



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	11080.729730/2013-92
ACÓRDÃO	1202-002.242 – 1ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	15 de dezembro de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	PEXTER LOGISTICA LTDA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ

Período de apuração: 31/03/2009 a 31/12/2010

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

A reiteração na omissão de informações ao Fisco, prestação de informações errôneas e não pagamento dos tributos são atos contrários à lei que permitem a responsabilização dos sócios.

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

O direito ao contraditório e ampla defesa são aplicáveis à lide após a formação regular do processo, o que se dá com a intimação válida do contribuinte para apresentar impugnação.

LUCRO ARBITRADO.

O lucro arbitrado é regime de tributação de caráter excepcional, com aferição da capacidade contributiva média ou potencial da empresa, utilizada depois de esgotadas as possibilidades de apuração do imposto devido pelo sistema normal de tributação, seja ele lucro real ou lucro presumido.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2009, 2010

RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA QUALIFICADA.

Após a edição da Lei nº 14.689/2023, a multa qualificada por condutas tipificadas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964 foi reduzida para 100%, devendo retroagir na forma do art. 106, II, "c" do Código Tributário Nacional, quando se tratar de ato não definitivamente julgado.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2009, 2010

EXCLUSÃO DO ICMS PRÓPRIO DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS

De acordo com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário nº 574.706/PR (repercussão geral - tema 69), deve ser excluído do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade e dar provimento parcial ao recurso para cancelar parte das exigências do PIS e da Cofins nos montantes de R\$ 1.147,87 e R\$ 5.297,85; respectivamente; e de ofício, reduzir a 100% o percentual da multa qualificada. A Conselheira Liana Carine Fernandes de Queiróz acompanhou o relator pelas conclusões em relação à manutenção do coobrigado Darci José Simões Peter no polo passivo da relação jurídico tributária.

Assinado Digitalmente

André Luis Ulrich Pinto – Relator

Assinado Digitalmente

Leonardo de Andrade Couto – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Mauricio Novaes Ferreira, Andre Luis Ulrich Pinto, Jose Andre Wanderley Dantas de Oliveira, Fellipe Honorio Rodrigues da Costa, Liana Carine Fernandes de Queiroz, Leonardo de Andrade Couto (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 ICMS, Livro Caixa ou Diário e Razão). O único documento entregue, dentre os diversos demandados pela fiscalização, foi o "Livro Registro Apurações de ICMS nº 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 nº 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 nº 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 nº 9.249/95.

Após discorrer 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 nexos 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 nº 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 nº 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 nº 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;

- 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 interessados Théo Carpena de Menezes Peter, Darci José Simões Peter e a Pessoa Jurídica Pexter Logística interpuseram recurso voluntário, alegando, em síntese:

- (i) Nulidade do acórdão de impugnação;
- (ii) Nulidade do procedimento de fiscalização por cerceamento de direito de defesa;
- (iii) Cerceamento de defesa do Recorrente Darci José Simões Peter;
- (iv) Inaplicabilidade de responsabilidade solidária por ausência de dolo;

- (v) Deveriam ser excluídos da apuração valores repassados a “freteiros”;
- (vi) Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins;
- (vii) Efeito confiscatório da multa aplicada

Tendo em vista a o pedido de exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins e considerando a necessidade de se proferir uma decisão líquida, na primeira ocasião na qual o presente processo foi pautado para julgamento, este Conselho resolveu converter o julgamento em, 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.

Em atendimento à diligência solicitada, a Unidade de Origem concluiu que, após a exclusão do ICMS da base do cálculo das contribuições, devem ser excluídos os valores de R\$ 1.147,87 e R\$ 5.297,85, respectivamente a título de PIS e Cofins.

A Recorrente foi intimada a se manifestar sobre o relatório de diligência, mas permaneceu inerte.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro André Luis Ulrich Pinto, Relator.

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

Como relatado linhas acima, a Recorrente traz em seu recurso os mesmos argumentos já apresentados em sua impugnação e enfrentados pela DRJ.

1 NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO

A Recorrente alega que o acórdão recorrido é nulo por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que a DRJ não teria analisado documentos apresentados em sede de impugnação.

Em síntese, a DRJ não analisou documentos apresentados pela Recorrente diante da ausência de cotejo e contextualização.

Em continuidade do assunto, quanto ao pedido do primeiro impugnante de análise da documentação probatória ora anexada aos autos, não há como atender. Isto porque o Sr. Théo Carpena, caso seja o responsável pela junta (os documentos foram juntados após as três impugnações apresentadas, num mesmo lote) não indicou a que fatos se referem. Limitouse a anexar três mil e quinhentas folhas (fls. 1012 a 4593) sem fazer qualquer referência aos fatos relacionados.

É preciso dizer que as provas não se confundem com os elementos probatórios. Uma nota fiscal de frete não é uma prova, mas sim um elemento de prova. A prova corresponde à articulação lingüística que relaciona os documentos apresentados com o objeto da lide, no sentido de confirmar o que se alega. Alegar genericamente e juntar papéis não é prova.

Não cabe à autoridade julgadora, diante de um sem par de documentos apresentados na impugnação, demonstrar que cada um deles não possibilita comprovar o que a defesa alega. Cabe ao impugnante constituir a prova pela precisa articulação dos elementos probatórios, e não o contrário.

Em sede de recurso voluntário, os Recorrentes questionam a nulidade do acórdão recorrido por cerceamento do seu direito de defesa, mas, mais uma vez, não demonstram a relevância das provas para o deslinde do feito.

Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de Fabiana Del Padre Tomé, quando afirma que, “(...) provar algo não significa simplesmente juntar um documento aos autos. É preciso estabelecer relação de implicação entre esse documento e o fato que se pretende provar, fazendo-o com o animus de convencimento”.

Por essas razões, entendo que não há nulidade a ser sanada no acórdão recorrido.

2 NULIDADE DO PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO

A Recorrente alega a nulidade do auto de infração, por violação ao art. 142 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que o arbitramento se amparou em com base nas apurações de ICMS remetidas pela SEFAZ/RS à Receita Federal do Brasil, não tendo sido franqueado à Recorrente acesso aos aludidos dados, de modo a possibilitar o conhecimento dos elementos de prova obtidos na fiscalização.

O argumento não merece prosperar, tendo em vista que a Autoridade Fiscal só teve acesso às informações fiscais transmitidas pela própria Recorrente e, portanto, por ela conhecidas.

Por concordar com as conclusões manifestadas pelos julgadores de piso, proponho a manutenção do acórdão *a quo* pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 114, §12, do RICARF, acrescido dos comentários e ressalvas expostos após o fim da transcrição do voto condutor do referido acórdão de impugnação.

Quanto ao descumprimento do art. 142 do CTN, basta uma olhadela no auto de infração para atestar que o mesmo contém as condições necessárias para produzir o efeito que lhe compete, qual seja, formalizar o crédito tributário, individualizando-o e dando-lhe a condição de exigibilidade, conforme determina o Código Tributário Nacional. Vejamos o que diz o supracitado dispositivo:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar 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.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Da análise dos autos verifica-se que o sujeito passivo foi indicado na primeira folha do auto de infração (fl. 836), e os sujeitos solidários foram indicados em termo próprio de sujeição passiva (fls. 935 a 936 e 4598 a 4599), cujas justificativas foram prestadas ao longo do relatório fiscal. A ocorrência do fato gerador, a matéria tributável e o montante devido foram apresentados de modo detalhado pela autoridade fiscal ao discorrer sobre o arbitramento e as receitas omitidas (fls. 912 a 918), indicando também o enquadramento legal que, aliás, já estava indicado no auto de infração (fls. 837 a 907).

A proposta de aplicação das penalidades cabíveis foi encerrada a partir da fl. 918, sendo que o auto de infração também descreve as multas e seu enquadramento legal.

Observa-se também que o auto de infração está acompanhado de todos os elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. Sendo assim, o lançamento atende a todos os requisitos inscritos no art. 142 do CTN, contrariando a alegação de descumprimento por parte do impugnante.

Para o discurso genérico sobre o princípio da verdade real, reitera-se o afirmado anteriormente: aplicado o auto de infração e instaurado o contraditório, o contribuinte pode trazer as justificativas e os documentos que entender necessários para a contestação do alegado pela autoridade fiscal. Se necessário, o julgador pode determinar, por exemplo, diligências ou produção de provas não requisitadas pelas partes, mas que fortalecerão seu convencimento. No presente caso, as informações e documentos trazidos pelo agente fiscal e pelos impugnantes são suficientes à solução da lide.

Sobre a legalidade do planejamento tributário, quer o impugnante fazer crer que os atos praticados pela fiscalizada se perfazem em planejamento tributário, o que seria lícito pela legislação em vigor.

A chamada elisão fiscal, na voz majoritária da doutrina e consagrada em nosso direito, caracteriza-se como sendo o procedimento em que o sujeito passivo busca evitar, reduzir o montante ou retardar o pagamento de tributo, por atos ou omissões lícitos, anteriores à ocorrência do fato gerador. Nela, a conduta é lícita, e se distingue da chamada evasão tributária, conduta inclusa no campo da ilicitude e na qual se enquadram os atos da fiscalizada.

Os artifícios utilizados pela fiscalizada para se evadir do pagamento dos tributos, entre os quais se encontram a não escrituração de livros obrigatórios e a não transmissão ou transmissão incompleta e errônea de dados para a apuração do tributo devido, caracterizam o ilícito e, conseqüentemente, a evasão fiscal.

Dessa forma, quando a autoridade se defrontou com a operação lesiva ao Fisco, fundada em ação ou omissão que ocultou a situação fática de onde adviria o tributo devido, fundou-se corretamente no parágrafo único do art. 142 do CTN, citado pelo próprio impugnante, para cobrar-lhe o devido.

Por conseguinte, não cabe a declaração de nulidade do Auto de Infração requerida pelo impugnante Darci José Simões Peter.

O último impugnante, Pexter Logística Ltda., defende que não teve acesso aos Livros Fiscais do ICMS, os quais foram enviados via convênio, prejudicando seu exercício de defesa.

A utilização de convênio para troca de informações fiscais é perfeitamente possível, nos termos do art. 199 do CTN, in verbis:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Em vista da omissão por parte da empresa fiscalizada em apresentar os documentos solicitados, a autoridade fiscal solicitou às Secretarias das Fazendas do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo cópias das Guias de Informação e Apuração do ICMS – GIA dos estabelecimentos situados nestes estados (fls. 146 a 497).

Ressalte-se que a GIA é elaborada e transmitida periodicamente pelo próprio contribuinte às Fazendas Estaduais. Dos documentos anexados, constam todas as informações sobre as receitas da matriz e das filiais da fiscalizada, e essas informações é que foram utilizadas pela autoridade fiscal para elaboração das tabelas com receitas omitidas no decorrer dos anos-calendário 2009 e 2010 (fls. 916 e 917), tendo em vista a já citada omissão nas respostas às intimações encaminhadas pela autoridade fiscal.

Deste modo, não vislumbro qualquer prejuízo à defesa do impugnante, já que teve acesso a todos os documentos utilizados pelo Auditor-Fiscal para composição do auto de infração.

Quanto ao não cumprimento dos requisitos formais previstos no art. 142 do CTN, não é necessário discorrer sobre o assunto novamente, realizado alguns parágrafos acima, pelo qual se conclui que o lançamento atende a todos os requisitos inscritos no art. 142 do CTN, contrariando também a alegação de descumprimento por parte do último impugnante.

3 APURAÇÃO DO LUCRO ARBITRADO

A Recorrente questiona o fato de que a Autoridade Fiscal não considerou custos na apuração do lucro arbitrado. Ocorre que o regime de apuração do lucro arbitrado, assim como ocorre com o lucro presumido, não admite deduções de custos e despesas.

Mais uma vez, a questão foi analisada pela DRJ de forma adequada, razão pela qual proponho a manutenção do acórdão recorrido, nos seguintes termos.

Alega ainda a impugnante Pexter que 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. Inclui no mesmo assunto instrução normativa sobre regime de caixa e decisão do STF sobre incidência de ICMS na base de cálculo do PIS e Cofins, sem clarificar suas intenções.

Não há como acatar esta alegação do impugnante. O regime de tributação com base no lucro arbitrado está previsto no art. 47 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, que assim dispõe:

“Art. 47. O lucro da pessoa jurídica será arbitrado quando: I - o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real ou submetido ao regime de tributação de que trata o Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou deixar de elaborar as demonstrações financeiras exigidas pela legislação fiscal;

II - a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraude ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para:

- a) identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou*
- b) determinar o lucro real.*

III - o contribuinte deixar de apresentar à autoridade tributária os livros e documentos da escrituração comercial e fiscal, ou o livro Caixa, na hipótese de que trata o art. 45, parágrafo único;

IV - o contribuinte optar indevidamente pela tributação com base no lucro presumido;

V - o comissário ou representante da pessoa jurídica estrangeira deixar de cumprir o disposto no § 1º do art. 76 da Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958;

VI - (Revogado pela Lei nº 9.718, de 1998)

VII - o contribuinte não mantiver, em boa ordem e segundo as normas contábeis recomendadas, livro Razão ou fichas utilizados para resumir e totalizar, por conta ou subconta, os lançamentos efetuados no Diário.

§ 1º Quando conhecida a receita bruta, o contribuinte poderá efetuar o pagamento do Imposto de Renda correspondente com base nas regras previstas nesta seção.

§ 2º Na hipótese do parágrafo anterior:

a) a apuração do Imposto de Renda com base no lucro arbitrado abrangerá todo o ano-calendário, assegurada a tributação com base no lucro real relativa aos meses não submetidos ao arbitramento, se a pessoa jurídica dispuser de escrituração exigida pela legislação comercial e fiscal que demonstre o lucro real dos períodos não abrangido por aquela modalidade de tributação, observado o disposto no § 5º do art. 37;

b) o imposto apurado com base no lucro real, na forma da alínea anterior, terá por vencimento o último dia útil do mês subsequente ao de encerramento do referido período.” (grifei)

O legislador, diante da falta de cumprimento do dever de colaboração por parte do contribuinte, estabeleceu uma base de cálculo excepcional e subsidiária que permite à Administração constituir o respectivo crédito tributário.

O lucro arbitrado é regime de tributação de caráter excepcional, já que sua aplicação tem como consequência a aferição da capacidade contributiva média ou potencial da empresa, afastando-se, portanto, da capacidade contributiva real ou efetiva. A fiscalização só pode utilizar este regime de tributação depois de esgotadas as possibilidades de apuração do imposto devido pelo sistema normal de tributação, seja ele lucro real ou lucro presumido.

Assim, nos termos do dispositivo transcrito acima, a legislação determina que a não apresentação dos livros considerados obrigatórios por lei, incluindo o livro Caixa, sujeita o contribuinte à apuração pelo lucro arbitrado, ação corretamente levada a efeito pela autoridade fiscal no caso corrente.

Os alegados valores repassados aos “freteiros” não podem mesmo ser deduzidos do cálculo do imposto a pagar. O fiscal agiu conforme a lei ao aplicar os percentuais definidos no art. 519 do RIR, tendo em vista o mandamento dos artigos 529 a 532 do mesmo diploma, e não considerou essas despesas reclamadas pelo impugnante.

Na realidade, pela sistemática do lucro arbitrado, do mesmo modo que pelo lucro presumido, a base de cálculo para o imposto é obtida em termos percentuais da receita bruta auferida, implicando a substituição de todas as deduções (despesas) admitidas na legislação tributária. Neste caso, já é considerado no cálculo o abatimento de despesas fictícias efetuadas pelo contribuinte sem que o mesmo tenha que apresentar quaisquer comprovantes.

Quanto aos impostos, o fiscal considerou as receitas informadas na DIPJ 2011, o que, conseqüentemente, impede a tributação de receitas já declaradas e

considera o imposto eventualmente recolhido. Vejamos o trecho em que o agente fiscal relata este procedimento:

“De outra parte, o fiscalizado informou na DIPJ 2011 receitas trimestrais, as quais totalizaram no ano-calendário 2010 R\$ 1.286.099,95. Veja-se que os valores informados em DIPJ não se tratam receitas omitidas, razão pela qual há que se excluí-los do cômputo dessas receitas. À míngua de elementos contábeis ou declarações do sujeito passivo que permitam a distribuição da receita trimestral declarada em DIPJ ao longo dos meses que compõe cada trimestre - de modo a permitir a apreensão da receita de cada mês - essa receita trimestral informada foi alocada no primeiro mês de cada trimestre, critério mais favorável ao fiscalizado.”

Com isso, cai por terra a alegação do contribuinte de que “os impostos não fazem parte do faturamento da empresa”, alegação esta considerada genérica e sem indicação dos impostos que foram adicionados ao cálculo dos tributos devidos.

A alegação de que a alíquota do IR na base fixa de 8%, acrescida de 1.6%, se aplica a atividades diversificadas, não se coaduna com os cálculos efetuados no demonstrativo de apuração. A forma de cálculo e as alíquotas aplicáveis são determinadas pelos artigos 15 e 16 da Lei nº 9.249/95, in verbis:

“Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

I - um inteiro e seis décimos por cento, para a atividade de revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - dezesseis por cento:

a) para a atividade de prestação de serviços de transporte, exceto o de carga, para o qual se aplicará o percentual previsto no caput deste artigo;

(...)

Art. 16. O lucro arbitrado das pessoas jurídicas será determinado mediante a aplicação, sobre a receita bruta, quando conhecida, dos percentuais fixados no art. 15, acrescidos de vinte por cento.

Parágrafo único. No caso das instituições a que se refere o inciso III do art. 36 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, o percentual para determinação do lucro arbitrado será de quarenta e cinco por cento” (grifei)

Ou seja, os dispositivos supra determinam, para a obtenção da base de cálculo, da aplicação do percentual de 8% (caput do art. 15), acrescido de 20% (sobre os 8%, conforme caput do art. 16), totalizando 9,6%, sobre a receita bruta.

Assim, a aplicação do percentual de 9,6% sobre o valor apurado (base de cálculo) é prevista em lei, à qual está vinculado o agente fiscal. O percentual de 1,6% acima incluído em nada se relaciona com casos de atividades diversificadas alegadas pelo impugnante.

4 EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS

Relativamente à exclusão do ICMS da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da Cofins, também merece ser provido o recurso voluntário.

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 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 nº 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 nº 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 nº 10.522/2002, observar, em relação a todos os seus procedimentos, que:

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.

Considerando a necessidade de se proferir uma decisão líquida, a resolução nº 1401-001.007 determinou 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.

Em atendimento à diligência solicitada, a Unidade de Origem concluiu que, após a exclusão do ICMS da base do cálculo das contribuições, devem ser excluídos os valores de R\$

1.147,87 e R\$ 5.297,85, respectivamente a título de PIS e Cofins, nos termos da Tabela 4 constante do relatório de diligência.

Tabela 4 – Cálculos do crédito das Contribuições para o Pis/Pasep e para a Cofins a ser excluído em R\$

Mês	Créditos Contribuições		Mês	Créditos Contribuições	
	PIS	COFINS		PIS	COFINS
	(8)=(7)x0,65%	(8)=(7)x3%		(8)=(7)x0,65%	(8)=(7)x3%
mar/09	-	-	fev/10	6,68	30,82
abr/09	-	-	mar/10	34,25	158,06
mai/09	-	-	abr/10	209,49	966,88
jun/09	-	-	mai/10	217,49	1.003,82
jul/09	-	-	jun/10	132,44	611,27
ago/09	-	-	jul/10	101,50	468,47
set/09	11,72	54,11	ago/10	74,52	343,96
out/09	18,96	87,51	set/10	82,71	381,72
nov/09	7,48	34,54	out/10	59,65	275,33
dez/09	7,62	35,16	nov/10	72,21	333,30
jan/10	28,48	131,43	dez/10	82,65	381,48
Total				1.147,87	5.297,85

Nota: Cálculo dos créditos das contribuições pelo regime cumulativo, conforme autuação fiscal.

Dessa forma, o recurso voluntário merece provimento para que seja excluído o ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins.

5 RESPONSABILIDADE DE THEO CARPENA DE MENEZES

Por concordar com as conclusões manifestadas pelos julgadores de piso, proponho a manutenção do acórdão *a quo* pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 114, §12, do RICARF, acrescido dos comentários e ressalvas expostos após o fim da transcrição do voto condutor do referido acórdão de impugnação.

Quanto às alegações do primeiro impugnante (Théo Carpena) de que não houve prática de atos com excesso de poderes ou infração à lei, o que impossibilitaria a responsabilização do sócio-gerente, não há como aceitá-las.

O embasamento legal utilizado pelo agente fiscal para caracterizar a responsabilidade do sócio-gerente foi o inciso III do art. 135 do CTN, *in verbis*:

“Art. 135. 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:

(...)

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

Vejamos trecho extraído do Relatório de Ação Fiscal que sintetiza a participação do impugnante nos atos contrários à lei (fl. 929):

“O responsável Théo Carpena 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" (fls. 2/84)

Também o exame de contratos firmados com clientes (fls. 501/523), e das procurações outorgadas a terceiros (fls. 88/143), 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 (fls. 585/600).”

A empresa fiscalizada não apresentou os Livros Diário e Caixa no decorrer dos anos-calendário 2009 e 2010, apesar de sucessivas intimações, concluindo-se pela sua inexistência. Há de se convir que alguém que estivesse sob ação fiscal não se furtaria a apresentar os livros fiscais e comerciais solicitados, caso mantivesse a contabilidade em dia.

Assim determina o art. 45 da Lei nº 8.981/95:

“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.”

Com isso, a não apresentação/escrituração dos livros exigidos por lei durante os anos-calendário de 2009 e 2010 são atos prolongados e contrários à lei praticados pelo impugnante com o intuito de evadir-se da tributação. Além disso, conforme consta do início do relatório, 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.

O sócio-administrador da empresa fiscalizada, na condição de administrador, não apenas deixou de pagar os tributos devidos como encobriu durante longo período, dolosamente, os fatos que pudessem levar ao lançamento pelo Fisco. Como bem relatado pelo agente fiscal, a reiterada omissão de informações e prestação de informações equivocadas, em concomitância com o não pagamento dos tributos, denota o caráter consciente e voluntário dessas condutas (fl. 926).

Tais atos infracionais praticados pelo impugnante, descobertos somente através de fiscalização da empresa, são considerados ilícitos tributários, permitindo a sua inclusão como responsável solidário dos créditos aqui discutidos.

Destaque-se, ainda, que a conduta dolosa do Sr. Theo Carpena de Menezes fica evidenciada a partir de informação falsa por ele prestada, segundo a qual já teria apresentado os documentos solicitados pela Fiscalização, dentre os quais a escrituração em Livro Diário e Razão ou Livro Caixa (fls. 2 e 83)

6 RESPONSABILIDADE DE DARCI JOSÉ SIMÕES PETER

Os Recorrente alegam, ainda, que deve ser afastada a responsabilidade atribuída ao Sr. Darci José Simões Peter, uma vez que ele não integrava o quadro societário da empresa autuada.

Ocorre que, conforme ao que se depreende do Termo de Verificação Fiscal, a Autoridade Fiscal constatou que o Sr. Darci José Simões Peter era administrador de fato da empresa autuada e deve ser responsabilizado pela identificação de interesse comum com a situação que constitui fato gerador.

Eis as conclusões expostas no TVF.

Primeiro, deve ser lembrado, como analisado nos itens 3.3.1 e 3.3.2 supra, 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 crescimento das dívidas tributárias, e, quiça, 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 DIPJ relativa aos anos-calendário 2009 e 2010, passando a declarar-se inativa a partir do ano-calendário 2011 (fls. 834).

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 (fl. 134 e 88/143). Além disso, Darci José Simões Peter se apresentava perante terceiros como sócio-diretor da Pexter Logística, conforme comprova documento anexado (fls. 829/833).

Por conseguinte, resta claro que tanto Darci José Simões Peter como Théo Carpena de Menezes Peter atuaram como sócios administradores da Pexter Logística ao longo dos anos fiscalizados.

Está claro, portanto, que o Sr. Darci José Simões Peter tinha interesse comum na situação que constituiu fato gerador das obrigações tributárias objeto do presente processo, considerando que Pexter Logística foi constituída para viabilizar a continuidade da exploração da atividade econômica exercida pela empresa DJS Peter & Cia Ltda., que estava ameaçado por dívidas tributárias.

Os elementos presentes nos autos do presente processo demonstram que o Sr. Darci José Simões Peter tinha interesse comum na situação que constitui fato gerador da obrigação tributária, razão pela qual é devida a sua responsabilização, nos termos do art. 124, I do Código Tributário Nacional.

Ainda com relação ao Sr. Darci José Simões Peter, concordo com as demais conclusões expostas no acórdão de impugnação, que também adoto como razões de decidir.

O segundo impugnante, Darci José Simões Peter, defende em preliminares que sua citação foi realizada por edital e o auto de infração não foi recebido pelo impugnante, descumprindo o PAF e cerceando seu direito de defesa.

A citação do impugnante por edital não é o que consta dos autos do processo. As folhas 4.598 e 4.599 contém o Termo de Sujeição Passiva Solidária em nome do impugnante Darci. Ao fim da última folha do Termo consta, salvo verificação em contrário por perito grafotécnico, assinatura do Sr. Darci José Simões Peter como confirmação de ciência datada de 31 de outubro de 2013.

Deste modo, o impugnante foi validamente intimado de acordo com o art. 23-I do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997 ("Art. 23. Farse-á a intimação: I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão

preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo...”).

Ademais, o alegado cerceamento do direito de defesa do contribuinte não corresponde à realidade dos fatos. Os fundamentos acima mencionados são aplicáveis à lide após a formação regular do processo, o que se dá com a intimação válida do contribuinte para apresentar impugnação. A oportunidade para apresentação de alegações, provas e documentos foi concedida ao contribuinte quando da intimação para apresentar a impugnação, e a análise de todos os argumentos e conjunto probatório carreados pelo mesmo está sendo deliberada no presente julgamento, esvaziando a tese de cerceamento do direito de defesa.

O Sr. Darci alega também que o auto de infração foi baseado no relatório de processo administrativo diverso e descumpriu o disposto no art. 142 do CTN.

Na realidade, o auto de infração foi baseado nas informações colhidas ao longo do procedimento fiscal realizado na própria Pexter Logística Ltda. O relatório de processo administrativo diverso a que se refere o segundo impugnante serviu apenas para confirmar as informações obtidas pela fiscalização e concluir pela solidariedade passiva do impugnante (que gerou o Termo de Sujeição Passiva Solidária - fls. 4.598 e 4.599), e não pela aplicação do auto de infração.

Ao longo da fls. 919 a 921 o Auditor-Fiscal transcreve parte do relatório fiscal do processo nº 11040.721253/2011-21 para avaliar que a DRF/Pelotas obteve as mesmas conclusões que a presente fiscalização, ou seja, que a fiscalizada (Pexter Logística Ltda.) é sucessora da DJS Peter & Cia Ltda.

“Naquele procedimento foi constatado, conforme consignado no item 3 - “Da sucessão empresarial e da responsabilidade solidária” - do respectivo Relatório Fiscal veiculado no processo administrativo fiscal nº 11040.721253/2011-21, que aquela empresa foi sucedida pela Pexter Logística Ltda., ora fiscalizada.

Traga-se à baila excertos...

(...)

Os elementos coletados pela precitada fiscalização da DRF/Pelotas vão ao encontro dos dados levantados pela presente ação fiscal.”

Os dados levantados no procedimento fiscal anterior permaneceram à disposição do impugnante desde a sua lavratura, e os trechos subsidiários ao presente auto constaram do próprio relatório fiscal ao qual o segundo impugnante teve ciência pessoal, conforme explanado há pouco.

Para firmar seu entendimento pela solidariedade, afirma a autoridade fiscal, em levantamento realizado na fiscalização corrente (fl. 923):

“Além dos elementos já revelados na fiscalização anterior, merece realce o fato de que este procedimento fiscal verificou que em 08/01/09, pouco depois da criação da Pexter Logística Ltda. em novembro de 2008, o principal sócio contratual desta,

Theo Carpena de Menezes Peter, constituiu seu bastante procurador seu pai, Darci José Simões Peter - sócio administrador da DJS Peter & Cia Ltda. A ele foram conferidos amplos, gerais e ilimitados poderes para "representar a empresa outorgante perante quaisquer estabelecimentos

bancários e agentes financeiros ... podendo assinar propostas ou contratos de abertura de contas bancárias e movimentá-las", etc, bem como para "representá-la, junto a repartições públicas federais, estaduais e municipais, para estatais e entidades de economia mista", etc (fl. 134).

Vale observar que, embora a empresa conferisse poderes de representação a outras pessoas físicas (fls. 88/143), eles eram outorgados de maneira bastante limitada, para gerir as contas de uma determinada conta bancária, ou ainda, de controlar as contas vinculadas a uma dada instituição financeira. Apenas a Darci José Simões Peter foram dados amplos poderes de gestão e representação perante todas as instituições bancárias e órgãos públicos, típicos de sócio de empresa no exercício de atividades de administração negocial, poderes esses sobre os quais não há evidência de revogação. Com efeito, o referido se apresentava perante terceiros como "sócio-diretor" da Pexter Logística Ltda., como comprova mídia extraída com base na participação dessa empresa na feira "EXPOARROZ 2009" (ver anexo fls. 829/833)."

Assim, resta claro que o relatório fiscal de processo administrativo diverso foi utilizado subsidiariamente e, mesmo que a utilização se desse de outra forma, não seria considerada ilegal, visto que o impugnante teve amplo acesso a todos os documentos.

7 EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA

Quanto às multas aplicadas, deve-se dizer que a Recorrente não contestou a aplicação das multas qualificada e agravada. Dessa forma, em que pese se tratar de hipótese de arbitramento de lucro em decorrência da falta de apresentação de escrituração fiscal, não há qualquer questionamento sobre a possibilidade de aplicação do agravamento da multa.

Da mesma forma, não há uma contestação quanto à prática de conduta dolosa de sonegação, fraude ou conluio. Em verdade, a Recorrente limita-se a questionar as multas aplicadas pela ofensa ao princípio da vedação ao confisco.

Ocorre que a pretensão da Recorrente encontra obstáculo na Súmula CARF nº 2, sendo certo que este Conselho não tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária.

Dessa forma, o recurso voluntário não merece provimento quanto a esse aspecto.

8 REDUÇÃO DA MULTA QUALIFICADA E AGRAVADA

Dessa forma, mais não é preciso dizer para demonstrar necessidade de manutenção da decisão recorrida. No entanto, relativamente a dois pontos merece provimento o recurso voluntário, quais sejam: (i) redução da multa qualificada; e (ii) exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins.

Relativamente à multa qualificada agravada, a Recorrente alega o caráter confiscatório das multas aplicadas. Neste ponto concordo integralmente com as considerações expostas no voto condutor do acórdão *a quo* transcrito acima.

No entanto, não se pode olvidar que a multa qualificada prevista no § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996 foi reduzida de 150% para 100%, devendo retroagir para favorecer os Recorrentes, nos termos do art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

Como se verifica do auto de infração, o fundamento da multa qualificada foi o § 1º, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488/2007, *in verbis*:

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

Ocorre que, com a edição da Lei nº 14.689/2023 o percentual da multa qualificada pela constatação da prática de sonegação, fraude ou conluio foi reduzido para 100%, devendo-se reconhecer a retroatividade benigna da referida multa.

Assim, em que pese fato de concordar com a fundamentação do agravamento da multa, nos termos do § 2º, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, a sua base de cálculo não deverá ser de 150%, mas de 100% - considerando a redução da multa qualificada diante da retroatividade benigna – de modo que a multa qualificada agravada deverá ser reduzida de 225% para 150%.

9 CONCLUSÃO

Conclusão Diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para exonerar crédito tributário de PIS, no valor de R\$ 1.147,87 e Cofins, no valor de R\$ 5.297,85. De ofício, reduzir a multa qualificada e agravada para o percentual de 150%.

Assinado digitalmente

André Luis Ulrich Pinto