



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.727614/2013-39
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-011.356 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2023
Recorrente PEXTER LOGISTICA LTDA- ME E OUTROS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo a contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo.

AFERIÇÃO INDIRETA. PREVISÃO LEGAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Fiscalização da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. A realização de diligência não se presta para a produção de provas que toca à parte produzir.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A prova produzida em processo administrativo tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Nesse sentido, sua realização não constitui direito subjetivo do contribuinte.

MULTA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

A responsabilidade por infrações à legislação tributária, via de regra, independe da intenção do agente ou do responsável e tampouco da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato comissivo ou omissivo praticado.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO SONEGAÇÃO. SIMULAÇÃO. FRAUDE. INTUITO DOLOSO. CABIMENTO.

Cabível a imposição da multa qualificada de 150%, quando demonstrado que o procedimento adotado pelo sujeito passivo se enquadra nas hipóteses tipificadas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

MULTA AGRAVADA. ART.35-A DA LEI 8.212/91.

O artigo 35-A da Lei 8212/91 determina a aplicação do art. 44 da Lei 9.430/96, no qual resta assentado o agravamento da autuação quando não for atendida a intimação para prestar esclarecimentos, apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 da Lei 9430/96, apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF nº 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

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

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. GERENTES. ADMINISTRADORES.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS. ART. 135 DO CTN. ADMINISTRADOR DE FATO. EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DE LEI, CONTRATO SOCIAL OU ESTATUTO.

Nos termos do art. 135 do CTN, responde pelos tributos devidos pela pessoa jurídica extinta o administrador de fato, por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, o que resta caracterizado pela comprovação dos autos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento aos recursos voluntários.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Wilsom de Moraes Filho, Matheus Soares Leite, Marcelo de Sousa Sateles (suplente convocado), Ana Carolina da Silva Barbosa, Guilherme Paes de Barros Geraldi e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta para, ao final, complementá-lo (e-fls. 8032 e ss).

Pois bem. Trata-se de lançamento de crédito tributário relativo ao período de 01/2009 a 12/2010, compreendendo as contribuições da empresa (artigo 22, incisos I e II, da Lei nº 8.212/91), contribuições destinadas a terceiros (FNDE, INCRA, SENAT SEST SENAI) e lavratura de autos por descumprimento de obrigações acessórias, conforme consta do relatório fiscal, fls.67/85.

Compõem o lançamento os autos de infração abaixo discriminados:

Debcad	Referência	Valor
51.033.118-1	Art. 22 inc. I, II e III Lei 8.212/91	3.119.506,28
51.033.119-0	Contribuições destinadas a terceiros	745.533,52
51.045.505-0	Art. 32, inciso I, Lei 8.212/91	5.152,14
51.033.120-3	Art. 33, §§ 2º e 3º, Lei 8.212/91	51.520,74
51.033.121-1	Art. 32, IV, § 5º, Lei nº 8.212/91	2.000,00

De acordo com o Discriminativo do Débito, o lançamento foi apurado nos seguintes estabelecimentos:

CNPJ	Localização
10.552.806/0001-46	Porto Alegre/RS
10.552.806/0002-27	Pelotas/RS
10.552.806/0003-08	Rio Grande/RS
10.552.806/0004-99	Itajaí/SC
10.552.806/0006-50	Cotia/SP
10.552.806/0007-31	Eldorado Sul/RS

A análise dos demais tributos relativos a esta ação fiscal foi objeto de relatório fiscal apartado constante do processo 11080.729730/2013-92.

Constam ainda do relatório fiscal as informações que seguem resumidamente.

A autuada é sociedade limitada que tem por objeto social o “transporte rodoviário de cargas e armazém geral”, sendo 90% de seu capital social pertencente ao sócio Théo Carpena de Menezes Peter e os restantes 10% sendo de propriedade de Bárbara Carpena de Menezes Peter, ambos filhos de Darci José Simões Peter, considerado pela fiscalização como administrador de fato da sociedade como será visto no item “Sucessão Empresa DJS Peter Cia. Ltda”.

Em virtude de o contribuinte não ter apresentado a escrituração contábil dos exercícios de 2009 e 2010, o lançamento foi realizado por aferição indireta de acordo com o que dispõem o art. 33, § 3º da Lei nº 8.212/91 e artigos 446/447 e 453 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

O salário de contribuição foi obtido a partir do faturamento da empresa informado através das Guias de Informação e Apuração do ICMS/GIA, valores esses obtidos nas diligências efetuadas às Secretarias Estaduais Fazendárias.

A fiscalização enviou ofício ao Subsecretário da Receita Estadual do Rio Grande do Sul solicitando os dados da Guia de Informação e Apuração do ICMS/ GIA das filiais 10.552.806/0001-46, 10.552.806/0002-27, 10.552.806/0003-08, 10.552.806/0007-31, 10.552.806/0008-12 e 10.552.806/0009-01. Em resposta houve o envio do Ofício/GAB/RE nº 186/2013 com as informações solicitadas (anexo 18, 19 a 23). Através de convênios foram obtidas as informações do Estado de Santa Catarina e de São Paulo (anexos 24, 25 e 26).

Os fatos geradores foram apurados nos seguintes levantamentos:

- a) **Levantamento L1 Aferição Indireta** - contribuição patronal incidente sobre a remuneração dos segurados empregados, competências 03/2009 a 12/2010, considerando-se como salário de contribuição a aplicação do percentual de 20% sobre o faturamento da empresa, diminuídos os valores informados na GFIP, conforme Planilha 3 - Salário de Contribuição e Contribuição aferidos indiretamente;
- b) **Levantamento L3 - Pro Labore** - contribuição patronal incidente sobre a remuneração dos segurados contribuintes individuais (pro labore do sócio), nas competências 01/2009 a 09/2009 e 01/2010 a 12/2010. Foi considerado como salário de contribuição os valores informados na GFIP nas competências 10/2009 a 12/2009 à título de pro labore do sócio (R\$ 465,00);
- c) **Levantamento L2** - contribuição para outras entidades e fundos de 5,8% incidente sobre a remuneração dos segurados empregados, nas competências 03/2009 a 12/2010. Foi considerado como salário de contribuição a aplicação do percentual de 20% sobre o faturamento da empresa diminuídos os valores informados na GFIP conforme Planilha 3 – “Salário de Contribuição e Contribuição aferidos indiretamente”.

Da Sucessão Empresa DJS PETER & Cia Ltda

Conforme apurado nos autos do processo nº 11040.721253/2011-21, lavrado pela DRF Pelotas, a autuada sucedeu a empresa DJS Peter & Cia Ltda, administrada no período de 2007/2009 pelo sócio Darci Simões Peter, constando ainda do relatório fiscal do referido processo, no item “Da Sucessão Empresarial e da Responsabilidade Solidária” (anexo 29) as seguintes informações extraídas pela fiscalização:

Para ciência do termo de início do procedimento fiscal, esta fiscalização se dirigiu ao endereço situado à Estrada BR 116, KM 516, nº 9037, Pelotas/RS, endereço da matriz da DJS Peter & CIA LTDA, conforme a tela de consulta CNPJ anexa a este processo. Nesse endereço, demos ciência pessoal do citado termo ao Sr. Darci José Simões Peter, CPF nº xxx, responsável legal pela empresa perante o CNPJ.

Chamou-nos atenção o fato de que a identificação visual desse endereço diz respeito à empresa "Pexter Logística LTDA". Não há qualquer identificação da DJS Peter & CIA LTDA ou Transportes Petter (nome fantasia conforme cadastro CNPJ).

(...)

Concomitantemente, analisamos os dados cadastrais do CNPJ das duas empresas, DJS Peter & CIA LTDA e Pexter Logística LTDA, CNPJ nº 10.552.806/0001-46 (fls. 785/814) e constatamos os seguintes fatos:

- 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 xxx e Bárbara Carpena de Menezes Peter, CPF nº xxx. Ambos os sócios são filhos do Sr. Darci José Simões Peter, CPF nº xxx, responsável legal pela empresa DJS Peter & CIA LTDA perante o CNPJ;

- o endereço citado BR 116, KM 516, nº 9037, Pelotas/RS, antigo endereço da matriz da DJS Peter & CIA LTDA, hoje é o mesmo endereço da filial de CNPJ nº 10.552.806/0002-27 da Pexter Logística LTDA.

Verificando o histórico de alterações cadastrais da DJS Peter & CIA LTDA, 09/12/2010, constatamos que após ter sido diligenciado pela fiscalização através do MPF- D nº 1010200.2010.00344 que precedeu a este procedimento fiscal, o contribuinte alterou o endereço para Rua Voluntários da Pátria nº 1897, sala 201, centro, Pelotas/RS. Destacamos que a ciência do Termo de Intimação referente à diligência foi realizada no endereço BR 116, KM 516, nº 9037 Pelotas/RS, de forma pessoal, sendo encontrado e cientificado nesse local o Sr. Darci José Simões Peter, CPF nº xxx, responsável legal pela empresa DJS Peter & CIA LTDA perante o CNPJ. A ciência do Termo de Início de Procedimento Fiscal relativa a este procedimento ocorreu da mesma forma, no mesmo endereço;

- em consulta realizada no cadastro CNPJ em 03/06/2011, constatamos que os endereços das filiais de CNPJ nº 92.989.615/0006-15 (DJS Peter) e de CNPJ nº 10.552.806/0006-50 (Pexter) eram os mesmos na cidade de Cotia/SP, assim como os endereços das filiais de CNPJ nº 10.552.806/0007-31 (Pexter) e de CNPJ nº 92.989.615/0005-34 (DJS Peter) eram os mesmos na cidade de Eldorado do Sul/RS. Curiosamente, em consulta realizada em 05/10/2011, após termos diligenciado junto à Pexter Logística LTDA, os endereços das filiais citadas da Pexter foram alterados. Foram anexadas as telas das consultas realizadas em 03/06/2011 e em 05/10/2011 a este processo.

- 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 dessa filial continua o mesmo anterior;

- Foi constatado, também, que as filiais de CNPJ nº 92.989.615/0004-53, 92.989.615/0005-34 e 92.989.615/0006-15 da DJS Peter & CIA LTDA possuem o nome fantasia "Pexter Transportes" e "Pexter Soluções em Logística" no cadastro CNPJ. O nome Pexter é o mesmo nome empresarial da "Pexter Logística LTDA".

- Analisando o sítio www.pexter.com.br, verificamos o seguinte texto quando clicamos em Empresa, aba localizada do lado esquerdo da tela inicial do sítio, transcrevemos, grifos nossos:

“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. O desenvolvimento agrícola e industrial do Estado constituiu fator importante

para ampliação de seu mercado, passando a atender demandas ligadas a importação, exportação e cabotagem (transporte marítimo) junto aos portos de Rio Grande-RS e Itajaí-SC. Atendimento personalizado, agilidade e segurança caracterizam seus serviços e por isso dispõe de rastreamento on-line, oferecendo a seus clientes a possibilidade de acompanhar passo a passo o percurso de suas cargas, desde a estufa até a desova. Ampliando suas ações conta hoje com armazenagem e distribuição nos Estados do RS, SC e SP. "

Anexamos telas do sítio www.pexter.com.br a este processo.

A frase grifada não deixa dúvida sobre 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, no entanto, no texto transcrito temos "*a Pexter Logística iniciou suas atividades na Cidade de Pelotas no ano de 1979*".

Além desse fato, foi constatada a existência de empresa funcionando no mesmo local da anterior, sem que tenha havido solução de continuidade nos negócios explorados, no caso em exame, o transporte de carga, que continua sendo explorado pela Pexter Logística LTDA na cidade de Pelotas/RS nas mesmas instalações onde funcionava a DJS Peter e Cia Ltda, além da coincidência entre o endereço de outras filiais, conforme já colocado.

O Termo de Início de Procedimento Fiscal na ação fiscal na DJS Peter & Cia Ltda e resposta ao Termo constam como Anexos 30 e 31, bem como o auto de infração lavrado contra referida empresa, Anexo 32.

Além dos elementos constatados na ação fiscal anterior mencionada acima, destaca a fiscalização que em 08/01/2009, pouco depois da criação da Pexter Logística Ltda. que se deu em novembro de 2008, o sócio majoritário Theo Carpena de Menezes Peter outorgou procuração a seu pai Darci José Simões Peter - sócio administrador da DJS Peter & Cia. Ltda - com amplos poderes de gestão e representação perante todas as instituições bancárias e órgãos públicos, poderes este típicos de administração negocial. Acrescenta que Darci José Simões Peter se apresentava perante terceiros como "sócio-diretor" da Pexter Logística Ltda., como comprova mídia extraída com base na participação desta empresa na feira "EXPOARROZ 2009" (Anexos 11 a 15 e procurações anexo 17).

Acresce que a Pexter Logística Ltda. foi constituída tendo por sócios os filhos de Darci, Theo Carpena de Menezes Peter e Bárbara Carpena de Menezes Peter, e por sede a filial de Eldorado do Sul/RS da DJS Peter & Cia Ltda, sendo que o objeto social e as atividades desempenhadas continuam as mesmas da antecessora, assim como as instalações físicas utilizadas.

Destaca que foi lavrado auto de infração - processo administrativo fiscal nº 16641.000100/2008-96 - em desfavor da DJS Peter & Cia Ltda., no valor de R\$ 4.227.021,29, e lançamento de ofício - processo nº 11040.721253/2011-21 - no valor de R\$ 13.299.227,98, (anexo 32), e que em pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, (anexo 33) localizou mais de 14 processos de execução fiscal contra a DJS Peter & Cia Ltda.

Conclui a fiscalização que a DJS Peter & Cia Ltda., empresa de logística e armazenagem de propriedade de Darci José Simões Peter, sediada em Pelotas/RS, passou a operar sob novel pessoa jurídica, a Pexter Logística Ltda., em novembro de 2008, com o intuito de evadir-se de cobranças por parte de credores, em especial a Fazenda Pública Federal.

Da Multa Aplicada

A multa de ofício foi qualificada e aplicada em dobro (150%) em virtude do dolo, conforme art. 44, inciso I, § 1º da Lei nº 9.430/96 e aumentada da metade (225%) de acordo com

o art. 44, inciso I, § 2º, II da referida Lei (atraso na entrega de arquivos digitais no formato MANAD da folha de pagamento).

O contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos digitais da Folha de Pagamento de 01/2009 a 12/2010 no formato MANAD, mediante o Termo de Início de Procedimento Fiscal/TIPF, sendo concedido prazo de 20 dias que se encerrou em 02/07/2012, somente apresentando tais arquivos em 26/02/2013.

Autos de infração por descumprimentos de obrigações acessórias

Debcad nº 51.045.505-0 - CFL 30

Trata-se de autuação por infração ao disposto no artigo 32, inciso I, da Lei nº 8.212/91, e artigo 225, inciso I, e § 9º, do Regulamento da Previdência Social/RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, tendo em vista ter a empresa deixado de elaborar as folhas de pagamento de acordo com as normas estabelecidas pelo INSS, deixando de incluir na folha de pagamento a remuneração do segurado contribuinte individual Theo Carpena a título de pro labore, conforme informado na GFIP, competências 10/2009 a 12/2009.

Em decorrência da infração praticada foi aplicada a penalidade prevista no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, e artigo 283, inciso I, “a”, do Regulamento da Previdência Social - RPS, no valor de R\$ 1.717,38 (um mil, setecentos e dezessete reais e trinta e oito centavos), atualizada conforme artigo 102 da Lei nº 8.212/91, de acordo com a Portaria MPS/MF nº 15, de 10/01/2013.

A multa foi agravada por ter a empresa agido com dolo conforme art. 290, inciso II do Decreto 3.048/99, e elevada em três vezes, conforme estabelece o art 292, inciso II do referido Decreto, totalizando R\$ 5.152,14 (cinco mil, cento e cinquenta e dois reais e quatorze centavos).

Debcad nº 51.033.120-3 - CFL 38

Trata-se de infração ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.212/91, tendo em vista ter a empresa deixado de apresentar os documentos abaixo discriminados, solicitados mediante Termos de Intimação: (i) Livros Diário de 2009 e 2010; (ii) Notas Fiscais de prestação de serviço das competências 01/2009 a 02/2010 da matriz; (iii) Notas Fiscais de prestação de serviço das filiais competências 01/2009 a 12/2010; (iv) Livro do ICMS das filiais de 01/2009 a 12/2010; (v) Folhas de pagamento do estabelecimento CNPJ nº 10.552 806/0001-46 de 05/2009 a 12/2009 em meio papel; (vi) Folhas de pagamento do estabelecimento CNPJ nº 10.552 806/0002-27 de 04 e 05/2009 em meio papel; (vii) Folhas de pagamento do estabelecimento CNPJ nº 10.552 806/0003-08 05 e 06/2009 em meio papel; (viii) Folhas de pagamento do estabelecimento CNPJ nº 10.552.806/0005-70 de 08/2009 a 12/2010 em meio papel; (ix) Folhas de pagamento do estabelecimento CNPJ nº 10.552 806/0008-12 06/2010 a 12/2010 em meio papel; (x) Balanço Patrimonial de 2009, 2010 e 2012.

Em consequência foi aplicada a penalidade prevista no artigo 92 da Lei nº 8.212/91, c.c. artigo 283, inciso II, “j”, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, no valor de R\$ 17.173,58 (dezessete mil, cento e setenta e três reais e cinquenta e oito centavos), reajustado conforme artigo 102 da Lei nº 8.212/91, mediante a Portaria MPS/MF nº 15, de 10/01/2013.

A multa foi agravada por ter a empresa agido com dolo conforme art. 290, inciso II do Decreto 3.048/99, e elevada em três vezes, conforme estabelece o art 292, inciso II do

referido Decreto, totalizando R\$ 51.520,74 (cinquenta e um mil, quinhentos e vinte reais e setenta e quatro centavos).

Debcad 51.033.121-1 - CFL 78

Trata-se de infração ao disposto no artigo 32, inciso IV, § 9º, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941 de 27/05/2009, tendo em vista a apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social/GFIP, com código FPAS 515, nas competências 02/2009, 04 a 06/2009, quando o correto seria código 612, referente a empresas transportadoras.

Em decorrência da infração praticada foi aplicada a penalidade prevista no artigo 32-A, *caput*, inciso I e §§, da Lei nº 8.212/91, incluídos pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, correspondente à multa de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de dez informações omitidas em GFIP, observada a multa mínima de R\$ 500,00 por competência, totalizando a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), conforme Planilha 4 - AI 78 - Demonstrativa da Multa.

A omissão de fato gerador na GFIP, configura, em tese, ilícito penal, que será objeto de comunicação ao Ministério Público Federal para a eventual propositura de ação penal, em relatório à parte.

Da Sujeição Passiva Solidária

Com fundamento no artigo 135, III do Código Tributário Nacional/CTN foram lavrados Termos de Sujeição Passiva Solidária responsabilizando os sócios e/ou administradores da autuada, **Theo Carpena de Menezes Peter** e **Darci José Simões Peter**, fls. 785/788, fls. 789/792 fls. 795/798.

Encontra-se apensado ao presente auto o processo nº 11080.727623/2013-20 e processo nº RFFP 11080.728266/2013-17, conforme Termo de Apensação, fls. 800/801.

Das Impugnações

Após ciência da autuação em 08/11/2013, mediante remessa postal, fls. 793/794, **Pexter Logística Ltda** apresentou defesa, fls. 817/856, alegando, em síntese, o que segue:

1. Esclarece que exerce suas atividades no setor de transportes e para tanto contrata fretes de terceiros, pessoas físicas e jurídicas, efetuando o pagamento a estes, recebendo as diferenças como retorno financeiro que sofrem o devido abatimento legal.
2. Informa que os débitos fiscais estão com a exigibilidade suspensa e que vem cumprindo com as obrigações tributárias, inclusive o único débito que possui foi parcelado e, portanto, encontra-se abrigado pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional/CTN.

Da Nulidade do Auto de Infração

3. Insurge-se contra o arbitramento amparado em Livros Fiscais de Apuração do ICMS enviados via convênio à fiscalização, sem que o contribuinte tivesse acesso, em prejuízo ao seu direito de defesa, além de que o lançamento poderia ter sido efetuado com os parâmetros reais mediante a documentação que foi suficiente para embasar a autuação.
4. De acordo com o artigo 148 do CTN só há autorização para o arbitramento se os documentos que embasam a escrituração não forem confiáveis, não sendo o caso, pois o documento utilizado é da própria Receita Estadual, salientando que a

Súmula 76 do STJ não autoriza o arbitramento quando há documentação adequada.

5. Ausentes os requisitos presentes no artigo 142 do CTN e § 1º, do artigo 17 da Lei 6.537/73, pleiteia o cancelamento do auto de infração.

Da Base de Cálculo da Contribuição Patronal e Demais Entidades e Fundos

6. Afirma que os valores repassados de frete e os impostos não fazem parte do faturamento da empresa, além de que o arbitramento não se sustenta, pois seria possível lançamento da base de cálculo real com a verificação dos conhecimentos de frete, inclusive sendo alguns de pessoas jurídicas em que não há obrigação de recolhimento previdenciário, ou seja, a autuação foi feita de maneira mais árdua ao contribuinte, em afronta aos requisitos legais para o arbitramento e ainda violando o Princípio da Capacidade Contributiva, pleiteando a realização de perícia técnica para apurar os reais valores devidos, juntando os conhecimentos de frete do período.
7. Acrescenta que o critério quantitativo – base de cálculo - não pode ser apurado por suposição, devendo seguir a verdade real, além de que a Receita Federal permite a utilização do regime de caixa quando da apuração do Lucro presumido, de acordo com a Instrução Normativa SRF 104/1998 que transcreve, ressaltando que fez a opção pelo regime de caixa de acordo com este normativo, juntando as receitas e despesas do período de forma que todas as informações lançadas estão a disposição da Receita.
8. Pleiteia o abatimento dos tributos da base de cálculo, conforme entendimento do STF que decidiu de forma definitiva pela não incidência do PIS e COFINS sobre o valor do ICMS. Transcreve jurisprudência, concluindo que os impostos e valores repassados a terceiros não podem compor a base de cálculo, sob pena de bitributação, com “dois contribuintes pagando pelo mesmo fato gerador”.

Multa

9. Assevera que foi aplicada multa qualificada de 225% de acordo com o artigo 957, II do Decreto nº 3.000/99 a todas as infrações, contudo, em nenhum momento concorreu para a prática do ilícito, devendo a multa ser aplicada no percentual de 75%, conforme o normativo mencionado.
10. Sustenta que o confisco é gritante ao se comparar o valor da multa em relação aos tributos exigidos, destacando que a jurisprudência vem acatando o princípio do não confisco para as penalidades pecuniárias, transcrevendo julgado do STF.
11. Argumenta que a falta de declaração pelo contribuinte ou omissão não é suficiente para a aplicação da multa qualificada, devendo ser considerado na prática da infração o disposto no artigo 112 do CTN e Súmula 14 do 1º Conselho de Contribuintes, asseverando que não deixou de cumprir com suas obrigações e não teve intenção de fraudar o fisco, pois os tributos estão com a exigibilidade suspensa em razão do parcelamento e/ou impugnação administrativa.
12. Acrescenta que a autuação com base de cálculo arbitrada e as multas qualificadas inviabilizam o funcionamento da empresa ao atingir parcela de seu patrimônio, em clara violação ao princípio do não confisco e da razoabilidade, pleiteando a harmonização dos valores para resguardar os princípios constitucionais e a continuidade das atividades da empresa.

Da Sucessão

13. Aduz que o lançamento é injusto e inconsistente uma vez que realizado por arbitramento em detrimento da verdade real, além de o relatório fiscal fazer referência a processos administrativos outros para caracterizar a sucessão da empresa DJS Peter (pertencente ao pai do contribuinte Theo Peter), os quais o impugnante nunca teve conhecimento não podendo realizar a defesa, pleiteando a abertura de sindicância contra a auditora fiscal que lavrou o auto.
14. Ressalta o absurdo descrito no relatório fiscal quanto à caracterização da sucessão empresarial, em violação aos princípios da eficiência e da verdade material, destacando que o fisco por obrigação funcional deve comprovar a inverdade ou inexistência para a desconconsideração de uma informação do contribuinte, e por este motivo, deve ser analisada e considerada a documentação anexada aos autos em que certamente se concluirá pela desconstituição da presente autuação.
15. Destaca que além do dever de pagar o tributo, o contribuinte tem direito a liberdade do planejamento e da gestão de seu patrimônio, conforme o princípio da livre iniciativa, podendo escolher a forma menos onerosa dentro da licitude, devendo ser considerado o disposto no artigo 110 do CTN.
16. Argumenta que a nova redação dada ao artigo 116 do CTN pela LC 104/2001, denominada norma anti-elisão, colocou no mesmo plano o tratamento à prática de Elisão, lícita e tolerada pelo ordenamento, e a evasão fiscal, sendo que para desconconsiderar a atividade do contribuinte e o planejamento tributário, o fisco deve demonstrar a prática do ilícito. Entende ainda que a LC 104/2001 por ser de eficácia limitada necessita de lei ordinária para ser regulada.
17. Informa que, com a rejeição da Medida Provisória nº 66 que pretendia regulamentar a cláusula antielisiva, a fiscalização passou a efetuar os lançamentos fundados na simulação, como foi feito no presente caso, entretanto, se o ato praticado era lícito deve ser qualificado como Elisão fiscal e não evasão ilícita, pleiteando o cancelamento da Representação Fiscal.
18. Requereu ao final que seja acolhida a impugnação, declarando-se a nulidade da autuação e a realização de perícia técnica com base nos conhecimentos juntados nos autos.
19. Juntou documentos de fls. 1.007/8.009.

Às fls. 805/815, **Darci Simões Peter** apresenta impugnação alegando o que segue, resumidamente:

1. Afirmar que a autuação é equivocada quanto a sucessão empresarial, pois a empresa DJS Peter outrora de sua propriedade foi vendida posteriormente, contudo a empresa Pexter Logística é de seu filho - Theo Peter - que na convivência com o pai tomou interesse pelo setor de transporte até que decidiu ingressar neste.
2. Em preliminar pleiteia a nulidade da autuação devido a citação descabida realizada por Edital sem o cumprimento dos requisitos estipulados por lei, dentre estes o artigo 127 do CTN, pois a Receita não esgotou as possibilidades para citar o contribuinte, destacando que sequer o auto de infração foi recebido pelo contribuinte restando prejudicada sua defesa.
3. Afirmar que não pode ser considerado o disposto no artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 por ser uma exceção para a intimação de pessoa física e não pessoa jurídica, e no caso não ocorreram as três tentativas de intimação do responsável pela empresa, caracterizando o cerceamento do direito de defesa da empresa.

4. Alega que o relatório fiscal faz menção a outro processo cuja ciência não foi dada ao contribuinte para possibilitar sua defesa, ou seja, o auto de infração teve por base relatório de processo diverso referente a empresa DJS Peter que não mais lhe pertence, e não sendo observados os requisitos legais para a constituição do crédito tributário, disposto no artigo 142 do CTN, a autuação deve ser desconstituída.
5. Em relação ao argumento da existência de procuração da empresa Pexter a Darci, esclarece que referida empresa possui filiais e eventualmente o Sr. Darci auxilia seu filho em caso da necessidade deste se deslocar.
6. Aduz que o lançamento deve ser desconstituído pois não se orientou pelos princípios da eficiência e verdade material, além de que para desconstituir uma informação do contribuinte deve haver comprovação da inverdade, devendo em obediência à verdade material ser considerada a documentação anexada aos autos.
7. Entende que o contribuinte tem direito de gerir seu negócio com liberdade de escolha em virtude do princípio da livre iniciativa podendo escolher dentro da licitude a aquela que mais lhe convém de forma menos onerosa, sendo inadmissível que a lei tributária restrinja direitos e desvirtue conceitos jurídicos como preceitua o artigo 110 do CTN.
8. Argumenta que a nova redação dada ao artigo 116 do CTN pela LC 104/2001, denominada norma anti-elisão, colocou no mesmo plano o tratamento à prática de elisão, lícita e tolerada pelo ordenamento, e a evasão fiscal, sendo que para desconsiderar a atividade do contribuinte e o planejamento tributário, o fisco deve demonstrar a prática do ilícito. Entende ainda que a LC 104/2001 por ser de eficácia limitada necessita de lei ordinária para ser regulada.
9. Informa que, com a rejeição da Medida Provisória nº 66 que pretendia regulamentar a cláusula antielisiva, a fiscalização passou a efetuar os lançamentos fundados na simulação, como foi feito no presente caso, entretanto, se o ato praticado era lícito deve ser qualificado como elisão fiscal e não evasão ilícita, pleiteando o cancelamento da Representação Fiscal.
10. Requereu ao final que seja acolhida a impugnação, declarando-se a nulidade da autuação.

Às fls. 862/906, **Theo Carpena de Menezes Peter** apresenta impugnação alegando, em síntese, o que segue:

1. Aduz que o mero inadimplemento de obrigação tributária não gera responsabilização do sócio gerente com base no artigo 135, III do CTN, conforme Súmula 430 do STJ, devendo ser comprovada a prática do ato com excesso de poderes ou infração à lei na pessoa do sócio gerente.
2. Informa que a empresa Pexter Logística Ltda ME se encontra com os débitos atuais regularizados e que não há motivos para o pedido de redirecionamento da execução fiscal nos autos, pois fundado unicamente no inadimplemento de tributos e descumprimento de deveres instrumentais.
3. Sustenta que o lançamento deve ser desconstituído pois não se orientou pelos princípios da eficiência e verdade material, além de que para desconstituir uma informação do contribuinte deve haver comprovação da inverdade, devendo em obediência à verdade material ser considerada a documentação anexada aos autos.

4. Entende que o contribuinte tem direito de gerir seu negócio com liberdade de escolha em virtude do princípio da livre iniciativa podendo escolher dentro da licitude a aquela que mais lhe convém de forma menos onerosa, sendo inadmissível que a lei tributária restrinja direitos e desvirtue conceitos jurídicos como preceitua o artigo 110 do CTN, concluindo que se o ato praticado era lícito as consequências contrárias ao fisco devem ser classificadas como elisão fiscal e não evasão ilícita.

Da Nulidade do Auto de Infração

5. Insurge-se contra o arbitramento amparado em Livros Fiscais de Apuração do ICMS enviados via convênio à fiscalização, sem que o contribuinte tivesse acesso, em prejuízo ao seu direito de defesa, além de que o lançamento poderia ter sido efetuado com os parâmetros reais mediante a documentação que foi suficiente para embasar a autuação.
6. De acordo com o artigo 148 do CTN só há autorização para o arbitramento se os documentos que embasam a escrituração não forem confiáveis, não sendo o caso pois o documento utilizado é da própria Receita Estadual, salientando que a Súmula 76 do STJ não autoriza o arbitramento quando há documentação adequada.
7. Ausentes os requisitos presentes no artigo 142 do CTN e § 1º, do artigo 17 da Lei 6.537/73, pleiteia o cancelamento do auto de infração.

Da Base de Cálculo da Contribuição Patronal e Demais Entidades e Fundos

8. Afirma que os valores repassados de frete e os impostos não fazem parte do faturamento da empresa, além de que o arbitramento não se sustenta pois seria possível lançamento da base de cálculo real com a verificação dos conhecimentos de frete, inclusive sendo alguns de pessoas jurídicas em que não há obrigação de recolhimento previdenciário, ou seja, a autuação foi feita de maneira mais árdua ao contribuinte, em afronta aos requisitos legais para o arbitramento e ainda violando o Princípio da Capacidade Contributiva, pleiteando a realização de perícia técnica para apurar os reais valores devidos, juntando os conhecimentos de frete do período.
9. Acrescenta que o critério quantitativo – base de cálculo - não pode ser apurado por suposição, devendo seguir a verdade real, além de que a Receita Federal permite a utilização do regime de caixa quando da apuração do Lucro presumido, de acordo com a Instrução Normativa SRF 104/1998 que transcreve, ressaltando que fez a opção pelo regime de caixa de acordo com este normativo, juntando as receitas e despesas do período de forma que todas as informações lançadas estão a disposição da Receita.
10. Pleiteia o abatimento dos tributos da base de cálculo, conforme entendimento do STF que decidiu de forma definitiva pela não incidência do PIS e COFINS sobre o valor do ICMS. Transcreve jurisprudência, concluindo que os impostos e valores repassados a terceiros não podem compor a base de cálculo, sob pena de bitributação, com “dois contribuintes pagando pelo mesmo fato gerador”.

Da Sucessão

11. Aduz que o lançamento é injusto e inconsistente uma vez que realizado por arbitramento em detrimento da verdade real, além de o relatório fiscal fazer referência a processos administrativos outros para caracterizar a sucessão da empresa DJS Peter (pertencente ao pai do contribuinte Theo Peter), os quais o

impugnante nunca teve conhecimento não podendo realizar a defesa, pleiteando a abertura de sindicância contra a auditora fiscal que lavrou o auto.

12. Ressalta o absurdo descrito no relatório fiscal quanto à caracterização da sucessão empresarial, em violação aos princípios da eficiência e da verdade material, destacando que o fisco por obrigação funcional deve comprovar a inverdade ou inexistência para a desconsideração de uma informação do contribuinte, e por este motivo, deve ser analisada e considerada a documentação anexada aos autos em que certamente se concluirá pela desconstituição da presente autuação.
13. Destaca que além do dever de pagar o tributo, o contribuinte tem direito a liberdade do planejamento e da gestão de seu patrimônio, conforme o princípio da livre iniciativa, podendo escolher a forma menos onerosa dentro da licitude, devendo ser considerado o disposto no artigo 110 do CTN.
14. Argumenta que a nova redação dada ao artigo 116 do CTN pela LC 104/2001, denominada norma anti-elisão, colocou no mesmo plano o tratamento à prática de elisão, lícita e tolerada pelo ordenamento, e a evasão fiscal, sendo que para desconsiderar a atividade do contribuinte e o planejamento tributário, o fisco deve demonstrar a prática do ilícito. Entende ainda que a LC 104/2001 por ser de eficácia limitada necessita de lei ordinária para ser regulada.
15. Informa que, com a rejeição da Medida Provisória nº 66 que pretendia regulamentar a cláusula antielisiva, a fiscalização passou a efetuar os lançamentos fundados na simulação, como foi feito no presente caso, entretanto, se o ato praticado era lícito deve ser qualificado como elisão fiscal e não evasão ilícita, pleiteando o cancelamento da Representação Fiscal.
16. Requeru ao final que seja acolhida a impugnação, declarando-se a nulidade da autuação.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 8032 e ss, cujo dispositivo considerou **a impugnação improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento de defesa quando os valores lançados são obtidos em documentos fiscais cujas informações foram prestadas pelo próprio contribuinte, e os relatórios integrantes do Auto de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa.

AFERIÇÃO INDIRETA. BASE DE CÁLCULO. LEGALIDADE.

A aferição indireta do salário-de-contribuição encontra-se perfeitamente autorizada na hipótese de recusa ou sonegação de documento ou informação solicitado pela Fiscalização, ou na sua apresentação deficiente.

A utilização de percentual definido em ato normativo, incidente sobre o valor dos serviços contidos em notas fiscais, para fins de apuração indireta da base de cálculo das contribuições previdenciárias, constitui procedimento que observa os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

MULTA DE OFÍCIO. QUALIFICADA. APLICABILIDADE

Constatado que a conduta do contribuinte esteve associada à prática de sonegação fiscal, é aplicável a multa de ofício qualificada de 150%.

MULTA AGRAVADA.

O percentual da multa de ofício será aumentado de metade quando o contribuinte deixar de apresentar os arquivos digitais no prazo solicitado pela autoridade lançadora.

MULTA CONFISCO.

A vedação ao confisco, como limitação ao poder de tributar, é dirigida ao legislador, não cabendo a autoridade administrativa afastar a incidência da lei.

PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

O emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não autoriza o julgador administrativo a dispensar ou reduzir multas expressas na lei, não havendo desrespeito a estes princípios quando a autuação se pauta pelo princípio da legalidade.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

O foro administrativo é inapropriado para as discussões relativas à inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, sendo defeso à autoridade administrativa afastar a aplicação de normas que gozem de plena eficácia.

REPRESENTAÇÃO FISCAL

A Representação Fiscal para Fins Penais é formalizada na presença de fato que possa configurar crime em tese, no dever de ofício da fiscalização, não competindo às Delegacias de Julgamento a análise do mérito nela contido.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia quando o contribuinte não traz aos autos de a matéria a ser verificada, bem como não formula os quesitos indispensáveis à consecução da perícia e, sobretudo quando todos os fatos esclarecedores do litígio estão presentes nos autos.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. GERENTES. ADMINISTRADORES.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em resumo, os membros da 17ª Turma de Julgamento da DRJ/RPO, por unanimidade de votos, decidiram em conhecer das impugnações interpostas nos autos e quanto ao mérito:

- a) Julgar **improcedentes a impugnação** aos **autos de infração Debcad nº 51.033.118-1, 51.033.119-0 e 51.045.505-0, 51.033.120-3 e 51.033.121-1**, mantendo o crédito tributário neles exigido; e
- b) Manter a responsabilidade solidária em relação ao sócio administrador Théo Carpena de Menezes Peter e Darci José Simões Peter – este último como administrador de fato da autuada.

Ademais, a decisão recorrida entendeu por não expressamente questionadas as seguintes matérias, nos termos do artigo 17 do Decreto no 70.235/72, na redação dada pela Lei nº 9.532/97:

- Levantamento L3 - Pro Labore, relativo às contribuições incidentes sobre pro labore do sócio, nas competências 01/2009 a 09/2009 e 01/2010 a 12/2010.

- Autuações lavradas por descumprimento de obrigações acessórias, consubstanciadas nos autos de infração Debcad nº 51.045.505-0, 51.033.120-3 e 51.033.121-1.

Inconformados com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, o sujeito passivo e os responsáveis solidários interpuseram **Recursos Voluntários** acostados às e-fls. 8121 e ss (**Pexter Logística Ltda**); e-fls. 8162 e ss (**Theo Capanema de Menezes Peter**) e e-fls. 8201 e ss (**Darci José Simões Peter**), **transcrevendo, todos eles, *ipsis litteris*, as impugnações apresentadas.**

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento dos Recursos Voluntários.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

Os Recursos Voluntários interpostos são tempestivos e atendem aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, deles tomo conhecimento.

Cabe esclarecer que, em que pese todos os Recorrentes terem denominado incorretamente as peças recursais de “Recurso Especial”, pelo princípio da fungibilidade, recebo-os como “Recurso Voluntário”, sendo, portanto, desnecessário tecer maiores esclarecimentos sobre a admissibilidade dos recursos por divergência.

2. Do Recurso Voluntário apresentado pelo devedor principal Pexter Logística Ltda.

2.1. Preliminares de Nulidade do Auto de Infração e Cerceamento do Direito de Defesa.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do lançamento, sob a alegação genérica de inobservância dos requisitos formais para a lavratura da acusação fiscal.

Ademais, alega ter ocorrido, no caso dos autos, cerceamento do direito de defesa por não ter tido acesso aos documentos que lastrearam a acusação fiscal.

Contudo, entendo que não lhe assiste razão.

É certo que a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, como atividade administrativa vinculada, exige do Fisco a observância da legislação de regência, a fim de constatar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142 do CTN). A não observância da legislação que rege o lançamento fiscal ou a falta de seus requisitos, tem como consequência a nulidade do ato administrativo, sob pena de perpetuar indevidamente cerceamento do direito de defesa.

Contudo, ao contrário do que arguido pelo recorrente, vislumbro que o ato administrativo de lançamento foi motivado pelo conjunto das razões de fato e de direito que carregaram à conclusão contida na acusação fiscal, à luz da legislação tributária compatível com as razões apresentadas no lançamento. O convencimento fiscal está claro, aplicando a legislação

que entendeu pertinente ao presente caso, procedeu a apuração do tributo devido com a demonstração constante no Auto de Infração.

No presente caso, a autoridade agiu em conformidade com os dispositivos legais que disciplinam o lançamento, discriminando no Relatório Fiscal os dispositivos legais aplicáveis ao caso, além de descrever, minuciosamente, o fato gerador da obrigação em comento, além de mencionar os valores dos acréscimos legais a título de juros e multa, com a correspondente fundamentação legal.

Para além do exposto, entendo que não houve nos autos em momento algum cerceamento do direito de defesa da recorrente ou violação ao contraditório e ao devido processo legal, tendo em vista que lhe foi oportunizado a prática de todos os atos processuais inerentes ao processo administrativo-fiscal, contidos no Decreto no 70.235/1972.

Conforme bem pontuado pela decisão recorrida, **as informações declaradas nas Guias de Informação e Apuração do ICMS/GIA são da lavra do próprio contribuinte, conforme se verifica das cópias juntadas nos anexos 19 a 26 que fazem parte do relatório fiscal e que lhe foram entregues, conforme recibo de arquivos entregues ao contribuinte, fls. 137/141.**

Além disto, a fiscalização intimou o contribuinte, mediante o Termo de Intimação Fiscal nº 03, fls 117, recebido em 24/12/2012, a apresentar os Livros de Registro de Apuração do ICMS, somente sendo entregue o relativo a matriz, competências 22/02/2010 a 31/12/2010 (anexo 7).

Diante da negativa da empresa em apresentar os livros do ICMS das filiais do período de 01/2009 a 12/2010, a fiscalização diligenciou junto à Secretaria da Receita Estadual em ofício datado de 27/05/2013, solicitando o envio das cópias das GIA relativas às filiais, conforme ofício acostado (Anexo 18).

Ademais, não há que se falar que a fiscalização teria se utilizado de processos administrativos outros que nunca chegaram ao seu conhecimento, sobretudo considerando que a sucessão da empresa DJS Peter Cia Ltda pela autuada foi apurada no processo administrativo fiscal nº 11040.721253/2011-21 e destacado no relatório fiscal do presente auto.

As cópias do relatório fiscal narrando os fatos sobre a sucessão empresarial e ainda o anexo 29 contendo o relatório fiscal do processo 11040.721253/2011-21 foram enviados ao contribuinte e entregues conforme se verifica do “recibo de arquivos entregues ao contribuinte”, fls. 137/141, e aviso de recebimento, fls. 793/794 (AR 68734495 8 BR).

O cerceamento do direito de defesa se dá pela criação de embaraços ao conhecimento dos fatos e das razões de direito à parte contrária, ou então pelo óbice à ciência do auto de infração, impedindo o contribuinte de se manifestar sobre os documentos e provas produzidos nos autos do processo, hipótese que não se verifica *in casu*. O contraditório é exercido durante o curso do processo administrativo, nas instâncias de julgamento, não tendo sido identificado qualquer hipótese de embaraço ao direito de defesa do recorrente.

Dessa forma, não procede o argumento acerca da nulidade do lançamento, eis que não se vislumbra ofensa à ampla defesa, tendo em vista estarem descritos todos os motivos para constituição do crédito; os fatos geradores; as bases de cálculos; os fundamentos legais; o Relatório fiscal e os seus relatórios de lançamentos, além da certeza de que foram oferecidas

totais condições para que o contribuinte pudesse compreender perfeitamente os procedimentos adotados pela auditoria fiscal.

E, ainda, entendo que foram oferecidas ao recorrente todas as informações relevantes para apresentar sua defesa. Tanto o foi que, tempestivamente, o sujeito passivo impugnou o lançamento, demonstrando conhecer plenamente os fatos que lhe foram imputados.

A meu ver, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, acompanhado da descrição dos fatos, tudo conforme a legislação.

Constato que o presente lançamento tributário atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, havendo a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, bem como a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte, de modo que restam afastadas quaisquer hipóteses de nulidade do lançamento.

Entendo, portanto, que não há nenhum vício que macula o presente lançamento tributário, não tendo sido constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, havendo a devida descrição dos fatos e dos dispositivos infringidos e da multa aplicada. Portanto, entendo que não se encontram motivos para se determinar a nulidade do lançamento, por terem sido cumpridos os requisitos legais estabelecidos no artigo 11 do Decreto nº 70.235/72, notadamente considerando que o contribuinte teve oportunidade de se manifestar durante todo o curso do processo administrativo.

Nesse sentido, tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Assim, uma vez verificado a ocorrência do fato gerador, o Auditor Fiscal tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo com os fatos por ele constatados e efetuar o lançamento tributário.

As demais alegações do recorrente, a meu ver, dizem respeito ao mérito da questão posta, não se tratando de preliminar, eis que o lançamento foi devidamente motivado, não havendo qualquer prejuízo para a compreensão dos fatos narrados e as infrações imputadas ao sujeito passivo.

Por fim, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Portanto, não há de se falar em nulidade do auto de infração, tendo em vista que este foi devidamente instituído com base no Decreto nº 70.235/1992 e na Lei nº 8.212/91, bem

como foi assegurado ao Recorrente o exercício de seu direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, razões pelas quais afasto a preliminar arguida.

Dessa forma, rejeito a preliminar suscitada.

2.2. Mérito.

Em relação ao mérito o sujeito passivo se insurge contra o arbitramento efetuado pela fiscalização sob o fundamento de que a documentação utilizada para embasar o auto de infração seria suficiente para buscar a verdade material, sendo os documentos confiáveis.

Ademais, afirma que a base de cálculo utilizada 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.

Mais adiante afirma que os objetivos visados com a prática do ato não interferem na qualificação do ato praticado, portanto, se o ato praticado era lícito, as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.

Ao que se passa a analisar.

2.2.1. Da Aferição Indireta.

Conforme consta no Relatório Fiscal de e-fls. 67 e ss, o contribuinte não apresentou a escrituração contábil dos exercícios de 2009 e 2010, tendo sido o lançamento realizado por aferição indireta, conforme dispõem o art. 33, § 3º da Lei nº 8.212/91 e artigos 446/447 e 453 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

O salário de contribuição foi obtido a partir do faturamento da empresa informado através das Guias de Informação e Apuração do ICMS, valores esses obtidos nas diligências efetuadas junto à Secretaria da Receita Estadual.

Alega o recorrente, em suma, que a utilização do método da aferição indireta somente se legitimaria quando ainda não esgotados os meios necessários à identificação da materialidade do tributo, bem como ante a desconsideração da contabilidade da empresa sem lastro em prova robusta.

Aduz, pois, não ser a situação dos autos, alegando que a Autoridade Fiscal teve ao seu dispor meios para obter os valores lançados.

Pois bem. **Em relação ao mérito, entendo que as razões adotadas pela decisão de piso são suficientemente claras e sólidas, não tendo a parte se desincumbindo do ônus de demonstrar a fragilidade da acusação fiscal.**

A começar, cumpre esclarecer que diante da não apresentação dos documentos solicitados pela fiscalização, a legislação permite à Autoridade Fiscal fazer uso do disposto no § 3º, do art. 33, da Lei nº 8.212/91:

Lei nº 8.212/91

Art. 33. [...]

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (Redação alterada pela MP nº 449, de 03/12/08).

Observe-se que a aferição indireta tem por objetivo somente possibilitar a concretização dos §§ 3º, 4º e 6º, do art. 33, da Lei nº 8.212/91, eis que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, de modo que a falta de apresentação ou apresentação deficiente da documentação não pode impedir a constituição do crédito tributário correspondente. A mesma lei que prevê a aferição das contribuições devidas em face da apresentação insuficiente da documentação, também concede ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário.

Em que pese a insatisfação da recorrente, entendo que não houve a apresentação de provas e argumentos aptos a afastar o arbitramento realizado na auditoria fiscal, sobretudo em face das seguintes condutas constantes no Relatório Fiscal (e-fls. 67 e ss), cujo ônus da prova de demonstrar em sentido contrário, o contribuinte não se desincumbiu:

- a) A empresa apresentou folhas de pagamento digital dos estabelecimentos com salário de contribuição de R\$ 325.368,79, inferiores aos valores informados na GFIP.
- b) A empresa não apresentou contabilidade.
- c) Intimada a apresentar as notas fiscais que compõe o faturamento da empresa, apresentou somente as da matriz.
- d) Intimada a apresentar os Livros de Apuração do ICMS, apresentou somente o Livro referente à matriz e incompleto. A matriz teve faturamento de 03/2009 a 12/2010 e o Livro apresentado inicia em 02/2010.
- e) O contribuinte apresentou a DIPJ relativa aos períodos de apuração do ano-calendário 2009 completamente zeradas, no que tange aos salários pagos e às receitas auferidas. No que se refere ao ano-calendário 2010, a DIPJ foi informada com valores de salários e receita muito inferiores aos efetivamente pagos e recebidos.
- f) Relativamente ao ano-calendário 2009 nada foi declarado, mas as receitas anuais, conforme informações prestadas aos Fiscos Estaduais pelo próprio contribuinte, chegaram a R\$ 6.090.640,24. Já no ano-calendário 2010, as receitas da atividade empresarial alcançaram o total de R\$ 14.970.583,71, sendo o montante informado em DIPJ de apenas R\$ 1.286.099,95. Ou seja, foram informadas à RFB menos do que 10% (dez por cento) das receitas declaradas e confessadas às Secretarias de Fazenda Estaduais.

Nesse sentido, levando em consideração que o contribuinte deixou de apresentar os documentos solicitados, está a fiscalização autorizada a utilizar o método de arbitramento da base de cálculo, por aferição indireta, cabendo à empresa o ônus de descaracterizar a imputação que lhe é feita. Assim, a aferição indireta, não obstante seja procedimento excepcional, no presente caso acha-se perfeitamente autorizada, nos termos do artigo 33, § 3º, da Lei n.º 8.212/91.

A propósito, conforme bem pontuado pela decisão recorrida, o recorrente aduz que não havia necessidade de utilização da técnica da aferição indireta para a apuração da base de cálculo, mas sequer apresentou os livros de escrituração contábil solicitados no Termo de Início da Ação Fiscal, sendo reiterado o pedido mediante o Termo de Intimação nº 6, recebido em 02/07/2013.

Decorrido praticamente um ano do Termo de Início de Procedimento Fiscal/TIPF, datado de 12/06/2012, o contribuinte não havia apresentado a contabilidade “regular”, pleiteando

ainda em 08/07/2013, dilação de prazo para sua entrega, posteriormente negado conforme Termo de Notificação Fiscal, fls.127, em razão da atitude protelatória do contribuinte.

E, ainda, não foram poucas as intimações da fiscalização para que a autuada apresentasse os documentos de sua escrita contábil, como demonstrado a seguir:

[...] - Termo de Início de Procedimento Fiscal TIFP, recebido pelo contribuinte em 12/06/2012, com solicitação de apresentação dentre outros documentos: Livro Diário e folhas de pagamento de todos os segurados em meio digital: - não apresentado Livro Diário, e somente em 26/02/2013 apresentou as folhas de pagamento em arquivo digital com remunerações inferiores às declaradas em GFIP;

- Notificação recebida em 17/07/2012 com prorrogação do prazo do Termo acima em mais 30 dias;

- TIF nº 01 solicitando apresentação das folhas de pagamento de todos os segurados em meio papel e retificação das GFIP conforme planilha anexa ao Termo, recebidos em 10/09/2012;

- TIF nº 02, recebido em 01/11/2012, solicitando os Balanços Patrimoniais 2009 e 2010 assinados pelo Representante Legal e contador – não entregues;

- TIF nº 03, recebido em 24/12/2012, solicitando apresentação das Notas Fiscais de Prestação de Serviços que compõem o faturamento da empresa e Livro Registro de Apuração do ICMS – não apresentadas as notas fiscais e os livros de registro relativos às filiais, apresentado em parte em relação à matriz;

- TIF nº 04 e 5 – solicitando apresentação de documentos dos representantes legais e contador e última alteração contratual, respectivamente, recebidos em 21/02/2013 e 16/04/2013, e Termo de Continuidade da Ação Fiscal em 10/06/2013;

- TIF nº 06, recebido em 02/07/2013, solicitando Livro Diário, Razão ou Livro Caixa e Registro de Inventário da matriz e filiais, anos 2009 e 2010, sob pena de **“lançamento de contribuições previdenciárias por aferição indireta (arbitramento) com base nas informações obtidas junto à Secretaria Estadual da Fazenda”** – livros não entregues;

- TIF nº 07, recebido em 15/07/2013, solicitando apresentação do balanço patrimonial de 2012, dentre outros documentos – balanço não apresentado.

Cabe pontuar que de forma alguma houve apresentação de “documentação adequada”: primeiro porque não houve apresentação da contabilidade, que segundo a autuada é “regular”. Tampouco houve apresentação de Livro Caixa em que deveriam estar escriturados os pagamentos e recebimentos ocorridos em cada mês.

Ademais, as informações sobre a massa salarial do recorrente são totalmente discrepantes, como indicado no quadro do item 30 do Relatório fiscal *“Omissão de fato gerador na GFIP, na Folha de Pagamento e na DIPJ”*.

Não prospera, pois, o argumento do recorrente de que houve apresentação de documentação adequada a evitar a aferição indireta da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Dessa forma, entendo que o auditor agiu ao amparo da lei e do Regulamento da Previdência Social, posto que autorizado pelo artigo 33 da Lei nº 8.212/1991 e alterações posteriores. Não há, pois, o que reparar no procedimento fiscal, em razão da impossibilidade de apuração regular dos fatos geradores das contribuições previdenciárias.

Diante da não apresentação da contabilidade e das evidências de que a massa salarial informada nas folhas de pagamento e GFIP não condiziam com a realidade frente ao porte da empresa e faturamento, o salário de contribuição foi obtido tomando por base os elementos mais confiáveis de que a fiscalização dispunha, no caso, a partir do faturamento da

empresa informado pelo próprio contribuinte nas Guias de Informação e Apuração do ICMS/GIA, conforme Planilha 3 - *Salário de Contribuição e Contribuição aferidos indiretamente*.

Diga-se que não se afastou a fiscalização de parâmetros razoáveis para a aferição, considerando que aplicou o percentual de 20% sobre o faturamento da empresa diminuídos os valores informados na GFIP, de acordo com o previsto na Instrução Normativa RFB nº 971/2009.

Nesse sentido, em que pese a insatisfação do recorrente, a meu ver, a decisão de piso decidiu acertadamente sobre a controvérsia posta, motivo pelo qual endosso as razões anteriormente adotadas e que são convergentes com o entendimento deste Relator.

Ademais, tendo em vista que o recorrente transcreve, *ipsis litteris*, a impugnação apresentada, opto por reproduzir no presente voto, nos termos do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira instância, com as quais concordo integralmente:

[...] Veja-se que o arbitramento foi efetuado em parâmetros razoáveis, e se o impugnante busca incessantemente atingir a verdade real deveria ter ao menos apresentado sua contabilidade, que como informou, é regular.

A fiscalização sequer conseguiu realizar o confronto da folha de pagamento com a escrituração contábil diante da não apresentação do Livro Diário ou Caixa:

Conforme claramente demonstrado pela fiscalização, o que ensejou a aferição indireta das contribuições lançadas foi o fato de o contribuinte, apesar de intimado, não ter apresentado a escrituração contábil (Livros Diário e ou Caixa) dos anos de 2009/2010, além de que verificada omissão nas informações prestadas em GFIP e folhas de pagamento pois a massa salarial informada está muito aquém do percentual razoável para as operações da autuada na área de transporte, logística e distribuição.

Então pergunta-se: como aceitar sem qualquer registro em sua contabilidade os conhecimentos de frete que, segundo diz o impugnante, representam a verdade real das remunerações? Sequer houve declaração em GFIP e em folha das remunerações a condutores autônomos de veículos como segurados contribuintes individuais.

Em relação as folhas de pagamento e GFIP juntadas, conforme se verifica do protocolo de recibo de entrega que acompanha estes documentos, fls. 6.066, estes já foram entregues à fiscalização em 19/09/2012 em resposta ao TIF nº 01, fls. 6.067/6070, portanto em nada alteram o lançamento, até porque, conforme observado pela fiscalização, os valores apurados em folha estão aquém do quanto declarado em GFIP e dos 20% do total do faturamento da autuada.

Quanto aos recibos de frete e contratos de fretamento (CTRC) juntados na defesa, conforme se verifica da resposta à intimação acostada às fls. 333 dos autos (Doc 10 Anexo ao relatório fiscal), abaixo reproduzida, estes já haviam sido entregues durante a ação fiscal, em nada alterando as conclusões da fiscalização quanto a omissão nos valores reais da mão de obra empregada nos serviços de transporte, logística e distribuição, pois desacompanhados da escrituração contábil:

(...)

O fato é que sem a contabilidade regular não há como se validar a efetiva massa salarial da impugnante, até porque poderia estar se aceitando a parte pelo todo, ou seja, não há como se considerar estes documentos diante da falta de confiabilidade das informações prestadas pela autuada, na medida em que há discrepância enorme da percentagem de faturamento da empresa com o percentual da massa salarial informada e conseqüentemente, com reflexos no recolhimento das contribuições previdenciárias.

Argumenta ainda o impugnante que a Receita Federal permite a utilização do regime de caixa quando da apuração do Lucro presumido, de acordo com a Instrução Normativa SRF 104/1998 e que fez a opção pelo regime de caixa de acordo com este normativo, juntando as receitas e despesas do período de forma que todas as informações lançadas estão a disposição da Receita.

De se concordar que há permissivo legal para a utilização do Livro Caixa conforme transcrevo:

Lei 8981/95

Art. 45. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido deverá manter:

I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário abrangido pelo regime de tributação simplificada;

III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária.
(grifei)

Porém, sequer houve apresentação do Livro Caixa e Livro Registro de Inventário durante a ação fiscal, apesar de solicitado pela fiscalização mediante Termo de Intimação nº 6, recebido em 02/07/2013, fls. 125, abaixo transcrito:

(...)

Além disto, em resposta a intimação, fls. 334, o contribuinte informou que possui contabilidade regular, porém não apresentou nenhum dos livros contábeis solicitados pela fiscalização, tampouco juntou na defesa “as receitas e despesas do período”, somente documentos já entregues durante a ação fiscal, conforme recibos de entrega (anexo 10 do relatório fiscal – protocolos, fls. 326/335).

Pleiteia ainda o impugnante o abatimento dos tributos da base de cálculo, conforme entendimento do STF que decidiu de forma definitiva pela não incidência do PIS e COFINS sobre o valor do ICMS. Transcreve jurisprudência.

O pleito não merece acolhida, pois como já visto no decorrer deste voto a aferição indireta não considerou o total do faturamento da empresa, mas 20% como sendo o percentual mínimo de mão de obra contida nas notas fiscais de prestação de serviços, com base no artigo 453 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, *verbis*:

Art. 453. Na operação de transporte de cargas ou de passageiros, o valor da remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços não poderá ser inferior a 20% (vinte por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, observado, quanto ao transporte de cargas, o disposto no inciso V do art. 149.

Ademais, o julgado citado na defesa não se aplica ao caso, considerando que o lançamento foi feito mediante aferição indireta e que a autuada sequer apresentou as notas fiscais de prestação de seus serviços.

De todo o acima exposto, demonstrado que não há qualquer afronta aos princípios da capacidade contributiva e estrita legalidade tributária na utilização da alíquota de 20% sobre o valor bruto da nota fiscal para a aferição indireta das contribuições, pois a fiscalização agiu de acordo com o permissivo legal disposto no § 3º do artigo 33, da Lei

nº 8.212/91 e previsão contida nos artigos 447 e 453 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13/11/2009.

Tem-se, pois, que resta perfeitamente demonstrada nos autos a motivação legal e fática do lançamento, tendo sido a aferição indireta, imbuída dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, capaz de permitir uma maior aproximação dos verdadeiros salários-de-contribuição devidos, motivo pelo qual, não merece prosperar a insatisfação do recorrente.

A propósito, não se pode confundir lançamento por arbitramento, com lançamento arbitrário. O lançamento arbitrário é aquele que foge ao razoável, sendo desproporcional. No presente caso, o lançamento respeitou os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e foi baseado em elementos próximos da realidade. O comportamento da fiscalização está, portanto, perfeitamente compatível com o disposto no art. 33, parágrafo 3º da Lei nº 8.212 de 1991, bem como no art. 148 do CTN.

Certo é que as alegações apresentadas pelo Recorrente devem vir acompanhadas das provas documentais correspondentes, especialmente para combater a aferição indireta, como no presente feito. Argumentações com ausência de prova enseja o indeferimento da pretensão, haja vista a impossibilidade de se apurar a veracidade das alegações.

Ademais, oportuno destacar que incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe, portanto, ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, bem como os documentos pertinentes para fins de comprovar os fatos narrados.

A esse respeito, manifesta-se com precisão Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em sua obra *Processo Administrativo Tributário*, Malheiros Editores, 2000, pg. 184/185:

As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas de produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arrazoado defensivo, pelo que prospera a exigibilidade fiscal. (...) A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

No presente caso, o lançamento foi efetuado por aferição indireta e caberia ao impugnante o ônus da prova em contrário, que só seria cumprido mediante a apresentação de documentos e esclarecimentos incontroversos, comprovando, de forma consistente, que os fatos sobre os quais se funda o lançamento, ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, o que não foi realizado no presente processo administrativo fiscal.

Assim, sobre a comprovação dos fatos alegados, entendo que o recorrente não se desincumbiu de comprovar suas alegações, ficando apenas no campo das suposições, o que, a meu ver, não têm o condão de afastar a higidez da acusação fiscal.

Para além do exposto, oportuno destacar que não se está exigindo nestes autos qualquer débito relativo a empresa DJS Peter Cia Ltda., sendo todos os levantamentos relativos aos créditos tributários apurados na autuada - Pexter Logística Ltda, portanto de toda inócua a alegação de responsabilização tributária da autuada por débitos da antecessora nestes autos, ainda porque o mérito da matéria foi submetida ao contraditório nos autos do processo nº 11040.721253/2011-21.

Portanto, as alegações quanto ao planejamento tributário lícito, ocorrência na prática da elisão fiscal e não evasão, aplicação do artigo 116 do CTN na redação dada pela LC 104/2001 (sequer citado este normativo no relatório fiscal), não guardam relação

com a matéria contida nestes autos, pois não houve “desconsideração dos negócios jurídicos pela prática da simulação” como aventado na defesa.

Sobre as demais alegações apresentadas pelo sujeito passivo, não acrescentam e nem diminuem o lançamento fiscal, quando, na verdade, confirmam que o trabalho da Fiscalização está correto. Em nenhum momento o sujeito passivo demonstra, efetivamente, que os valores lançados são indevidos, limitando-os a trazer alegações genéricas e que não afastam a responsabilidade pelo crédito tributário.

Cabe pontuar, ainda, que o julgador não está obrigado a refutar, um a um, todos os argumentos deduzidos pelo recorrente, basta apreciar com clareza, ainda que de forma sucinta, as questões essenciais e suficientes ao julgamento, conforme jurisprudência consolidada também no âmbito do STJ (EDcl no AgRg no REsp nº 1.338.133/MG, REsp nº 1.264.897/PE, AgRg no Ag 1.299.462/AL, EDcl no REsp nº 811.416/SP).

A propósito, o princípio da verdade material, que rege o Processo Administrativo Fiscal, não afasta a necessidade de prova das alegações de defesa contrárias ao lançamento fiscal. Comprovado que o procedimento fiscal levado a efeito atende às normas regulamentares, não há que se falar em falta de atendimento à verdade material.

O ônus da prova existe, portanto, afetando ambas as partes litigantes. Não cabe a qualquer delas manter-se passiva, apenas alegando fatos que a favorecem, sem carrear provas que os sustentem. Assim, cabe ao Fisco produzir provas que sustentem os lançamentos efetuados, como, ao contribuinte as provas que se contraponham à ação fiscal.

Ademais, destaco que o sujeito passivo apresentou seu Recurso em março de 2014, sendo que até o presente momento (ano-calendário 2023), o recorrente não anexou qualquer documento complementar nos autos, que pudesse comprovar o adimplemento de suas obrigações tributárias, não havendo que se falar em dilação de prazo para a juntada de novos documentos, que, inclusive, deveriam ter sido apresentados quando da impugnação.

Tem-se, pois, que o contribuinte teve tempo suficiente para encaminhar os documentos comprobatórios, durante o curso do processo administrativo fiscal, não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa ou violação à ampla defesa, eis que, se não exercido, foi por opção do próprio contribuinte.

Dessa forma, como o contribuinte não apresentou a documentação idônea solicitada pela fiscalização e nem mesmo demonstrou, de forma efetiva, a incorreção da base de cálculo do lançamento, reputo correto o arbitramento levado a cabo, por falta de comprovação.

Para além do exposto, rejeito o pedido para realização de perícia ou conversão do julgamento em diligência, eis que tais instrumentos não servem para fins de suprir material probatório a cuja apresentação está a parte pleiteante obrigada. Em outras palavras, pretende o contribuinte, por via da prova pericial, que sejam produzidas as provas que embasam as informações, cujo ônus cabe a ele próprio.

Nesse desiderato, os elementos de prova a favor do recorrente, no caso em análise, poderiam ter sido por ele produzidos, apresentados à fiscalização no curso do procedimento fiscal, ou, então, na fase impugnatória, com a juntada de todos os documentos e o que mais quisesse para sustentar seus argumentos, não podendo o pedido de perícia ser utilizado como forma de postergar a produção probatória, dispensando-o de comprovar suas alegações.

Assim, o pedido de prova pericial técnica ou mesmo a conversão do julgamento em diligência, não servem para suprir ônus da prova que pertence ao próprio contribuinte, dispensando-o de comprovar suas alegações.

A propósito, na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar a realização de diligências e perícias apenas quando entenda necessárias ao deslinde da controvérsia.

Dessa forma, como o contribuinte não demonstrou, de forma efetiva, a incorreção da base de cálculo do lançamento, reputo correto o arbitramento levado a cabo, por falta de comprovação.

Ante o exposto, tendo em vista que o recorrente repete, em grande parte, os argumentos de defesa tecidos em sua impugnação, não apresentado fato novo relevante, ou qualquer elemento novo de prova, ainda que documental, capaz de modificar o entendimento exarado pelo acórdão recorrido, reputo hígido o lançamento tributário, endossando a argumentação já tecida pela decisão de piso.

2.2.2. Da Multa Aplicada.

No caso concreto, a multa de ofício (75) foi qualificada e aplicada em dobro em virtude do dolo (150%), conforme art. 44, inciso I, parágrafo 1º da Lei nº 9.430/96 e aumentada da metade (225%) em virtude do art. 44, inciso I, parágrafo 2º, II da referida Lei (atraso na entrega de arquivos digitais no formato MANAD da folha de pagamento).

Em relação à multa de 225% aplicada, o sujeito passivo alega, em suma, que não concorreu para a prática do ilícito, bem como que o valor seria confiscatório.

Afirma, ainda, que a multa teria sido aplicada sobre base de cálculo totalmente irregular, já que esta não comportaria as despesas decorrentes dos fretes efetuados.

Mais adiante, alega que a falta de declaração pelo contribuinte ou omissão não seria suficiente para caracterizar a multa qualificada aplicada, além de defender a aplicação do artigo 112 do CTN ao caso dos autos.

Entendo que não assiste razão ao recorrente.

A começar, a obrigação principal fora mantida, não havendo que se falar em prejudicialidade na aplicação da multa e nem mesmo alteração da base de sua incidência.

Em seguida, entendo que se encontram presentes os requisitos para a exasperação da multa de ofício, a exigir a necessária existência do elemento subjetivo do dolo e a demonstração de emprego de conduta 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.

Isso porque, os fatos narrados, a meu ver, são suficientes para justificar a qualificação da multa, não tendo o contribuinte se desincumbido do ônus em sentido contrário, sobretudo em razão das seguintes condutas apuradas pela fiscalização: (i) não manteve os Livros Diário e/ou Livro Caixa no decorrer dos anos calendário 2009 e 2010, não os apresentando à RFB apesar de sucessivos pleitos neste sentido; (ii) a reiterada omissão na apresentação de documentos e escrita contábil; (iii) a prestação de informações equivocadas em GFIP (código FPAS 515 em vez de 612) e receitas informadas em DIPJ muito aquém do faturamento informado às Fazendas Estaduais; (iv) as remunerações informadas em folhas de pagamento, isto quando apresentadas, e em GFIP, além de serem discrepantes entre si, apontam para omissão

da real massa salarial dos segurados empregados e contribuintes individuais levando-se em conta o percentual do faturamento da empresa; (v) a constatação em ação fiscal anterior, de que a autuada continuou a explorar o mesmo ramo de negócio da empresa DJS Peter Cia Ltda administrada por Darci Simões Peter, pai do sócio gerente da Pexter Logística, em endereços coincidentes e utilizando-se das mesmas instalações físicas, *em contexto de sucessão empresarial sem solução de continuidade da atividade, elaborado com vistas a dificultar a ação dos credores tributários.*

Em suma, a autuada adotou práticas com indícios de ocultação da real massa salarial e faturamento (omissão do fato gerador na GFIP, folhas de pagamento e DIPJ, não apresentação da contabilidade, não apresentação das notas fiscais de prestação de serviços das filiais e das competências 01/2009 a 02/2010 da matriz).

Conforme bem destacado pela decisão recorrida, restou caracterizada a situação descrita no § 1º do inciso I, do artigo 44 da Lei nº 9.430/96 para a imposição da multa qualificada, pois a autuada, de forma intencional, agiu visando impedir o conhecimento da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador de obrigação tributária principal (trabalho remunerado prestado por segurados empregados e contribuintes individuais), devendo pois, ser mantida a multa em seus exatos termos.

Ademais, a omissão do recorrente em prestar esclarecimentos à fiscalização e deixar de apresentar documentos, inclusive os arquivos digitais solicitados, justifica o agravamento da multa de ofício, na forma determinada pelo Artigo 44, inciso I e seu parágrafo 2º, da Lei 9.430/1996.

Nos termos da legislação de regência, basta ocorrer as hipóteses descritas no dispositivo citado para que a fiscalização, no seu dever de ofício, aplique a penalidade cabível, sem qualquer necessidade de demonstração da ocorrência do dolo.

Sobre as alegações de inconstitucionalidade/ilegalidade trazidas pelo contribuinte, cumpre esclarecer que também já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, falece competência legal à autoridade julgadora de instância administrativa para se manifestar acerca da legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Dessa forma, entendo que não assiste razão ao recorrente.

2.2.3. Representação Fiscal para Fins Penais.

Por fim, o sujeito passivo requer a baixa da Representação Fiscal para Fins Penais, sob o fundamento de que as eventuais consequências contrárias ao fisco devem ser qualificadas como casos de elisão fiscal e não de evasão ilícita.

A esse respeito, cabe esclarecer que sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca dos fatos, bem como, consequentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

3. Do Recurso Voluntário apresentado pelo responsável solidário Sr. Theo Carpena de Menezes Peter.

Ultrapassado os pontos anteriores, passa-se ao enfrentamento das alegações recursais do responsável solidário **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter**.

De acordo com o que consta no Relatório Fiscal (e-fls. 67 e ss), a responsabilidade solidária foi atribuída ao **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter**, com base no artigo 135, III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional). É de se ver:

[...] 36) O responsável Théo Capanema de Menezes Peter detinha 90% do capital social da pessoa jurídica no decorrer do período fiscalizado. Consoante explicitado na Cláusula 10 dos “Atos Constitutivos” da empresa, e repetido nas alterações e consolidações contratuais ulteriores, a sociedade será “administrativa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente”, pelo referido, o qual fica investido de “amplos poderes individual ou coletivo para o desempenho de suas funções”.

Também o exame de contratos firmados com clientes e das procurações outorgadas a terceiros, em anexo, revela que Théo Carpena, além de constar nos documentos societários como o administrador do fiscalizado, praticava efetivos atos de gestão da empresa, constando, inclusive, como responsável por ela nos cadastros do CNPJ, em anexo 3.

Em seu Recurso Voluntário (e-fls. 8162 e ss), o responsável solidário **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter** argumenta, em suma, que o mero inadimplemento da obrigação tributária não seria capaz de gerar a responsabilização do sócio gerente, motivo pelo qual, defende sua ilegitimidade passiva.

Pois bem. Inicialmente, é preciso esclarecer que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis pelos créditos tributários resultantes, desde que caracterizada, adequadamente, a prática de atos infringentes à legislação tributária que não se confundam, em substancial grau, com o inadimplemento do tributo.

Em outras palavras, a responsabilidade do art. 135, inc. III, do CTN, surge quando os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, praticam dolosamente atos com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato social, agindo-os intencionalmente para realizar a conduta ilícita, mediante atos anormais de gestão, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico não legitima o comportamento

Assim, nos termos do art. 135, III, do CTN, é necessário que o responsável possua poderes de administração no que diz respeito às circunstâncias e eventos que deram origem ao crédito tributário, o que se verifica no caso em tela.

O vasto conjunto probatório acostado aos autos, revela a participação efetiva da pessoa física arrolada como responsável solidária e ora recorrente, nos atos jurídicos que implicaram em infração à lei, motivo pelo qual é cabível a respectiva responsabilização dos mandatários com poderes de administração, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Conforme visto, resta comprovado nos autos que o **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter** era administrador da sociedade, possuindo amplos poderes para representá-la, tendo praticado efetivos atos de gestão da empresa, e que culminaram na infração à lei, em razão de uma série de atos imputados à administração da sociedade e que, levando em consideração sua posição de administrador à época dos fatos, era de seu inteiro comando, não sendo crível alegar o desconhecimento das condutas imputadas.

Novamente cabe mencionar as seguintes condutas: (i) não manteve os Livros Diário e/ou Livro Caixa no decorrer dos anos calendário 2009 e 2010, não os apresentando à RFB apesar de sucessivos pleitos neste sentido; (ii) a reiterada omissão na apresentação de documentos e escrita contábil; (iii) a prestação de informações equivocadas em GFIP (código FPAS 515 em vez de 612) e receitas informadas em DIPJ muito aquém do faturamento informado às Fazendas Estaduais; (iv) as remunerações informadas em folhas de pagamento, isto quando apresentadas, e em GFIP, além de serem discrepantes entre si, apontam para omissão da real massa salarial dos segurados empregados e contribuintes individuais levando-se em conta o percentual do faturamento da empresa; (v) a constatação em ação fiscal anterior, de que a autuada continuou a explorar o mesmo ramo de negócio da empresa DJS Peter Cia Ltda administrada por Darci Simões Peter, pai do sócio gerente da Pexter Logística, em endereços coincidentes e utilizando-se das mesmas instalações físicas, *em contexto de sucessão empresarial sem solução de continuidade da atividade, elaborado com vistas a dificultar a ação dos credores tributários*.

Ademais, tendo em vista que o recorrente transcreve, *ipsis litteris*, a impugnação apresentada, opto por reproduzir no presente voto, nos termos do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira instância, com as quais concordo integralmente, em relação às alegações trazidas pelo **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter**, ora recorrente:

[...] O sócio administrador da autuada, Theo Carpena de Menezes Peter, interpôs impugnação de idêntico teor a apresentada pela Pexter Logística, quanto aos itens “*Da Nulidade do Auto de Infração*”, “*Da Base de Cálculo da Contribuição Patronal e Demais Entidades e Fundos*” e “*Da Sucessão*”, sendo despidianda nova análise de tal argumentação, pelo que remetemos aos itens correspondentes neste voto.

O impugnante sustenta que o mero inadimplemento de obrigação tributária não gera responsabilização do sócio gerente com base no artigo 135, III do CTN, conforme Súmula 430 do STJ, devendo ser comprovada a prática do ato com excesso de poderes ou infração à lei na pessoa do sócio gerente.

Informa ainda que a empresa Pexter Logística Ltda ME se encontra com os débitos atuais regularizados e que não há motivos para o pedido de redirecionamento da execução fiscal nos autos, pois fundado unicamente no inadimplemento de tributos e descumprimento de deveres instrumentais.

De certo que o simples inadimplemento não configura infração à lei, conforme jurisprudência iterativa do STJ, vertida na Súmula nº 430:

Súmula 430 do STJ

O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente.

Como é cediço a atribuição de responsabilidade tributária nos termos do artigo 135, III, do CTN, é cabível nos casos de gestão com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato, assim considerada a gestão fraudulenta com intuito de lesar o credor tributário deliberadamente.

Ora, a ausência de escrituração fiscal e contábil, a prática adotada reiteradamente pela empresa na figura de seus gestores dificultando e ocultando as receitas e despesas e, conseqüentemente dificultando a verificação dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, ao menos em princípio, caracteriza infração à lei nos termos do art. 135, III, do CTN.

Conforme consta do relatório fiscal a autuada na pessoa do seu sócio gerente, infringiu deliberadamente os artigos 45 da Lei nº 8.981/95 e 1.180 e seguintes do Código Civil, dos quais transcrevo:

Lei 8981/95

*Art. 45. A pessoa jurídica habilitada à opção pelo regime de tributação com base no lucro presumido **deverá manter**:*

I - escrituração contábil nos termos da legislação comercial;

II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término do ano-calendário abrangido pelo regime de tributação simplificada;

III - em boa guarda e ordem, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes, todos os livros de escrituração obrigatórios por legislação fiscal específica, bem como os documentos e demais papéis que serviram de base para escrituração comercial e fiscal.

Parágrafo único. O disposto no inciso I deste artigo não se aplica à pessoa jurídica que, no decorrer do ano-calendário, mantiver livro Caixa, no qual deverá estar escriturado toda a movimentação financeira, inclusive bancária.

CÓDIGO CIVIL

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

Parágrafo único. A adoção de fichas não dispensa o uso de livro apropriado para o lançamento do balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Na letra fria da lei, à primeira vista, parecem plausíveis os argumentos do impugnante de que somente teria ocorrido infração aos deveres instrumentais e mero inadimplemento de obrigações.

No entanto, o conjunto dos elementos descritos no relatório fiscal e já analisados no decorrer deste voto, ratifica a afirmação da auditoria fiscal no sentido de que

há fortes evidências do cometimento de crimes contra a ordem tributária, dado que a pessoa jurídica administrada pelos referidos responsáveis procurou deliberadamente evadir-se do cumprimento de suas obrigações tributárias, seja mudando sua razão social formal, seja omitindo ou prestando informações falsas ao Fisco Federal, no intuito de impedir o conhecimento dos fatos geradores das contribuições sob exame - condutas já descritas e examinadas neste relatório.

Há consistência nos elementos que indicam “identidade entre a DJS Peter Cia Ltda e a Pexter Logística Ltda” com o fito de dificultar a ação dos credores tributários.

Como visto, a responsabilização tributária depende de que os atos ilícitos praticados pelos sócios impossibilitem a sociedade de cumprir as obrigações fiscais.

Exatamente neste sentido que a fiscalização informou da sucessão empresarial entre as empresas citadas, apurada em ação fiscal anterior realizada na DJS Peter Cia Ltda e que foram lavrados contra esta empresa os autos de infração – processo administrativo fiscal

nº 16641.000100/2008-96 - no valor de R\$ 4.227.021,29, e lançamento de ofício - processo nº 11040.721253/2011-21 - no valor de R\$ 13.299.227,98, (anexo 32), e que em pesquisa realizada no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, (anexo 33) localizou mais de 14 processos de execução fiscal contra a DJS Peter & Cia Ltda.

Do exposto, presentes os requisitos do artigo 135, inciso III do CTN para a responsabilização do sócio administrador.

Dessa forma, entendo que o recorrente não logrou êxito em demonstrar a fragilidade da acusação fiscal, motivo pelo qual, deve ser reconhecida a legitimidade passiva, estando correta a inclusão do recorrente no polo passivo da demanda, na qualidade de responsável solidário.

Os demais argumentos trazidos pelo sujeito passivo são idênticos aos apresentados pelo devedor principal e já foram rebatidos nos tópicos anteriores, sendo desnecessário, portanto, a transcrição dos fundamentos utilizados neste voto por este Relator.

4. Do Recurso Voluntário apresentado pelo responsável solidário Sr. Darci José Simões Peter.

Ultrapassado os pontos anteriores, passa-se ao enfrentamento das alegações recursais do responsável solidário **Sr. Darci José Simões Peter**.

De acordo com o que consta no Relatório Fiscal (e-fls. 67 e ss), a responsabilidade solidária foi atribuída ao **Sr. Darci José Simões Peter**, com base no artigo 135, III, da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional). É de se ver:

[...] Ainda que não conste como sócio formal da pessoa jurídica, cabe a imputação de responsabilidade solidária a seu administrador de fato, Darci José Simões Peter.

Primeiro, deve ser lembrado, como analisado anteriormente, que a Pexter Logística Ltda. é sucessora da DJS Peter & Cia Ltda.

Na verdade, trata-se de um único empreendimento empresarial, voltado para a prestação de serviços de logística e armazenagem, que operava antes de 2008 sob a constituição formal da pessoa jurídica DJS Peter & Cia Ltda, cujo sócio administrador era Darci José Simões Peter. Com o crescimento das dívidas tributárias e previdenciárias, e, quiçá, de outros débitos, a “solução” foi passar a operar esse mesmo negócio sob nova razão social e CNPJ, com a Pexter Logística Ltda – a DJS Peter & Cia Ltda., de acordo com pesquisa realizada nos sistemas da RFB, não entregou a DIPJ relativa aos anos-calendário 2009 e 2010, passando a declarar-se inativa a partir do ano-calendário 2011 conforme Relação de DIPJ em anexo 34.

A coincidência inquestionável dos estabelecimentos, as informações disponíveis na internet, o liame parental entre os sócios das pessoas jurídicas, a operação das mesmas atividades demonstra cabalmente estar-se, na prática diante de um único negócio.

Mais: o sócio administrador formal do fiscalizado conferiu amplos poderes de representação e gestão a seu pai, sócio administrador da DJS Peter & Cia Ltda., por meio de procurações, em anexo 17. Além disso, Darci José Simões Peter se apresentava perante terceiros como sócio-diretor da Pexter Logística, conforme comprova o arquivo de mídia anexo 11 a 15.

Em seu Recurso Voluntário (e-fls. 8162 e ss), o responsável solidário **Sr. Darci José Simões Peter** argumenta, em suma, que teria sido descabida a citação realizada por Edital sem o cumprimento dos requisitos estipulados por lei, dentre estes o artigo 127 do CTN, pois a Receita não esgotou as possibilidades para citar o contribuinte, destacando que sequer o auto de infração foi recebido pelo contribuinte restando prejudicada sua defesa.

Acrescenta que não pode ser considerado o disposto no artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 por ser uma exceção para a intimação de pessoa física e não pessoa jurídica, e no caso não ocorreram as três tentativas de intimação do responsável pela empresa, caracterizando o cerceamento do direito de defesa da empresa.

Alega ainda que o relatório fiscal faz menção a outro processo cuja ciência não foi dada ao contribuinte para possibilitar sua defesa, ou seja, o auto de infração teve por base relatório de processo diverso referente a empresa DJS Peter que não mais lhe pertence, e, não sendo observados os requisitos legais para a constituição do crédito tributário, disposto no artigo 142 do CTN, a autuação deve ser desconstituída.

Pois bem. Inicialmente, é preciso esclarecer que não houve qualquer citação por edital no presente auto, sendo a autuação e relatório fiscal entregues pessoalmente ao sujeito passivo solidário, conforme se verifica do Termo de Sujeição Passiva, fls. 795/798, com assinatura de recebimento em 27/11/2013.

Para além do exposto, entendo que não houve nos autos em momento algum cerceamento do direito de defesa da recorrente ou violação ao contraditório e ao devido processo legal, tendo em vista que lhe foi oportunizado a prática de todos os atos processuais inerentes ao processo administrativo-fiscal, contidos no Decreto no 70.235/1972.

Conforme bem pontuado pela decisão recorrida, o autuado não poderia alegar o desconhecimento do processo 11040.721253/2011-21, lavrado contra a empresa DJS Peter Cia Ltda (cuja ciência foi dada em 18/10/2011, conforme tela extraída do referido processo que ora junto, pois consta como sócio gerente desta empresa até a data de 03/01/2012, conforme ficha cadastral da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, (anexo 27), além de constar no relatório fiscal da presente autuação a descrição dos elementos necessários para a defesa do impugnante, no item *Sucessão Empresa DJS Peter Cia Ltda*.

Feitos os esclarecimentos acima, cabe pontuar que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são responsáveis pelos créditos tributários resultantes, desde que caracterizada, adequadamente, a prática de atos infringentes à legislação tributária que não se confundam, em substancial grau, com o inadimplemento do tributo.

Em outras palavras, a responsabilidade do art. 135, inc. III, do CTN, surge quando os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, praticam dolosamente atos com excesso de poderes ou infração à lei ou contrato social, agindo-os intencionalmente para realizar a conduta ilícita, mediante atos anormais de gestão, mesmo sabendo que o ordenamento jurídico não legitima o comportamento

Assim, nos termos do art. 135, III, do CTN, é necessário que o responsável possua poderes de administração no que diz respeito às circunstâncias e eventos que deram origem ao crédito tributário, o que se verifica no caso em tela, havendo prova contundente nos autos de sua condição de **administrador de fato** da autuada Pexter Logística Ltda (Anexo 11 a 15).

O vasto conjunto probatório acostado aos autos, revela a participação efetiva da pessoa física arrolada como responsável solidária e ora recorrente, nos atos jurídicos que implicaram em infração à lei, motivo pelo qual é cabível a respectiva responsabilização dos mandatários com poderes de **administração de fato**, nos termos do art. 135, III, do CTN.

Conforme visto, resta comprovado nos autos que o **Sr. Darci José Simões Peter** era **administrador de fato** da sociedade, possuindo amplos poderes para representá-la, eis que que o sócio administrador formal, **Sr. Theo Carpena de Menezes Peter**, lhe conferiu amplos

poderes de representação e gestão, por meio de procurações. Ademais, o **Sr. Darci José Simões Peter** se apresentava perante terceiros como sócio-diretor da Pexter Logística, conforme comprova o arquivo de mídia anexo 11 a 15.

Assim, sendo administrador de fato da sociedade, concluiu-se que o **Sr. Darci José Simões Peter** também praticou, em conjunto, efetivos atos de gestão da empresa, e que culminaram na infração à lei, em razão de uma série de atos imputados à administração da sociedade, não sendo crível alegar o desconhecimento das condutas imputadas.

Novamente cabe mencionar as seguintes condutas: (i) não manteve os Livros Diário e/ou Livro Caixa no decorrer dos anos calendário 2009 e 2010, não os apresentando à RFB apesar de sucessivos pleitos neste sentido; (ii) a reiterada omissão na apresentação de documentos e escrita contábil; (iii) a prestação de informações equivocadas em GFIP (código FPAS 515 em vez de 612) e receitas informadas em DIPJ muito aquém do faturamento informado às Fazendas Estaduais; (iv) as remunerações informadas em folhas de pagamento, isto quando apresentadas, e em GFIP, além de serem discrepantes entre si, apontam para omissão da real massa salarial dos segurados empregados e contribuintes individuais levando-se em conta o percentual do faturamento da empresa; (v) a constatação em ação fiscal anterior, de que a autuada continuou a explorar o mesmo ramo de negócio da empresa DJS Peter Cia Ltda administrada por Darci Simões Peter, pai do sócio gerente da Pexter Logística, em endereços coincidentes e utilizando-se das mesmas instalações físicas, *em contexto de sucessão empresarial sem solução de continuidade da atividade, elaborado com vistas a dificultar a ação dos credores tributários.*

Ademais, tendo em vista que o recorrente transcreve, *ipsis litteris*, a impugnação apresentada, opto por reproduzir no presente voto, nos termos do art. 57, § 3º, Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, com redação dada pela Portaria MF nº 329, de 4/6/17, as razões de decidir da decisão de primeira instância, com as quais concordo integralmente, em relação às alegações trazidas pelo **Sr. Darci José Simões Peter**, ora recorrente:

[...] Darci José Simões Peter interpôs impugnação de idêntico teor a apresentada pela Pexter Logística, quanto ao item “Da Sucessão” sendo despicienda nova análise de tal argumentação pelo que remetemos ao item correspondente neste voto.

O impugnante pleiteia a nulidade da autuação devido a citação descabida realizada por Edital sem o cumprimento dos requisitos estipulados por lei, dentre estes o artigo 127 do CTN, pois a Receita não esgotou as possibilidades para citar o contribuinte, destacando que sequer o auto de infração foi recebido pelo contribuinte restando prejudicada sua defesa.

Acrescenta que não pode ser considerado o disposto no artigo 23, inciso II, do Decreto nº 70.235/72 por ser uma exceção para a intimação de pessoa física e não pessoa jurídica, e no caso não ocorreram as três tentativas de intimação do responsável pela empresa, caracterizando o cerceamento do direito de defesa da empresa.

Equivocou-se o impugnante, pois não houve qualquer citação por edital no presente auto, sendo a autuação e relatório fiscal entregues pessoalmente ao sujeito passivo solidário, conforme se verifica do Termo de Sujeição Passiva, fls. 795/798, com assinatura de recebimento em 27/11/2013.

Portanto, afastada a hipótese de cerceamento do direito de defesa.

Alega ainda o impugnante que o relatório fiscal faz menção a outro processo cuja ciência não foi dada ao contribuinte para possibilitar sua defesa, ou seja, o auto de infração teve por base relatório de processo diverso referente a empresa DJS Peter que não mais lhe pertence, e, não sendo observados os requisitos legais para a constituição

do crédito tributário, disposto no artigo 142 do CTN, a autuação deve ser desconstituída.

Entretanto, o impugnante não poderia alegar o desconhecimento do processo 11040.721253/2011-21, lavrado contra a empresa DJS Peter Cia Ltda (cuja ciência foi dada em 18/10/2011, conforme tela extraída do referido processo que ora junto, pois consta como sócio gerente desta empresa até a data de 03/01/2012, conforme ficha cadastral da Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, (anexo 27), além de constar no relatório fiscal da presente autuação a descrição dos elementos necessários para a defesa do impugnante, no item *Sucessão Empresa DJS Peter Cia Ltda*.

Como se vê, os argumentos do impugnante não afastam a responsabilidade tributária fundada nos artigos 124, I, 128, e 135, III, do CTN, como apurado no item “*Sujeição Passiva Solidária*”, havendo prova contundente nos autos de sua condição de administrador de fato da autuada Pexter Logística Ltda (Anexo 11 a 15), conforme texto do documento de fls. 336: (...)

Dessa forma, entendo que o recorrente não logrou êxito em demonstrar a fragilidade da acusação fiscal, motivo pelo qual, deve ser reconhecida a legitimidade passiva, estando correta a inclusão do recorrente no polo passivo da demanda, na qualidade de responsável solidário.

Os demais argumentos trazidos pelo sujeito passivo são idênticos aos apresentados pelo devedor principal e já foram rebatidos nos tópicos anteriores, sendo desnecessário, portanto, a transcrição dos fundamentos utilizados neste voto por este Relator.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER dos Recursos Voluntários interpostos pelo devedor principal e pelos responsáveis solidários, a fim de rejeitar as preliminares e, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite