



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11080.729730/2013-92
Recurso Voluntário
Resolução nº **1401-001.007 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de março de 2024
Assunto DILIGÊNCIA
Recorrente PEXTER LOGISTICA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Goncalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Andre Luis Ulrich Pinto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Claudio de Andrade Camerano, Daniel Ribeiro Silva, Fernando Augusto Carvalho de Souza, Andre Severo Chaves, Andre Luis Ulrich Pinto, Luiz Augusto de Souza Goncalves (Presidente)

Relatório

Por bem retratar os fatos que permeiam o presente processo administrativo, passo a transcrever o relatório do acórdão de impugnação nº 14-58.945 – 1ª Turma da DRJ/POR.

Conforme descrito no Relatório de Ação Fiscal – IRPJ e reflexos (fls. 908 a 932), parte integrante do Auto de Infração lavrado em 01/10/2013 (fls. 836 a 907), o contribuinte acima identificado foi fiscalizado em relação ao IRPJ, CSLL, COFINS E PIS, em decorrência de incongruências no preenchimento de DIPJ, DCTF e DACON, que abrangeu os anos-calendário de 2009 e 2010.

No Relatório de Ação Fiscal, informa a autoridade fiscal que as DIPJ dos anos-calendário 2009 e 2010 foram entregues sob o regime de lucro presumido, sendo que a primeira foi entregue “zerada” e na segunda constam informações sobre receitas trimestrais e correspondentes IRPJ e CSLL a pagar. Somente os DACON relativos ao período de janeiro a julho de 2009 foram entregues, com o preenchimento dos campos todos zerados.

Quanto às DCTF, as relativas ao ano-calendário 2009 foram entregues “zeradas”. Nas relativas ao ano-calendário 2010 constam declarados pagamentos de PIS e Cofins mensais e de IRPJ e CSLL trimestrais, sendo esses compatíveis apenas em parte com as informações constantes na DIPJ 2011.

A autoridade informa que a ação fiscal teve início em 21/03/12, com resistência por parte do contribuinte quanto à entrega dos documentos demandados (cópia do Contrato Social e alterações; relação de todas as filiais da empresa; Livro Registro de Saídas do

Fl. 2 da Resolução n.º 1401-001.007 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11080.729730/2013-92

ICMS, Livro Caixa ou Diário e Razão). O único documento entregue, dentre os diversos demandados pela fiscalização, foi o "Livro Registro Apurações de ICMS n.º 001", referente ao período de 22/02/10 a 31/12/10.

Em 25/04/13, foi expedido o Ofício ao Oficial do 2º Tabelionato de Notas de Pelotas/RS, demandando que fossem apresentadas cópias de todas as procurações onde a matriz da fiscalizada, a filial Pelotas ou seus sócios outorgassem poderes da empresa para terceiros. Em 27/05/13 foi solicitado à Secretaria de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento de cópias das GIAs (Guia de Informação e Apuração do ICMS) dos estabelecimentos do fiscalizado situados neste Estado, relativas ao período compreendido entre jan/09 e dez/10. Informações de teor equivalente referentes às filiais do contribuinte situadas em outros Estados da Federação foram demandadas.

proferido pela Continua o fiscal informando que novo termo de reintimação foi encaminhado ao contribuinte em 26/07/13, reiterando as demandas já formuladas anteriormente e alertando que a não apresentação dos documentos solicitados ensejaria a aplicação das regras dos artigos 45 e 47 da Lei n.º 8.981/95, termo esse que permanece sem resposta. Realizou-se também diligência em um dos principais clientes da empresa, para fins de obter amostra ilustrativa dos tipos de contratos de prestações de serviços por ela avençados.

A DIPJ 2010 foi entregue zerada, enquanto a DIPJ 2011 trouxe valores de receita e de tributos devidos que não são passíveis de conferência com a contabilidade, face à ausência desta, e em boa parte incompatíveis com o declarado em DCTF. Por outro lado, a apresentação do Livro Diário ou Caixa é obrigação imposta por lei para o optante pelo lucro presumido (art. 45 da Lei n.º 8.981/95). Considerando a reiterada omissão em apresentar os elementos contábeis obrigatórios por lei à fiscalização, em particular os livros Diário e Razão ou o livro Caixa, o fiscal impôs o arbitramento do lucro nos anos-calendário de 2009 e de 2010, nos termos do artigo 47, inciso III do mesmo diploma legal.

As apurações de receitas omitidas para os anos-calendário de 2009 e 2010 foram obtidas com base nas declarações GIA (Guia de Apuração do ICMS) e DIME (Declaração do ICMS e do Movimento Econômico) entregues às Secretarias de Fazenda dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Santa Catarina, matriz e filiais Pelotas, Rio Grande, Cotia e Itajaí, conforme tabelas 1, 2 e 3 anexadas pelo fiscal (fls. 916 a 918). Sobre as receitas acima foi realizado o lançamento de ofício do IRPJ, CSLL, PIS e Cofins pela sistemática do lucro arbitrado, de acordo com o disposto no art. 24 da Lei n.º 9.249/95.

Após discurrir sobre o histórico da fiscalizada e sua relação com a DJS Peter & Cia. Ltda., ambas administradas pelo Sr. Darci José Simões Peter, cujos atos de sucessão tiveram o intuito de evadir-se de cobranças por parte de credores, em especial a Fazenda Pública Federal, a autoridade fiscal conclui pela presença de todos os elementos do dolo (consciência da conduta, do resultado e do nexa causal, e a vontade de atuar no sentido de provocar o resultado). Com isso, conclui que cabe a aplicação da multa majorada nos termos dispostos no art. 44, §1º da Lei n.º 9.430/96.

Além disso, entende o fiscal que o contribuinte não atendeu as intimações e apresentou escusa falsa para não atendê-las (a de que já havia entregado os documentos demandados a outro AFRFB), implicando no agravamento da multa de ofício, conforme art. 44, § 2º, inciso I da Lei n.º 9.430/96. Com isso, o total aplicado de multa sobre o tributo que deixou de ser recolhido é de 225%.

Com base nos dados apurados, o Auditor-Fiscal lavrou auto de infração relativo ao IRPJ e reflexos - CSLL, Cofins e PIS para o período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Ademais, com base nos artigos 124, 128 e 135 – III da Lei n.º 5.172/66, imputou responsabilidade solidária às seguintes pessoas:

- Théo Carpena de Menezes Peter, que detinha 90% do capital social da empresa no período fiscalizado, consta nos documentos societários como o administrador e praticava efetivos atos de gestão da empresa;

Fl. 3 da Resolução n.º 1401-001.007 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 11080.729730/2013-92

- Darci José Simões Peter, seu administrador de fato, sendo que a Pexter Logística Ltda. é sucessora da DJS Peter & Cia Ltda., cujo sócio administrador era o próprio.

Em consequência das divergências acima, o contribuinte foi intimado a pagar IRPJ e reflexos, juros de mora e multa, totalizando R\$ 4.851.567,42 (fl. 836).

Inconformado com a autuação, os contribuintes Théo Carpena de Menezes Peter, Darci José Simões Peter e a Pessoa Jurídica Pexter Logística apresentaram impugnações (fls. 953 a 1011) e juntaram documentos (fls. 1012 a 4593).

O impugnante Théo Carpena alega que o mero inadimplemento da obrigação tributária não gera responsabilização do sócio-gerente, ou seja, deve haver prática de ato com excesso de poderes ou infração à lei;

Após discorrer sobre os princípios da eficiência e da verdade material e sobre simulação, requer a análise da documentação probatória ora anexada aos autos e, por fim, declaração de nulidade do Auto de Infração (fls. 953 a 959).

O segundo impugnante, Darci José Simões Peter, alega que (fls. 961 a 971):

1- A sua citação foi realizada por edital e o auto de infração não foi recebido pelo impugnante, descumprindo o art. 23 do PAF e caracterizando o cerceamento do direito de defesa;

2- O Auto de Infração foi baseado em relatório de processo administrativo diverso e descumpriu o disposto no art. 142 do CTN.

Após discorrer sobre o princípio da verdade real e a legalidade do planejamento tributário, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

O último impugnante, a empresa Pexter Logística Ltda., alega que (fls. 973 a 1011):

1- O contribuinte não teve acesso aos Livros Fiscais do ICMS, que foram enviados via convênio e prejudicaram seu exercício de defesa;

2- O fisco não cumpriu os requisitos formais previstos no art. 142 do CTN;

3- O Auto foi lavrado com base no arbitramento, o qual não condiz com o faturamento da empresa, já que os valores repassados aos “freteiros” e os impostos não deveriam fazer parte do cálculo;

4- A alíquota do IR na base fixa de 8% e o acréscimo de 1.6%, totalizando 9.6%, aplica-se a atividades diversificadas, o que não é o caso da impugnante;

5- A multa qualificada de 225% não deveria ser aplicada, já que o contribuinte em nenhum momento concorreu para a prática do ilícito, além de implicar em violação do princípio do não confisco.

Após discorrer sobre os princípios da eficiência e da verdade real e a simulação nos negócios jurídicos, requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Na ocasião de julgamento da impugnação, a DRJ entendeu por sua improcedência, mantendo integralmente o crédito tributário discutido nos autos do presente processo.

Irresignada com o v. acórdão *a quo*, os Recorrentes interpuseram recurso voluntário repisando os mesmos argumentos já apresentados em suas impugnações.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andre Luis Ulrich Pinto, Relator.

O recurso voluntário interposto pelas partes é tempestivo e deve ser conhecido.

Fl. 4 da Resolução n.º 1401-001.007 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 11080.729730/2013-92

Um dos argumentos apresentados pela Recorrente em sede de recurso voluntário é a necessária exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário n.º 574.706 em sede de repercussão geral (tema 69), nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574706, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017)”

Sabe-se, também que os efeitos da referida decisão foram modulados para serem produzidos a partir de 15 de março de 2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data do referido julgamento.

“Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu, em parte, os embargos de declaração, para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar após 15.3.2017— data em que julgado o RE n.º 574.706 e fixada a tese com repercussão geral ‘O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins’—, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até a data da sessão em que proferido o julgamento, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Marco Aurélio. Por maioria, rejeitou os embargos quanto à alegação de omissão, obscuridade ou contradição e, no ponto relativo ao ICMS excluído da base de cálculo das contribuições PIS-Cofins, prevaleceu o entendimento de que se trata do ICMS destacado, vencidos os ministros Nunes Marques, Roberto Barroso e Gilmar Mendes. Tudo nos termos do voto da relatora. Presidência do ministro Luiz Fux. Plenário, 13.05.2021 (Sessão realizada por videoconferência—Resolução 672/2020/STF)”

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional pronunciou-se sobre o tema ao proferir o Parecer SEI n.º 7698/O presente processo foi protocolado em 2009, e refere-se a PER/DCOMP transmitidos em 23 de novembro de 2007 e 12 de maio de 2009.

O já referido Parecer PGFN, assim internaliza para aplicação pela Autoridade /ME, nos seguintes termos:

“16. Ante o exposto, nos termos expostos na ata de julgamento já publicada, conclui-se que cabe à Administração Tributária, consoante autorizado pelo art. 19, VI c/c 19-A, III, e § 1º, da Lei n.º 10.522/2002, observar, em relação a todos os seus procedimentos, que:

Fl. 5 da Resolução n.º 1401-001.007 - 1ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 11080.729730/2013-92

- a) conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, “O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS”;
- b) os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e
- c) o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais.”

Portanto, entendo que assiste razão à Recorrente, devendo ser excluído o ICMS recolhido e o destacado em nota fiscal, da base de cálculo do PIS e da COFINS. No entanto, considerando a necessidade de se proferir uma decisão líquida, esta Turma entendeu ser o caso de converter o presente julgamento em diligência, com o retorno dos autos à unidade de origem para apuração do crédito relativo à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Após a diligência, a Autoridade Fiscal deverá elaborar parecer conclusivo, do qual a Recorrente deverá ser cientificada para se manifestar, no prazo de 30 dias, sob pena de nulidade.

É como eu voto.

(documento assinado digitalmente)

Andre Luis Ulrich Pinto