CIA LTDA, foi encontrado seu responsável perante o CNPJ, Sr. Darci José Simões Peter, CPF nº 218.948.09068;

2. nesse endereço não há qualquer identificação da DJS Peter & CIA LTDA ou Transportes Pexter (nome fantasia conforme cadastro CNPJ), mas sim da “Pexter Logística LTDA”;

3. a Pexter Logística LTDA foi aberta em 02/12/2008 e seu quadro societário é formado pelos Srs. Theo Carpena de Menezes Peter, CPF nº 000.965.35032 e Bárbara Carpena de Menezes Peter, CPF nº 016.141.94025, filhos do Sr. Darci José Simões Peter;

4. após a Fiscalização ter cientificado o Sr. Darci José Simões Peter, do Mandado de Procedimento Fiscal e do Termo de Início de Procedimento Fiscal, no endereço constante do cadastro CNPJ, a contribuinte alterou o endereço neste sistema; até então, o endereço da matriz da DJS Peter & CIA LTDA, corresponde ao atual endereço da filial de CNPJ nº 10.552.806/000227 da Pexter Logística LTDA;

5. em consulta realizada no cadastro CNPJ em 03/06/2011, a fiscalização constatou coincidência de endereços entre as filiais da DJS Peter e Pexter: (a) na cidade de Cotia/SP (CNPJ nºs 92.989.615/000615 e CNPJ nº 10.552.806/000650) e (b) em Eldorado do Sul/RS (CNPJ nºs 92.989.615/000534 e 10.552.806/000731);

6. em consulta realizada em 05/10/2011, após a Fiscalização diligenciar junto a Pexter Logística LTDA, os endereços das filiais citadas da Pexter foram alterados;

7. apesar da alteração no cadastro CNPJ do endereço da filial da Pexter Logística LTDA na cidade de Eldorado do Sul/RS, no sítio www.pexter.com.br o endereço desta filial não foi alterado;

8. as filiais da DJS Peter & CIA LTDA, CNPJ nº 92.989.615/000453, 92.989.615/000534 e 92.989.615/000615, possuem o nome fantasia “Pexter Transportes” e “Pexter Soluções em Logística”, mesmo nome empresarial da “Pexter Logística LTDA”;

9. no sítio www.pexter.com.br/site, aba “empresa”, é informado que: “Tendo como base uma empresa familiar, a Pexter Logística iniciou suas atividades na Cidade de Pelotas no ano de 1979 ...”, demonstrando a utilização do fundo de comércio da DJS Peter e Cia Ltda pela Pexter Logística LTDA, pois a Pexter Logística LTDA foi aberta em 02/12/2008;

10. a Fiscalização citou como motivo da criação da sociedade Pexter, que deu prosseguimento às atividades da DJS Peter e Cia Ltda, a existência de lançamento tributário de R\$ 4.227.021,29, relativo aos anos-calendário de 2003 e 2004, formalizado no processo administrativo nº 16641.000100/200896;

11. devido aos fatos relatados, a Fiscalização entendeu estar caracterizada a continuidade da exploração do transporte de carga, e, em decorrência, a solidariedade da Pexter Logística LTDA, CNPJ nº 10.552.806/000146, pelos créditos tributários apurados, de acordo com o artigo 124, inciso I da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Cientificada em 18/10/2011, a **Pexter Logística Ltda** apresentou **impugnação em 16/11/2011**(fls. 680-684), alegando sua ilegitimidade passiva. Pediu a nulidade da sujeição passiva solidária e do arrolamento do automóvel Fiat Palio. Pediu também o acolhimento da impugnação e a declaração de nulidade do auto de infração

O julgador de 1ª instância fez um aprofundado exame das provas e manteve a sujeição passiva solidária.

A Ementa da Acórdão 11040.721253/2011-21, transcreve-se a seguir:

PRELIMINAR DE NULIDADE.

Não se configurando nenhuma das hipóteses arroladas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, que rege o processo administrativo fiscal, não há nulidade, mormente quando fica demonstrado que a impugnante teve oportunidade e exerceu o mais amplo direito de defesa.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Configurado o interesse comum nas situações que constituem o fato gerador dos tributos, pela prova de existência de identificação entre o responsável solidário e a contribuinte, resta caracterizada a sujeição passiva solidária nos termos do art. 124, I, do CTN.

LUCRO ARBITRADO. APRESENTAÇÃO DO LIVRO-CAIXA NA IMPUGNAÇÃO.

A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal (Súmula CARF nº 59).

LUCRO ARBITRADO. COEFICIENTE.

O lucro arbitrado das pessoas jurídicas, quando conhecida a receita bruta, será determinado mediante a aplicação dos percentuais fixados no art. 519 do Regulamento do Imposto sobre a Renda, acrescidos de vinte por cento (RIR 99, art. 532).

MULTA QUALIFICADA.

A prática reiterada de omissão de receitas, por três anos consecutivos, em um montante expressivo, é suficiente para a identificação da vontade de impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador do tributo, o que tem por consequência a qualificação da multa de ofício.

PROCESSOS REFLEXOS. CSLL, PIS e COFINS.

Respeitando-se a materialidade do respectivo fato gerador, a decisão prolatada no processo principal será aplicada aos processos tidos como decorrentes.

Cientificada da decisão de 1ª Instância em 18/05/2012 (AR fl. 1812) **Pexter Logística Ltda** apresentou **recurso voluntário** em 15/06/2012 (fls. 1841 a 1846) no qual

reitera o que foi alegado na impugnação, acrescentando a transcrição do artigo 124-I do CTN para fundamentar a argumentação de que o fato de o proprietário da empresa DJS ser pai do proprietário da empresa Pexter Logística Ltda não configura o interesse comum do artigo 124, I do CTN e adentrando ao mérito com as seguintes razões:

a) Requer a ilegitimidade passiva, uma vez que Pexter Logística Ltda foi criada em 12/03/2008, ou seja, após exercícios de 2007 a 2009, exercícios financeiros que estão sendo cobrados;

b) Argumenta que o fato os proprietários de ambas as empresas serem pai e filho não configura o interesse comum do art. 124, I, que pressupõe a administração direta ou indireta em benefício próprio, extrapolando o interesse econômico alegado; o fato de serem da mesma família não representa qualquer configuração jurídica; se assim fosse estaria se coibindo o interesse ao livre exercício da profissão; o interesse deve ser provado;

c) Afirma que a Pexter Logística Ltda nunca realizou os fatos geradores atribuído no auto de infração;

d) Diz que o interesse comum deve ser visto sob a ótica jurídica, de forma que pressupõe a administração direta ou indireta em benefício próprio, extrapolando o interesse econômico alegado. Acrescenta que a solidariedade é uma exceção e não uma regra e para sua configuração é necessário que o interesse seja provado;

e) Afirma que a DJS não possui dívidas fiscais, uma vez que seus débitos estão parcelados e com a exigibilidade suspensa e o fisco não foi lesado;

f) Requer a sujeição passiva solidária seja afastada por ser nula, asseverando que não pode ser atribuído a sucessora – Interesse Comum, o pagamento das penalidades ou multas não podem ser atribuídas a empresa Pexter Logística Ltda, de forma que a decisão deve ser reformada;

Assevera também que o automóvel Fiat Palio da empresa Pexter Logística Ltda, não deve ser arrolado, em razão da ilegitimidade passiva alegada, devendo ser comunicado ao Detran, a fim de não causar maiores prejuízos à empresa.

Conclui pedindo a insubsistência e improcedência total do lançamento, reforma da decisão administrativa e declaração de nulidade do auto de infração.

O processo foi sobrestado enquanto não sobreviesse decisão do Supremo Tribunal Federal para o RE nº 240.785, nos termos do art. 62-A do RICARF, conforme Resolução n. 1101000.107 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária.

Em virtude da publicação da Portaria n. 545 de 18 de novembro de 2013, que alterou o RICARF, revogando os parágrafos primeiro e segundo do art. 62-A, o processo retorna para julgamento.

É o relatório em apertada síntese.

Voto

O recurso voluntário apresentado pela recorrente DJS Peter & Cia Ltda atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dele tomo conhecimento.

PRELIMINARES

Preliminarmente, alega que a decisão administrativa carece de amparo legal, requisito necessário para tal atividade e pede a nulidade do auto de infração, visto que o mesmo não foi recebido pela contribuinte, caracterizando cerceamento do direito de defesa.

Não tem razão a contribuinte. A ciência do auto de infração ocorreu em 18/10/2011 conforme AR à fl. 677, no domicílio fiscal indicado pela contribuinte, Rua Pracinha Hortência Rosa, n. 1.089, bl “e”, Pelotas, RS, como mostra o extrato do processo à fl. 1.697 e o extrato do CNPJ, constante na decisão da DRJ (fl. 1.788). Acrescente-se que como a impugnação foi efetuada em 17/11/2011, dentro do prazo estabelecido pelo Decreto 70.235/72, claro está que a contribuinte teve ciência do auto de infração, podendo defender-se normalmente.

O artigo 23 do Decreto nº 70.235/1972 detalha as formas de intimação passíveis de utilização no processo administrativo fiscal: pessoal, postal, por meio eletrônico ou por edital. Ademais, importante ressaltar que as três primeiras formas de intimação não estão sujeitas a ordem de preferência e que o uso do edital tem regramento específico.

Relativamente à falta de amparo legal, alegada pela contribuinte, entendo ser uma alegação genérica, sem fundamentação que permita o enfrentamento necessário.

A contribuinte requer também nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa alegando não ter tido acesso aos livros de apuração do ICMS, enviados via convênio, através do ofício n. DEF/2011/084, estando em poder da Receita. Cita o art. 142 do CTN.

Também não lhe assiste razão. De plano porque os documentos enviados pela 6ª DRE através do ofício citado foram as GIAS referentes aos períodos de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, da matriz e da filial 003, conforme consta no Relatório Fiscal (fl. 660). Os livros foram contabilizados pela própria contribuinte não lhe cabendo alegar que não teve acesso aos mesmos. Ademais, os livros foram contabilizados por sistema eletrônico. Mais ainda, a fiscalização reteve os livros nos termos do artigo 35, §1º da nº 9.430/1996 (fl. 257) e entregou cópia do material retido à contribuinte (fl. 670), com ciência à fl. 677.

Pelo exposto, não vislumbro causa para nulidade do auto de infração.

MÉRITO

Adentrando ao mérito, a contribuinte assevera que o auto de infração feito com base no arbitramento não condiz com o faturamento real da empresa, de forma que os valores repassados aos freteiros, bem como os impostos, não fazem parte do faturamento da empresa, insurge-se contra a alíquota de 9,6% utilizada no arbitramento pede utilização do regime de caixa visto a apresentação do livro caixa na fase impugnatória.

Acrescenta que as razões que levaram seis ministros do STF a decidir de forma definitiva pela não incidência do PIS e COFINS sobre o valor do ICMS estão em sintonia com o mencionado no recurso.

Da Base de Cálculo do Imposto

Relativamente à alegação de que os impostos não podem compor a base de cálculo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, porém o *leading case* (Recurso Extraordinário n. 574.706) ainda não foi julgado. Por sua vez, o art. 62-A do RICARF foi alterado com a revogação dos parágrafos primeiro e segundo e não mais autoriza o sobrestamento do feito administrativo, por meio da Portaria MF N. 545/2013:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

{1} § 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B. (Revogado pela Portaria MF nº 545/2013)

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (Revogado pela Portaria MF nº 545/2013)

Nas razões de decidir adoto o voto da conselheira Edeli Pereira Bessa no acórdão 11.01.001.035, sessão de 11/02/2014:

“Oportuno registrar que também está sob apreciação do Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, que também trata da exclusão de ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS, mas apenas no que se refere ao ICMS *cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador de serviços na condição de substituto tributário*, prevista no art. 3º, §2º, inciso I da Lei nº 9.718/98. Aqui, além de a pretensão da contribuinte se verificar na vigência das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2002, a exclusão alegada diz respeito ao ICMS devido pelo próprio contribuinte, vendedor dos bens ou prestador de serviços, em razão da saída de mercadorias de seu estabelecimento.

Por sua vez, esta Relatora compartilha do entendimento reafirmado pelo Superior Tribunal de Justiça em favor da inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS, conforme já sumulado por aquele Tribunal Superior e pelo extinto Tribunal Federal de Recursos:

Inclui-se na base de cálculo do PIS a parcela relativa ao ICM. (Súmula TRF nº 258)

A parcela relativa ao ICM inclui-se na base de cálculo do PIS. (Súmula STJ nº

A parcela do ICMS inclui-se na base de cálculo do Finsocial. (Súmula STJ nº 94)

Em que pese o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado o entendimento de que o conceito de faturamento para fins de incidência de contribuição ao PIS e à COFINS é matéria eminentemente constitucional, que foge da sua competência no âmbito do Recurso Especial (REsp nº 1.017.645/CE e AgRg no REsp nº 1.224.734/RN), os julgamentos mais recentes proferidos naquele Tribunal mantiveram-se favoráveis à inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS, como se vê na ementa do AgRg no RESP nº 1.215.903/DF (publicado em 14/04/2011):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. POSSIBILIDADE.

1. O óbice ao julgamento da presente demanda, antes imposto por decisão liminar proferida na MC na ADC 18, em curso no Supremo Tribunal Federal, não mais existe, haja vista que os efeitos da última prorrogação da liminar que suspendia o julgamento de todas as causas desta jaez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, expiraram em outubro de 2010.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, por suas duas Turmas de Direito Público, possui o uníssono entendimento de que a parcela relativa ao ICMS inclui-se na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94/STJ.

3. Precedentes: AgRg no Ag 1.071.044/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 8.2.2011, DJe 16.2.2011; AgRg no Ag 1.282.409/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 22.2.2011, DJe 25.2.2011.

Agravo regimental improvido.

E isto porque, mesmo à época em que tais contribuições incidiam apenas sobre o faturamento, entendido como receita bruta de vendas e de prestação de serviços, já se podia afirmar que todas as parcelas recebidas pela empresa a título de preço de venda de mercadoria é receita sua, sendo irrelevante o fato de alguma parte ser destinada ao pagamento de tributos. Neste sentido, o legislador trouxe previsão expressa para excluir, da base de cálculo da COFINS e da Contribuição ao PIS, apenas, o IPI e o ICMS recebido na condição de substituição tributária, na medida em que o primeiro é calculado por fora e, assim como o ICMS decorrente de substituição tributária, é recebido pelo vendedor na condição de depositário de tributos devidos por terceiros que devem ser repassados à Fazenda Pública. Já o ICMS incidente sobre o valor da venda de mercadorias ou da prestação de serviços é parcela calculada por dentro e integra o faturamento, representando despesa do vendedor. Assim, ausente autorização legal para sua exclusão, deve ser rejeitada a pretensão da recorrente.”

Por este motivo deve ser NEGADO PROVIMENTO ao recurso voluntário no que tange à exclusão do ICMS da base de cálculo da COFINS e do PIS.

A contribuinte alega que o auto de infração feito com base no arbitramento, não condiz com o faturamento real da empresa e que os valores repassados aos freteiros não foram excluídos do faturamento.

Conforme consta do Relatório Fiscal, em 07/06/2011 a contribuinte foi intimada a apresentar os livros fiscais, os livros contábeis e o livro caixa dos anos-calendário abrangidos pela fiscalização, a saber: 2007, 2008 e 2009 (fl. 2):

“No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, na forma do disposto no art. 7º da Lei nº 2.354/54 e no art. 7º do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, damos início à fiscalização do contribuinte acima identificado, INTIMANDO-O a apresentar, os elementos abaixo especificados:

Prazo: 5 (cinco dias úteis Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2009

Livro de registro e apuração do ICMS da matriz e de todas as filiais;

Livro de registro e apuração do ISS da matriz e de todas as filiais;

Livros diário e razão ou o livro caixa que contenha toda a movimentação financeira, inclusive bancária da matriz e de todas as filiais. A não apresentação dos Livros diário e razão ou do livro caixa conforme requisitado sujeitará a empresa ao arbitramento do lucro dos anos –calendário de 2007 a 2009, de acordo com a legislação vigente;”

Porém, a contribuinte pediu três prorrogações de prazo em 20/06, 30/06 e 18/07/2011 (fls. 04, 05 e 06). A última prorrogação foi concedida até 18/08/2011 totalizando mais de 2 meses de concessão de prazo e apresentou a documentação apenas parcialmente, conforme consta no TVF:

Após ter apresentado três pedidos de prorrogação de prazo para atendimento do Termo de Início, o contribuinte apresentou dois livros de registro e apuração do ICMS, referentes aos anos-calendário de 2008 e 2009 de sua filial situada em Itajaí/SC. Os livros referentes às demais filiais e à matriz não foram apresentados.

Todos os prazos de prorrogação se esgotaram e o contribuinte não apresentou quaisquer outras alegações e/ou documentos.

Observe-se que a contribuinte apresentou as DIPJs dos anos-calendário 2007 e 2008 com valores zerados em todos os trimestres e a referente ao ano-calendário 2009 não foi apresentada. Consta-se então, que não houve opção previamente à fiscalização pela tributação com base no regime de Caixa, pois a DIPJ foi entregue com os valores zerados.

Acrescente-se que o sócio-gerente da DJS Peter, sr. Darci José Simões Peter, declarou que “no período de 01/01/2007 a 31/12/2007, não houve escrituração nem livro caixa” (fl. 256).

Relativamente às DCTFs do período fiscalizado, as do 1º e 2º semestre de 2007, 1º e 2º semestre de 2008 e 1º semestre de 2009 foram apresentadas sem informações de débitos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. A DCTF do 2º semestre de 2009 não fora apresentada.

Com a apresentação incompleta dos livros de apuração do ICMS e a não apresentação do livro caixa, a fiscalização não teve alternativa a não ser o arbitramento, nos termos do artigo 530, III, do RIR/99, e, para apuração do faturamento da empresa, foram utilizadas as GIAS enviadas pela 6ª DRE, valores estes que foram informados pela própria empresa à Secretaria de Fazenda, conforme extrato do Relatório Fiscal:

Tendo em vista que o contribuinte apresentou somente os livros de registro e apuração do ICMS da matriz (2007), da filial situada em Canoas/RS (2007) e da filial situada em Itajaí/SC (2007, 2008 e 2009), emitimos o Ofício nº 988/2011/DRF-Pel/SRRF10/RFB/MF-RS para a 6ª Delegacia da Receita Estadual - Pelotas/RS (6ª DRE), solicitando que nos fossem enviadas as Guias de Informação e Apuração (GIA) do

ICMS referentes à matriz e a todas as filiais do contribuinte situadas no RS, referentes ao período fiscalizado.

Solicitamos as GIAS para verificarmos nesses documentos a receita bruta do contribuinte, haja vista que não foram apresentados os livros de todas as filiais e, tão pouco de todo o período fiscalizado, livros requisitados do contribuinte através do Termo de Início do Procedimento Fiscal.

Em resposta a esse Ofício, a 6ª DRE enviou o ofício nº DEF/2011/084 e as GIAS referentes ao período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009 da matriz e da filial de CNPJ nº 92.989.615/0003-72.

Para apuração da receita bruta mensal foram extraídos das GIAS os valores referentes ao “Faturamento”, do quadro “C” constante desses documentos, referentes aos CFOPs nºs 5352 e 6352. Dos livros de registro e apuração do ICMS foram considerados os valores dos CFOPs nºs 5352, 6352 e 6932.

Relativamente a utilização da alíquota de 9,6% para apuração da base de cálculo do IR, corretamente agiu a fiscalização ao aplicar sobre a receita bruta o percentual de arbitramento de 9,6% para a atividade de transporte de carga, conforme determina o art. 532 do RIR/99.

A contribuinte assevera que a Receita Federal autoriza a utilização do regime de caixa quando da apuração do lucro presumido, conforme se observa na IN SRF n. 104/1998. Vale lembrar que o regime de caixa é uma opção da contribuinte para apurar a base de cálculo do IRPJ e CSLL com base no lucro presumido e para tanto deve observar os artigos 1º e 2º da citada Instrução Normativa *in verbis*:

“Art. 1º A pessoa jurídica, optante pelo regime de tributação com base no lucro presumido, que adotar o critério de reconhecimento de suas receitas de venda de bens ou direitos ou de prestação de serviços com pagamento a prazo ou em parcelas na medida do recebimento e mantiver a escrituração do livro Caixa, deverá:

I - emitir a nota fiscal quando da entrega do bem ou direito ou da conclusão do serviço;

II - indicar, no livro Caixa, em registro individual, a nota fiscal a que corresponder cada recebimento.

§ 1º Na hipótese deste artigo, a pessoa jurídica que mantiver escrituração contábil, na forma da legislação comercial, deverá controlar os recebimentos de suas receitas em conta específica, na qual, em cada lançamento, será indicada a nota fiscal a que corresponder o recebimento.

§ 2º Os valores recebidos adiantadamente, por conta de venda de bens ou direitos ou da prestação de serviços, serão computados como receita do mês em que se der o faturamento, a entrega do bem ou do direito ou a conclusão dos serviços, o que primeiro ocorrer.

§ 3º Na hipótese deste artigo, os valores recebidos, a qualquer título, do adquirente do bem ou direito ou do contratante dos serviços serão

considerados como recebimento do preço ou de parte deste, até o seu limite.”

Acontece que, quando intimada, a contribuinte não apresentou o livro caixa ou a escrituração contábil. O livro caixa apresentado posteriormente ao encerramento da fiscalização, em fase impugnatória, e que deixaram de ser exibidos quando intimados, não invalida os procedimentos fiscais tomados. Aplicável o entendimento da súmula CARF nºs 59, ou seja:

“Súmula CARF nº 59: A tributação do lucro na sistemática do lucro arbitrado não é invalidada pela apresentação, posterior ao lançamento, de livros e documentos imprescindíveis para a apuração do crédito tributário que, após regular intimação, deixaram de ser exibidos durante o procedimento fiscal”

Pelo exposto nego provimento ao recurso voluntário nesta parte.

MULTA QUALIFICADA

A recorrente insurge-se contra a multa de ofício de 150% , alegando erro de natureza formal, não concorrente para a prática do ilícito e que em nenhum momento deixou de cumprir com suas obrigações, não tendo intenção de lesar o fisco e que as obrigações fiscais da contribuinte estão em dia, com a exigibilidade suspensa em razão do parcelamento ou em razão de impugnação administrativa.

A qualificação da multa foi efetuada pela fiscalização com a seguinte justificativa:

Foi aplicada a multa de 150% prevista no inciso II do artigo nº 957 Decreto nº 3000/99 a todas as infrações deste auto de infração, haja vista a prática reiterada do contribuinte de omissão de receitas por três anos-calendário consecutivos e devido ao montante total omitido, que chegou a R\$ 67.109.220,09 nesses três anos.

É certo que a contribuinte apresentou DIPJs e DCTFs, mas sem as devidas informações de débitos de tributos, também é certo que em razão da impugnação ou parcelamento a exigibilidade do tributo fica suspensa (art. 151 do CTN), contudo, é preciso ter em conta que a Lei nº 9.430/96 assim trata o agravamento de penalidades:

- Redação anterior:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido 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. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

- Redação vigente a partir da Lei nº 11.488/2007:

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)

[...]

E a jurisprudência recente deste Conselho é forte no sentido de que a conduta reiterada para omitir do fisco receitas tributáveis é passível de lançamento com multa qualificada.

MULTA QUALIFICADA - A apresentação ao fisco federal, durante anos consecutivos, de declarações que informam ausência de receitas, quando os livros fiscais estaduais e a escrituração do sujeito passivo demonstram que ele auferia receitas e conhecia seu valor, revelam intenção de ocultar ou retardar o conhecimento, pela autoridade administrativa, da ocorrência do fato gerador, implicando qualificação da multa de ofício. Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF)/ Acórdão n. 9101-001323 em 25.04.2012

MULTA QUALIFICADA. CABIMENTO. A conduta do contribuinte ao informar ao fisco o não auferimento de receitas, por meio de declarações zeradas, durante anos consecutivos, estando em plena atividade, revela prática dolosa e determina a aplicação de multa qualificada. CARF – 4ª Câmara – 2ª Turma Ordinária/ Acórdão no 1402-001.219 em 14.11.2012.

Acrescente-se que as GIAS informadas à Secretaria de Fazenda, bem como o próprio relatório de conhecimento de fretes indicam que a empresa estava em atividade, caracterizando seu procedimento de omissão de receitas como conduta reiterada visando omitir do fisco federal os tributos devidos.

Cabível, portanto, a multa de 150% nos termos do art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Representação Fiscal para Fins Penais

A Representação Fiscal Para Fins Penais foi elaborada nos termos dos artigos 1º e 3º da Portaria RFB nº 665, de 24 de abril de 2008, autuada no Processo Administrativo Fiscal nº 11040.721.254/2011-76. O CARF não sendo competente para se manifestar sobre a matéria a mesma não deve ser conhecida.

Súmula CARF nº 28: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais*

CSLL, PIS e COFINS

Respeitando-se a materialidade do respectivo fato gerador, a decisão prolatada no processo principal será aplicada aos lançamentos tidos como decorrentes (CSLL, PIS e COFINS).

Face ao exposto, meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.

Da sujeição passiva solidária

O recurso voluntário apresentado pela recorrente Pexter Logística Ltda – responsável solidária atende aos requisitos de admissibilidade previstos nas normas de regência, em especial no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Dele tomo conhecimento.

Aos argumentos apresentados no recurso, que reprimam os apresentados em sede de impugnação, a decisão de 1ª instância, de lavra do relator João Bellini Júnior, não merece reparo pois evidencia aprofundado exame dos autos, ampla abordagem jurídica acerca da matéria, aprofundamento dos autos e conclusões das quais esta Relatora compartilha.

Pertinente, assim, a transcrição da análise expedida no voto do I. Julgador:

“DAS NULIDADES

A interessada alega a nulidade da sujeição passiva solidária e do arrolamento do automóvel Fiat.

É consabido que no processo administrativo fiscal as causas de nulidade se limitam às que estão elencadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1.972:

Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará ~~nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.~~

(Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.748, de 09.12.1993)

Não estão apontadas quaisquer atos ou termos lavrados por pessoa incompetente nem algum despacho ou decisão proferidos por autoridade incompetente.

(...)

Neste sentido a pacífica jurisprudência de todas as Câmaras do 1º Conselho de contribuintes:

PRELIMINAR DE NULIDADE – Não se configurando nenhuma das hipóteses arroladas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 que rege o processo administrativo fiscal, não se pode admitir pedido de nulidade, mormente quando fica demonstrado à saciedade que a recorrente teve oportunidade e exerceu o mais amplo direito de defesa. (1º CC – Ac. 10193.381– 1ª C. – Rel. Kazuki Shiobara – DOU 29.06.2001 – p. 103)

NULIDADE DO LANÇAMENTO – As causas de nulidade do processo administrativo estão elencadas no art. 59, incs. I e II do Decreto nº 70.235/72. (1º CC – Ac. 10319.982– 3ª C. – Rel. Neicyr de Almeida –DOU 22.06.1999 – p. 6)

NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO – As causas de nulidade no processo administrativo fiscal estão elencadas no art. 59, incisos I e II, do Decreto n.º 70.235/72. Não pode ser inquinado de nulo o lançamento efetuado em acordo com as disposições legais de regência. (1º CC – Ac. 10512.292– 5ªC – DOU 05.05.1998 – p. 14)

NULIDADE DO PROCESSO FISCAL – O Auto de Infração e demais termos do processo fiscal só são nulos nos casos previstos no art. 59 do Decreto nº 70.235/72 (Processo Administrativo Fiscal). (1º CC – Ac.10609.632 – 6ª C – Rel. Adonias dos Reis Santiago – DOU 17.12.1998)

NULIDADE – Não é nulo o Auto de Infração que contém todos os elementos necessários à compreensão inequívoca pelo contribuinte das exigências e dos fatos que o motivaram. Somente serão nulos os atos e termos processuais se lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa (Art. 59 do Decreto nº 70.235/72). (1ºCC – Proc. 10245.000092/9912– Rec. 133570 – (Ac. 10707028)– 2ªC. – Rel. Natanael Martins – DOU 07.07.2003 – p. 31)

PAF – NULIDADE DO LANÇAMENTO – As causas de nulidade no processo administrativo estão elencadas no art. 59, incisos I e II do Decreto nº 70.235/72 (Ac. 10806.897)– 3ª C. – Relª Marcia Maria Loria Meira – DOU 07.06.2002 – p. 47)

No mérito da sujeição passiva solidária, penso que a razão está com a Fiscalização. O conjunto indiciário é forte e consistente no sentido de existir identificação entre a DJS Peter e a Pexter Logística.

Tanto é assim, que tal identificação é afirmada pela própria Pexter Logística, que, tendo sido criada, como alegou, em 2008, descreve em seu sítio na internet: “Tendo como base uma empresa familiar, a Pexter Logística iniciou suas atividades na Cidade de Pelotas no ano de 1979, com o transporte de cargas oriundas da produção agrícola do Rio Grande do Sul. Começou abastecendo por meio rodoviário as regiões de maior consumo do centro, nordeste e norte do país” (fl. 419 e <http://www.pexter.com.br/site/empresa.php>) (grifos no original)

(....)

Ademais, também confirmam esta identificação, conforme relatado pela Fiscalização:

(a) ser o Sr. Theo Carpena de Menezes Peter, CPF nº 000.965.35032 sócio de ambas, Pexter Logística e da DJS Peter:

CNPJ: 92.989.615/0001-00 L.PRES AC - 2007 RF- 10 DECL.- 1238990 DV - 92	
FICHA 50 - IDENTIFICACAO DE SOCIOS OU TITULAR	
PF/PJ: PESSOA FISICA	
CPF/CNPJ: 000.965.350-32	SOCIO: 0002 / 0002
NOME: THEO CARPENA DE MENEZES PETER	
QUALIFICACAO: SOCIO PESSOA FISICA DOMICILIADO NO BRASIL	
PERCENTUAL SOBRE CAPITAL TOTAL:	1,00
PERCENTUAL SOBRE CAPITAL VOTANTE:	0,00
PAIS: BRASIL	
CPF DO REPRESENTANTE LEGAL:	
QUALIFICACAO DO REPRESENTANTE LEGAL:	

CNPJ: 10.552.806/0001-48 INATIVA AC - 2008 RF- 10 DECL.- 4211224 DV - 79	
PAG.: 01 / 01	
DADOS DO REPRESENTANTE DA PESSOA JURIDICA	
NOME : THEO CARPENA DE MENEZES PETER	
CPF : 000.965.350-32	

(b) terem as filiais da DJS Peter & CIA LTDA, CNPJ nº 92.989.615/000453, 92.989.615/000534 e 92.989.615/000615, respectivamente os nomes fantasia de "Pexter Logística" (fl. 440), "Pexter Transportes" (fl. 439) e "Pexter Soluções em Logística" (fl. 437), mesmo nome empresarial da "Pexter Logística LTDA";

(c) serem os Srs. Theo Carpena de Menezes Peter, CPF nº 000.965.35032 e Bárbara Carpena de Menezes Peter, CPF nº 016.141.94025, filhos do Sr. Darci José Simões Peter, sócio majoritário da DSJ Peter;

(d) a coincidência entre os endereços constantes do cadastro CNPJ da matriz da DJS Peter e da filial de CNPJ nº 10.552.806/000227 da Pexter Logística LTDA, cujo endereço foi alterado após a Fiscalização ter identificado o Sr. Darci José Simões Peter do Mandado de Procedimento Fiscal e do Termo de Início de Procedimento Fiscal;

(e) a coincidência de endereços entre as filiais da DJS Peter Pexter, em consulta realizada no cadastro CNPJ em 03/06/2011: (a) na cidade de Cotia/SP (CNPJ nºs 92.989.615/000615 e CNPJ nº 10.552.806/000650) e (b) em Eldorado do Sul/RS (CNPJ nºs 92.989.615/000534 e 10.552.806/000731) (os endereços das filiais da Pexter foram alterados após a Fiscalização realizar diligências na sociedade);

(f) ser o endereço da filial de Eldorado do Sul da Pexter (Br 116, km 285, N° 2285), constante no sítio eletrônico desta (fl. 420), o mesmo

endereço da filial da DSJ Peter na cidade, constante no cadastro CNPJ (fl. 439);

(g) no endereço físico da DJS Peter no sistema CNPJ ser encontrada a placa de identificação da Pexter Logística;

Não elidem a identidade entre a DJS Peter e a Pexter Logística:

*(a) a criação da Pexter Logística em 12/08/2008, ou a alegação de que a Pexter nunca realizou os fatos geradores atribuído no auto de infração, uma vez que, como visto, a própria sociedade conta em seu sítio na internet que “Tendo como base uma empresa familiar, a **Pexter Logística** iniciou suas atividades na Cidade de Pelotas no ano de 1979” (grifos no original).*

(b) tão somente que o fato de o pai do proprietário da DJS ser pai do proprietário da Pexter não configura o interesse comum do art. 124, I, do CTN; mas o configura o conjunto indiciário que provam a identidade entre a DJS Peter e a Pexter Logística.

O fato de a DJS ter parcelado suas dívidas tributárias não altera o entendimento aqui expressado.

Não tem razão a Pexter quando afirma que a sujeição passiva solidária é nula, “já que não pode ser atribuído a sucessora – Interesse Comum, o pagamento das penalidades, melhor dizendo, as multas não podem ser atribuídas a empresa Pexter, de forma que o auto de infração deve ser nulo”. Ora, o art. 124 trata de sujeição passiva; deste modo, o solidariamente obrigado do art. 124 é, para todos os efeitos, sujeito passivo, e, nesta condição, coobrigado à totalidade do crédito tributário.

ARROLAMENTO DE BENS

Relativamente ao pedido de arrolamento, onde a recorrente afirma que o automóvel FIAT Palio não deve ser arrolado, em razão alegação de ilegitimidade passiva, o CARF não é competente para se manifestar sobre o arrolamento de bens, de que trata o art. 64 da Lei nº 9.532/97, não são da competência do CARF, e devem ser dirigidas ao Titular da Delegacia da Unidade de origem, razão pela qual essa matéria não deve ser conhecida.

Face ao exposto, meu voto é no sentido de se manter a sujeição passiva solidária em questão e negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

MÔNICA SIONARA SCHPALLIR CALIJURI – Relatora

Processo nº 11040.721253/2011-21
Acórdão n.º **1101-001.066**

S1-C1T1
Fl. 1.881

CÓPIA