



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

**Processo n°** 10825.723097/2014-96  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1402-002.745 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 19 de setembro de 2017  
**Matéria** OMISSÃO DE RECEITAS  
**Recorrente** MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ**

Ano-calendário: 2009

NULIDADES. OMISSÃO DE RECEITAS. ERRO DE CAPITULAÇÃO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. VÍCIO NA INTIMAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

Sendo lavrado auto de infração com correto enquadramento legal relacionado a omissão de receitas, atendendo a todos os requisitos exigidos pela legislação fiscal, não há que prosperar a alegação de erro de capitulação, recaindo, neste caso, ônus da prova sobre o contribuinte. Menos cabível a alegação de erro na identificação do sujeito passivo quando suficientemente comprovado nos autos que a conta bancária fiscalizada pertence ao sujeito passivo autuado. Não há vício na intimação quando o Fisco formaliza tal ato respeitando todos os trâmites legais.

SIGILO BANCÁRIO. OMISSÕES DE RECEITAS. ACESSO LEGITIMADO.

As informações bancárias obtidas pela fiscalização por intermédio da requisição de movimentação financeira junto a instituição financeira são idôneas e protegidas pelo sigilo fiscal. A Lei Complementar n° 105/2001 legitima o fornecimento de informações relacionadas ao sujeito passivo sob fiscalização, quando a autoridade fiscal entender que o exame de tais informações é indispensável para o deslinde da controvérsia, afastando, portanto, a alegação de quebra de sigilo bancário.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PASSIVA SOLIDÁRIA. SÓCIOS ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO EVIDENTE.

Não basta para caracterizar a responsabilidade tributária solidária dos sócios, que estes meramente estejam exercendo função sócio-administrativa na pessoa jurídica autuada. O dolo evidente de infringir a lei ou estatuto

empresarial deve restar robustamente comprovado nos autos para que tal responsabilização surta efeitos justos.

DECADÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. PAGAMENTO. NÃO IDENTIFICADO. NÃO INCIDÊNCIA.

Tratando-se justamente de lançamento de "Omissão de Receita", não podendo ser identificados nos autos prova de pagamento do tributo exigido, ainda que parcial, não é possível a aplicação do artigo 150, §4º, do CTN. Sendo cabível a contagem decadencial proporcionada pelo artigo 173, do mesmo diploma fiscal.

MULTA QUALIFICADA. MULTA AGRAVADA. NÃO CABIMENTO.

Não comprovado o dolo evidente capaz de ensejar a qualificação da multa por intermédio de fraude, sonegação ou conluio, tampouco havendo embaraço a fiscalização, não devem prosperar a qualificação e agravamento da multa.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. CABIMENTO.

A incidência da taxa de juros SELIC sobre os juros moratórios que recaem sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal é legítima. Pauta-se o afirmado pela Súmula CARF nº 4. Ressalte-se que, quanto à alegação de que não haveria incidência de juros sobre a multa de ofício, tal fato não decorre da autuação, mas sim do vencimento da multa, por ocasião do não pagamento voluntário do valor resultante do auto de infração, no seu respectivo vencimento, momento em que se iniciará o computo de juros sobre a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário da pessoa jurídica autuada para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% e dar provimento aos recursos voluntários dos coobrigados para excluí-los da relação jurídico-tributária.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Mateus Ciccone, Caio Cesar Nader Quintella, Marco Rogério Borges, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Evandro Correa Dias, Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira, Demetrius Nichele Macei e Leonardo de Andrade Couto (Presidente).

## Relatório

Por sua completude, adoto integralmente o relatório apresentado no Acórdão nº 14-61.392 - 1ª Turma da DRJ/RPO, julgado em 24 de junho de 2016, complementando-o ao final com as atualizações processuais pertinentes.

Contra a contribuinte acima identificada foram lavrados em 21/11/2014 os autos de infração (ciência em 24/11/2014) exigindo-lhe, em relação ao ano-calendário de 2009, o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 1.574.015,31 e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de R\$ 573.125,51, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) de R\$ 1.150.267,42, Contribuição para o PIS de R\$ 249.729,10, acrescidos de juros de mora e multa de ofício de 150%, perfazendo o crédito tributário de R\$ 10.646.669,56 (fl. 2).

Foram relacionados como responsáveis solidários MARTINO MONDELLI – CPF 023.393.748-04, ANTONIO MONDELLI – CPF 374.870.278-72, CONSTANTINO MONDELLI – CPF 436.768.988-34, JOSÉ MONDELLI – CPF 012.553.128-15, BRAZ MONDELLI – CPF 362.799.868-53 e GENNARO MONDELLI FILHO – CPF 044.220.278-40.

Conforme consta no Auto de Infração a exigência tributária decorreu da constatação de “Valores creditados na conta corrente nº 735-1 da agência 0075 do Banco Itaú, no ano-calendário de 2009, em nome de Frigorífico Vangélio Mondelli Ltda. alterada a razão social para Mondelli Indústria de Alimentos S.A., que não foram contabilizados, na forma dos documentos e informações obtidas durante a ação fiscal, e cuja origem dos recursos financeiros restou incomprovada após intimado, caracterizando-se a presunção de omissão de receita na forma do art. 42 da Lei nº 9430/1996, de acordo com o Termo de Verificação e Anexo I que fazem parte integrante do Auto de Infração”.

### 1 - DO PROCEDIMENTO FISCAL

Em procedimento de diligência, amparado pelo MPF nº 08.1.03.002012-01070-0, a empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A (CNPJ 45.007.630/0004-79) foi intimada (fls. 122) e reintimada (fls. 126 e 130) a comprovar, mediante documentos hábeis e idôneos, a origem do crédito de R\$ 1.270.000,00 recebido por meio de TED. Em resposta (fl. 134), a empresa, por meio de seu advogado Dr. Ageu Libonati Júnior (Procuração à fl. 166 outorgada por Constantino Mondelli Filho), prestou os esclarecimentos de fls. 134/135 e 166/167. Após, foram expedidas outras intimações (fls. 217, 229, 418), tendo sido prestados os esclarecimentos de fls. 221 e 423. Todas as intimações de fls. 122, 126, 130, 217 e 229 e 418 com Aviso de Recebimento em 15/10/2012, 09/11/2012, 27/12/2012, 11/04/2013, 22/05/2013 e 16/03/2013 (fl. 124, 128, 132, 219 e 233 e 421) foram endereçadas ao domicílio do sujeito passivo (Av. Rosa Malandrino Mondelli, s/nº, em Bauru/SP) e recebidas por Gilma R.dos Santos.

Posteriormente, em cumprimento ao MPF nº 08.1.03.00-2014-00008-7, foi expedido o Termo de Início de Fiscalização de fls. 436/437 (ciência 17/01/2014 – AR de fl. 438) junto à empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A - CNPJ

45.007.630/0004-79 – por meio do qual foi a empresa (filial) intimada a apresentar os extratos bancários das contas relacionadas no mesmo termo (fl. 436). Foi esclarecido que o sujeito passivo poderia verificar a autenticidade do MPF através de consulta na Internet, [www.receita.fazenda.gov.br](http://www.receita.fazenda.gov.br) utilizando o CNPJ e o código de acesso 10403383.

Em 06/02/2014 a empresa apresentou o expediente de fl. 440 informando que estava apresentando alguns extratos bancários e solicitou prorrogação de prazo para apresentar outros extratos, juntando cópia de pedidos junto às instituições financeiras em 31/01/2014 assinados por Charles Jean Marc Henri Leguille. Em 06/02/2014 foram apresentados os extratos de fls. 445/1162 e em 20/02/2014 os extratos de fls. 1164 e seguintes.

Em 07/03/2014 foi dado início ao procedimento fiscal (Termo de Início - fls. 1193/1197) junto ao estabelecimento matriz (CNPJ 45.007.630/0001-26), amparado pelo MPF nº 08.1.65.00-2014-00585-5. Por meio do mesmo Termo foi esclarecido à empresa que estavam convalidados os atos praticados ao amparo do primeiro MPF, em relação aos quais a contribuinte espontaneamente atendeu ao solicitado.

Por meio do Termo de Início foi a empresa intimada, com a ciência na pessoa do Gestor Charles Jean Marc Henri Leguille, CPF 231.669.508-69, a apresentar os extratos bancários das contas relacionadas na intimação, relativamente ao período de 2009 e 2010, apresentar cópia dos cheques relacionados, extrato da conta nº 000125-4 do Banco Safra do mês de outubro de 2009 e esclarecimentos a respeito do crédito efetuado no Banco Itaú S/A – c/c 68.000-9 em 27/10/2010, relativo à conta contábil 23010201007 – Reserva para Futuro Aumento de Capital - no valor de R\$ 20.500.000,00.

Conforme Termo de Verificação Fiscal (fls. 100/110), em 28/03/2014 a empresa apresentou os extratos do Banco Safra referente à Outubro de 2009, cópia de cheques do Banco Bradesco, solicitação de cópias de cheques aos bancos do Brasil, Bradesco e Itaú e de instrumento de procuração; no dia 22/04/2014 apresentou cópias de cheques do Banco Bradesco, Nossa Caixa, Mercantil e Itaú; em 05/05/2014 apresentou os documentos referentes ao item 03 do Termo de Início do Procedimento Fiscal (crédito efetuado no Banco Itaú S/A – c/c 68.000-9 em 27/10/2010), e em 22/05/2014 apresentou cópia do cheque do Banco Safra.

Consta dos autos (fls. 1198) o Mandado de Intimação expedido em 14/08/2013 pela Juíza de Direito Auxiliar da Primeira Vara Cível da Comarca de Bauru/SP aos administradores da empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A, quais são MARTINO MONDELLI – CPF 023.393.748-04, ANTONIO MONDELLI – CPF 374.870.278-72, CONSTANTINO MONDELLI FILHO – CPF 222.797.458-36, JOSÉ MONDELLI – CPF 012.553.128-15, CONSTANTINO MONDELLI – CPF 436.768.988-34, BRAZ MONDELLI – CPF 362.799.868-53, JOSÉ ROBERTO DALLA COLETTA - CPF 706.645.958-01, comunicando-os dos respectivos afastamentos da empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A e da nomeação como gestora a empresa HAPI COMÉRCIO ALIMENTÍCIOS LTDA – CNPJ 07.319.683/0001-93.

Em 28/03/2014 foi protocolado pelo gestor indicado pelo juízo em decisão judicial de 14/08/2013 nos autos do processo de Recuperação Judicial nº 0004265-12.2012.8.26.0071, por meio de seu advogado e procurador, Dr. Leonardo Massami Pavão Miyahara, o pedido de prorrogação de prazo para atendimento da solicitação contida no Termo de Início, juntando parte dos documentos solicitados (fls. 1231/1247). Posteriormente, após solicitação de prorrogação de prazo (fl. 1248), foram apresentados outros documentos (fls. 1253/1312).

Consta também dos autos (fls. 1214) Procuração “ET EXTRA”, datada em 27/03/2014, pela qual MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A, representada pela gestora HAPI COMÉRCIO ALIMENTÍCIOS LTDA, esta, por sua vez, representada por CHARLES JEAN MARC HENRI LEGUILLE, CPF 231.669.508-69, nomeia e constitui sua bastante procuradora a sociedade MAIA E CAVALHEIRO SOCIEDADE DE ADVOGADOS, representada pelos sócios ali relacionados, entre eles Dr. Leonardo Massami Pavão Miyahara, para representar interesses da outorgante nos autos do processo administrativo instaurado através do MPF nº 08.1.65.00-2014-00585-5 perante à Receita Federal do Brasil.

Posteriormente, por meio da Intimação Fiscal nº 1 (fls. 1313) foi a contribuinte intimada em 30/07/2014 a apresentar os extratos da conta bancária nº 735-1 do Banco Itaú, agência 0075, relativo ao período de 01/01/2009 a 31/12/2010. Em 18/08/2014 a contribuinte atendeu a intimação nº 01.

Por meio da Intimação Fiscal nº 2 (fls. 1577) foi a empresa intimada em 01/09/2014, na pessoa de Charles Jean Marc Henri Leguille, a informar em qual conta contábil registrou a movimentação financeira realizada através da conta bancária nº 735-1 do Banco Itaú, relativo ao período de 01/01/2009 a 31/12/2010.

Em 04/09/2014 a empresa, por intermédio de seu procurador Gustavo Tabaré Goyen Normey, apresentou o expediente de fls. 1579/1580 informando, entre outros, que com relação a referida conta bancária “há a constatação e informação de que a empresa não registrou nenhum lançamento contábil oriundo desta conta corrente no período de janeiro de 2005 até outubro de 2011. Ou seja, a diretoria destituída, passou a reconhecer a movimentação da referida conta corrente na contabilidade da empresa somente após o mês de outubro de 2001”.

Em 01/10/2014, por meio do Termo de Intimação nº 03 (fl. 1581), a empresa foi intimada, na pessoa de Charles Jean Marc Henri Leguille a apresentar, entre outros documentos, a comprovação da origem dos recursos financeiros creditados no ano-calendário de 2009 na conta corrente nº 735-1 da agência 0075 do banco Itaú, conforme relação anexa denominada “Extrato de Crédito – A comprovar” (fls. 1583/1623).

No Termo de Verificação Fiscal consta que em 29/10/2014, com expediente datado de 27 de outubro de 2014, os documentos solicitados foram entregues nos termos do ofício expedido pela 1ª Vara Cível da comarca de Bauru/SP e que o ofício supramencionado foi protocolizado na DRF Bauru em 22/10/2014, nos autos da Recuperação Judicial da empresa acima identificada, no qual foram apresentados, dentre outros, declaração e extratos de duas contas corrente declaradas como não contabilizadas pelo atual contador, responsável técnico de Mondelli Indústria de Alimentos S. A., quais sejam:

- Banco Itaú – Agência 0075 – Conta Corrente 00735-1 Período de 01/01/2005 a 01/10/2011
- Nova América Fomento Mercantil – Conta Corrente 003864 Período de 20/01/2011 até 19/05/2014

À fl. 1624 consta Ofício do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao Delegado da DRF de Bauru/SP encaminhando cópia do Relatório e documentação apresentada pelo Administrador Judicial nomeado Dr. Fernando José Ramos Borges nos autos da Recuperação Judicial (fls. 1626 e seguintes).

A fiscalização elaborou às fls. 3868/3908 o Anexo I (Relação dos “Créditos Bancários a Examinar/Comprovar”); às fls. 3909/3911 a relação dos “Créditos Bancários Excluídos”; às fls. 3912/3952 o Demonstrativo de “Créditos de Origem não Comprovada” relativamente ao período de 02/01/2009 a 31/12/2009, no total anual de R\$ 1.100.608,68; às fls. 3953/3955 o Anexo II (“Demonstrativo de Valores Expurgados”).

A fiscalização assim justificou o lançamento:

Enfim, os elementos de prova juntados aos autos demonstram que os valores creditados na conta corrente nº 735-1 do Banco Itaú, agência 0075, relativo ao período de 01/01/2009 a 31/12/2009, na forma dos documentos e informações obtidas durante a ação fiscal, em conjunto com as informações judiciais, abaixo parcialmente transcritas, não foram contabilizados pelo contribuinte acima identificado.

(...)

Diante da falta de comprovação dos depósitos bancários não contabilizados, os valores discriminados no demonstrativo denominado Anexo I (Fls. 3912/3952) constituem omissão de receitas, por presunção legal, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430/1996. Referida lei autoriza o lançamento dos tributos e contribuintes correspondentes, sempre que o titular da conta bancária, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em sua conta de depósito ou de investimento.

Resta, assim, exteriorizada a omissão de receita na apuração do lucro real, da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da COFINS e da Contribuição para o PIS/PASEP, nos montantes mensais abaixo relacionados, creditados na conta corrente nº 735-1 do Banco Itaú, agência 0075, de titularidade de Frigorífico Vangélio Mondelli Ltda., no período de 01/01/2009 a 31/12/2009:

<b>Período</b>	<b>Crédito Apurado R\$</b>
jan/09	1.579.660,15
fev/09	1.255.838,73
mar/09	2.074.588,69
abr/09	1.341.814,11
mai/09	1.147.223,75
jun/09	1.062.177,51
jul/09	995.442,73
ago/09	1.079.148,06
set/09	1.036.767,43
out/09	1.118.164,02
nov/09	1.343.663,81
dez/09	1.100.608,68

Sobre os valores dos tributos apurados foi aplicada a multa qualificada de 150%, com fulcro no art. 44, I, e §1º, da Lei nº 9.430, de 1996, assim justificada:

Com este procedimento, não contabilização de movimentação financeira aliado ao que afirmou o administrador judicial, venda sem nota, exteriorizada a intenção dolosa de ocultar características de fatos, omitindo receitas, reduzindo o lucro real e a base de cálculo

da CSLL, tendo por objetivo a diminuição dos saldos a pagar dos tributos e contribuições, caracterizando, assim, a hipótese de incidência da multa prevista no inciso II do Artigo 957 do Decreto nº 3.000/99- RIR.

A respeito da responsabilidade tributária solidária assim justificou a autoridade fiscal:

De acordo com pesquisas junto ao órgão de registro JUCESP – Junta Comercial do Estado de São Paulo (Pesquisas cadastrais Frigorífico Vangélio Mondelli Ltda. transformada em Mondelli Indústria de Alimentos S. A. em 15/04/2011), esta sociedade, constituída em 30/06/1970, tinha por sócios administradores no ano-calendário de 2009: MARTINO MONDELLI – CPF 023.393.748-04 (*Sócio-Administrador, capital R\$ 2.250.000,00*), ANTONIO MONDELLI – CPF 374.870.278-72 (*Sócio-Administrador, capital R\$ 1.500.000,00*), CONSTANTINO MONDELLI – CPF 436.768.988-34 (*Sócio-Administrador, capital R\$ 1.325.000,00*), JOSÉ MONDELLI – CPF 012.553.128-15 (*Sócio-Administrador, capital R\$ 700.000,00*) e BRAZ MONDELLI – CPF 362.799.868-53 (*Sócio-Administrador, capital R\$ 600.000,00*).

Dentre os documentos apresentados encontra-se a procuração abaixo, parcialmente reproduzida, em nome de Gennaro Mondelli Filho, CPF 044.220.278- 40, juntamente com a qual incluímos, a título de exemplo, uma nota promissória por ele assinada, comprovando sua atuação como mandatário da pessoa jurídica:

(...)

Tendo em conta que a informação em DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica) de receita bruta não considerou o valor correspondente às receitas omitidas e, como consequência, a apuração, declaração e recolhimento de tributos e contribuições em importâncias inferiores às devidas, constituem a prática de atos com infração de lei, serão arroladas como pessoalmente responsáveis pelo crédito tributário constituído por Auto de Infração as pessoas físicas acima identificadas, ao amparo do que dispõe o

Artigo 135, incisos II e III, da Lei nº 5.172/66-CTN..

(...)

Conforme consignado nos documentos analisados e no relato supra, constam as seguintes pessoas físicas como tendo sido seus administradores no ano-calendário de 2009:

- MARTINO MONDELLI, CPF: 023.393.748-04.
- ANTONIO MONDELLI, CPF: 374.870.278-72.
- CONSTANTINO MONDELLI, CPF: 436.768.988-34.
- JOSE MONDELLI, CPF: 012.553.128-15.
- BRAZ MONDELLI, CPF: 362.799.868-53.

De acordo com documentos apresentados e na condição de procurador da pessoa jurídica desde 25 de julho de 2001, com poderes de gerir os interesses da outorgante, deve ser incluído, ainda, o seguinte administrador:

- GENNARO MONDELLI FILHO, CPF 044.220.278-40.

Estes administradores praticaram atos com infração de lei, relativamente à omissão de receita correspondente a recursos creditados em conta de depósito, de origem não comprovada, tornando-se responsáveis solidários pelo crédito tributário apurado junto à sociedade Frigorífico Vangélio Mondelli Ltda. alterada a razão social para Mondelli Indústria de Alimentos S. A., correspondente ao ano-calendário de 2009.

## 2 – DAS IMPUGNAÇÕES

2.1 – IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A e por seus Conselheiros JOSÉ SP RIBEIRAO PRETO DRJ Fl. 4822 MONDELLI, BRAZ MONDELLI, CONSTANTINO MONDELLI e ANTONIO MONDELLI.

A empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A, empresa em recuperação, e seus Conselheiros JOSÉ MONDELLI, BRAZ MONDELLI, CONSTANTINO MONDELLI e ANTONIO MONDELLI, por intermédio de seus advogados Ageu Libonati Junior e Alex Libonati (Procurações de fls. 4048/4050), ingressaram com a impugnação de fls. 3991/4050 na qual, inicialmente, relataram o que denominaram de “Reais Acontecimentos”, afirmando que em 29/05/2014 foi apresentada uma petição subscrita pelo Administrador Judicial, FERNANDO JOSÉ RAMOS BORGES FILHO, e pelo Perito Contador, MISAEEL CORREIA DE ALBUQUERQUE, afirmando que os Srs. Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli, Antonio Mondelli e Constantino Mondelli Filho teriam cometido "fatos supervenientes" que exigiriam "imediate", consistente em (1) crimes falimentares, (2) de sonegação fiscal, no âmbito estadual e federal, (3) evasão de divisas, (4) etc. e, naquela oportunidade, já havia sido devassado o sigilo bancário do contribuinte e dos acionistas.

Segundo suas alegações, o relatório do administrador judicial fez referência à fatos supervenientes que dizem respeito a período anterior à recuperação, que vai de 2005 a meados de 2011, sem qualquer relação com o processo de recuperação, ou seja, nenhum dos fatos supervenientes "identificados" no relatório do administrador judicial ocorreram na gestão de Constantino Mondelli Filho, ou dos senhores Constantino Mondelli, Braz Mondelli, Antonio Mondelli e José Mondelli. E sequer os acionistas atuais tinham qualquer responsabilidade pelos “pseudos” fatos, pois no período de 2005 até fevereiro de 2008, a administração era exercida pelo falecido Genaro Mondelli, e no período de fevereiro de 2008 até outubro de 2010, pelo espólio de Genaro Mondelli e Martinho Mondelli, que outorgaram procuração a Antonio Mondelli, com o intuito de representar os majoritários, pois o espólio e Martinho Mondelli detinham 55% das quotas patrimoniais.

Alegaram também que houve a quebra do sigilo bancário por Fernando José Ramos Borges e Misael Correia Albuquerque para fabricar indícios fraudulentos / da fraude processual a medida que utilizou-se de informações bancárias sigilosas referente as pessoas dos sócios para forjar um suposto esquema onde a omissão de receita (já objeto de autuação pelos fiscos estadual e federal) seria para favorecer credores (pecuaristas).

No referido relatório, segundo a impugnante, encontram-se os dados bancários sigilosos, dos requerentes, que foram obtidos de forma ilegal e fraudulenta, pois sem qualquer ordem judicial para exibí-los. É através de um suposto crime contra a ordem tributária

caixa dois/contabilidade paralela), que o administrador judicial passou a vislumbrar que poderia existir um favorecimento dos acionistas com alguns credores, e em face disso a empresa Mondelli Indústria de Alimentos S/A teria que ir para a bancarrota. A criação de indícios, supostas omissões, visaram perpetrar CHARLES HENRI MARC LEGUILLE, gestor Judicial da empresa Mondelli Indústria de Alimento S/A, na direção da empresa.

Asseveram que, em 29 de maio de 2014, após todos os indícios criados falsamente pelo administrador judicial Fernando José Ramos Borges terem sido desmistificados pela autoridade policial nos autos do Inquérito Policial n. 175/2013, restando claro a fraude processual que estava cometendo, este protocolou petição direcionada para a juíza Rossana Teresa Curioni Mergulhão, afirmando que havia descoberto crimes falimentares, crime contra a ordem tributária e suposto benefício a diversos credores da empresa recuperanda, deixando claro que a empresa deveria falir e colocar no comando o gestor nomeado Charles Marc Henri Legulle.

Argumentam que se existiu omissão de receita, esta ocorreu antes da entrada da empresa em Recuperação Judicial, em 31/01/2012, e referida omissão é da antiga administração e gestão (Genraro Mondelli até fevereiro de 2008 e espólio de Genaro Mondelli e Martino Mondelli até outubro de 2010), da qual os requerentes não participaram.

Em relação ao processo administrativo, ora em análise, os impugnantes argüiram nulidade do auto de infração pelas razões a seguir sintetizadas.

1 - Preliminar. Da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial. Alegaram que ocorreu a quebra do sigilo bancário do contribuinte e dos acionistas sem ordem judicial e não se pode admitir que o Administrador Judicial quebre o sigilo bancário. E, relativamente à pessoa jurídica, os extratos bancários foram devassados sem ordem judicial, como se pode observar a data de impressão que é de abril de 2014, referente as operações anteriores a 2012, quanto do pleito de recuperação judicial, pois o administrador judicial só pode ter acesso aos mesmos durante o processo de recuperação para acompanhar a saúde financeira da empresa.

2 - Preliminar. Nulidade das Intimações do MPF.

Alegaram que o gestor judicial não detém poderes para representar a sociedade, e muito menos para receber intimações fiscais e quebrar o sigilo bancário dos acionistas e do Conselho Administrativo, pois os acionistas jamais deixaram de ser os verdadeiros proprietários da empresa MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A e o Conselho de Administração não foi afastado, que é o órgão que pode deliberar sobre qualquer matéria. Concluíram que CHARLES HENRI MARC LEGUILLE (na condição de gestor da empresa HAPI) não pode representar a sociedade em atos sujeitos ao sigilo fiscal, nem pode exercer sequer a função de gestor judicial.

3 - Preliminar. Decadência do lançamento apurado trimestralmente. Alegaram que em relação ao IRPJ e CSL o fato gerador ocorre trimestralmente e, assim, parte do lançamento estaria decaído nos termos da legislação que estabelece apuração trimestral.

4 - Preliminar de Nulidade do A.I. - Erro na Capitulação Legal da Infração  
(1) Alegaram a impossibilidade de aplicação da presunção legal sobre os depósitos, já que o contribuinte não foi regularmente intimado. Prosseguem alegando que tais receitas possuem tratamento tributário próprio para apuração no lucro trimestral, não cabendo desta forma, ao Sr.

Auditor Fiscal, com base na recomposição dos dados bancários da ora Impugnante, presumir que tais receitas sejam fruto de renda não comprovada.

Concluíram que diante da manifesta ausência de correspondência entre a realidade fática do caso e a legislação que rege a tributação das empresas de construção no lucro real trimestral, mostra-se totalmente descabida a aplicabilidade da presunção, fato que eiva de nulidade qualquer procedimento tendente a ratear pretensos créditos bancários de origem não comprovada proporcionalmente a receitas da atividade, que tenham sido efetivamente auferidas no período sob fiscalização, sendo insubsistente a adoção deste critério para o arbitramento dos rendimentos rurais tributáveis, face a total ausência de amparo legal.

Acrescentaram que a Fiscalização deveria identificar, positivamente, qual preceito o Impugnante descumpriu, ou melhor, caberia relacionar, por exemplo, a previsão legal da infração cometida, aplicando a penalidade nela prevista, caso isso, de fato, tenha ocorrido. O que, na verdade, não se concretizou.

#### 5 - Preliminar de Nulidade do AI - Erro na Capitulação Legal da Infração (2)

Alegaram que, em momento algum, a Auditoria Fiscal procurou identificar a fonte das receitas que o impugnante realiza, quando consta nos seus dados a existência de um frigorífico de abate e com produção rural de engorda, e que não cabe desta forma, com base na recomposição dos dados da CPMF do ora Impugnante, presumir que tais receitas sejam fruto de atividade rural, mostrando-se o montante tributável apurado por ele através do arbitramento, um ato subjetivo e de mera liberalidade.

Com efeito, o comando introduzido pelo art. 18 da Lei n.º 9.250/95, dispõe sobre a obrigatoriedade de se comprovar a veracidade das receitas e das despesas, mediante documentação idônea que identifique o adquirente ou beneficiário, o valor da operação e a data da operação, fato que, afasta a pretensão de presumir-se que estas receitas provém da atividade rural.

Acrescentou que, mesmo que se admitisse a ocorrência de infração, nunca poderia ter sido efetuado o lançamento com base no fundamento adotado, dado que os dispositivos legais que amparam a autuação não correspondem, mesmo que hipoteticamente, a realidade dos fatos.

#### 6 - Preliminar de Nulidade do A.I. - Erro na Identificação do sujeito Passivo.

No Termo de Verificação Fiscal que instruí o processo, o Sr. Auditor Fiscal reconhece a existência de recebimento dos recursos pelo fiscalizado tendo origem em suas atividades comerciais, ao passo que deixa ao largo as atividades de cunho rural, em aludidas fazendas, já que o contribuinte, não tendo sido regularmente notificado, não pode informar.

Tal constatação torna indiscutível a ocorrência de erro na identificação do sujeito passivo, visto que o reconhecimento da origem dos recursos nas atividades comerciais, industriais e rurais do impugnante descaracteriza a tributação dos créditos bancários em desfavor de sua pessoa jurídica, por ser nítida a prática de diversas atividades comerciais, por ser inegável e patente a prática habitual de tais operações comerciais, como, por exemplo, o comércio de animais.

Com efeito, sendo claro e incontroverso o erro na identificação do sujeito passivo que compõe a presente relação, face a todas as provas trazidas a colação, que comprovam a origem dos recursos que transitaram nas contas correntes do Impugnante e que foram, devidamente, reconhecidas pelo Auditor Fiscal, como ele por inúmeras vezes o fez,

requer seja cancelada a presente autuação, diante da impossibilidade de se atribuir ao Impugnante (pessoa jurídica) o resultado da fiscalização das operações financeiras que existe com pessoas físicas Sociedade de Fato (pessoas físicas) constituída entre a impugnante e seus acionistas, visando a produção de gado para abate na indústria.

7 - Preliminar de Nulidade do A. I. - Falta de intimação regular do titular legal da conta corrente para identificar os lançamentos

Alegaram que nenhum dos representantes legais da empresa foi regularmente intimado, que sequer puderam demonstrar as atividades agrícolas, industriais e comerciais, uma vez que existia uma sociedade de fato entre a impugnante pessoa jurídica e as pessoas físicas dos acionistas que era fomentada a produzir gado para abate. Assim teria ocorrido cerceamento de defesa por não ter ocorrida a intimação na pessoa do titular da conta corrente, ou seja, na pessoa do representante legal.

Ora, como se vê da descrição dos fatos, o gestor judicial, ilegal e impedido, não apresentou a documentação que comprovasse a origem dos recursos de diversos depósitos, de forma a justificar um grande auto de infração visando levar a empresa a bancarrota. Concluiu que, em relação ao aspecto formal e material, o auto é nulo, pois não ocorreu a intimação regular do titular da conta mantida em depósito em conta junto a instituição financeira.

#### Do Mérito

##### 1 - Da Suposta Omissão de Rendimentos.

Reiteraram a alegação de não ter ocorrido regular intimação do contribuinte e nenhum dos MPF foram encaminhados aos verdadeiros representante legais do contribuinte e que a Auditoria Fiscal não procurou identificar a fonte das receitas do impugnante, quando consta de seus dados a existência de um frigorífico de abate e com produção rural de engorda, o que contamina de incerteza todo o lançamento.

##### 2 - Da Origem dos Recursos e da Inaplicabilidade do art. 42 da Lei 9.430/96.

Alegaram que a fiscalização não observou o que dispõe o art. 18 da Lei 9.250/95, que dispõe sobre a obrigatoriedade de se comprovar a veracidade das receitas e das despesas, e, conforme se pode verificar nos autos, não ocorreu oportunidade dos verdadeiros representante legais do titular da conta de prestar informações às solicitações dos recursos que transitaram nas contas correntes de sua titularidade, o que é causa de cerceamento de defesa.

Ressaltaram, que “relativamente a esse tipo de operação, por não se tratar de depósito, de recebimento de algum crédito ou de cobrança de algum valor, não se pode cogitar que o ingresso dos recursos nas contas correntes seja de origem desconhecida, mas sim um adiantamento, com rendimento nele impregnado, caso haja, não tendo seu fato gerador ocorrido no momento do seu desconto, mas sim na data do efetivo vencimento da cártula, ou em sendo empréstimo, nem rendimento será.”.

Prosseguem alegando que diante de tais constatações, as operações aqui fiscalizadas e autuadas não estão alcançadas pelas disposições do art. 42 da Lei 9.430/96, por não ser possível estabelecer, precisamente, a data do fato gerador do pretense rendimento, quando não ocorre a intimação regular do representante legal do contribuinte.

Sustentaram que os documentos apresentados na fase da fiscalização provam o recebimento dos recursos pelo fiscalizado, tendo origem, salvo prova em contrário, em suas atividades comerciais, não podendo, conseqüentemente, submetê-los a tributação se de origem não comprovada.

### 3 – Invalidade do Lançamento com Base em Quebra de Sigilo Bancário.

Alegaram nulidade no lançamento por vício material na colheita das informações bancárias sem prévia ordem judicial, em violação ao já decidido pelo STF, e que os dados bancários não foram entregues pelo titular ou pelo seu representante legal, portanto, segundo entendem o lançamento não pode subsistir.

### 4 - Impossibilidade de Responsabilização por Sujeição Passiva Solidária.

Alegaram que os fatos descritos no Termo de Verificação Fiscal dizem respeito a período anterior ao pedido de recuperação fiscal, relativos aos anos de 2005 a meados de 2011, período que sequer os atuais acionistas exerceram qualquer gestão, pois até a morte de Genaro Mondelli, a administração era exercida exclusivamente por este, e após em conjunto pelo espólio de Genaro Mondelli e Martino Mondelli, quando entregaram o cargo de administradores da companhia em 7/10/2010, consoante documentação anexada.

Dessa forma, o termo de sujeição passiva solidárias deve restringir-se as pessoas de MARTINO MONDELLI - CPF 023.393.748-04, e GENNARO MONDELLI FILHO - CPF 044.220.278-40, que exerceram a administração da companhia nesse período.

### 5 - Impossibilidade de Aplicação da Multa Agravada de 150%

Reiterou a alegação de que nenhum dos representantes legais da empresa foi regularmente intimado, que sequer puderam demonstrar as atividades agrícolas, industriais e comerciais e, assim, teria ocorrido cerceamento de defesa, sendo nulo o lançamento, o que impossibilita o lançamento de multa agravada dada a falta de oportunidade dos representantes legais da empresa terem sido intimados.

Acrescentou que, além de não haver razão para aplicação da multa de 150%, pois não há registros de documentos inidôneos ou fraudes em registros contábeis ou de qualquer natureza, ou seja, não há que se falar em fraude à lei ou dolo, pelo motivo que uma das contas não estavam conciliadas.

### 6 - Efeito Confiscatório da Multa

Alegou que a multa de 75% afronta, não só o princípio da vedação da instituição de tributo com efeito confiscatório, como também o direito de propriedade. Insurgiu contra a forma de cálculo dos juros moratórios alegando que ela é disciplinada pelo Código Tributário Nacional e, assim, não pode uma lei ordinária revogar, nem estabelecer normas em relação à uma lei complementar. Concluiu ser incontestável o seu direito à utilização de juros de mora de 1 % ao mês para a atualização de seus débitos.

## 2.2 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S/A, REPRESENTADA PELA GESTORA INDICADA PELO JUÍZO.

Inicialmente, a impugnante informou que a atual Gestora foi nomeada pelo juízo onde se processa a recuperação judicial e representa os interesses do contribuinte judicial e extrajudicialmente em atos de gestão e que durante a instrução processual, sempre colaborou com a fiscalização, fornecendo todos os documentos e informações de que dispunha, sendo de

interesse da companhia e da própria Gestora, a apuração e transparência de todos os atos pretéritos que contribuíram para a deletéria situação financeira vivenciada.

Que a fiscalização concluiu que a pessoa jurídica MONDELLI INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A, teria movimentado valores creditados na conta corrente nº 735-1, agência 0075, do Banco Itaú, no ano-calendário de 2009 que não foram contabilizados, e daí os autos de infração, correspondente ao IPRJ, CESLL, COFINS e PIS e sobre os valores apurados foi aplicada a multa de 150%.

Contestando o lançamento aduziu como razões de defesa o seguinte.

#### 1 - Da Verdade Real

Alegou que a busca pela verdade real ou verdade material deve ser o fim almejado pelos órgãos responsáveis pelos processos decisórios, com vistas a garantir a efetividade da aplicação da justiça e, em última análise, assegurar a pacificação social.

Assim, a simples movimentação bancária, embora destituída de sua contabilização, não atesta, de pronto, omissão de receita para fins de incidência tributária, por se tratar de mera presunção legal, passível de mudança.

Outrossim, eventual desídia na contabilização não atrai, por si, o agravamento da multa para o percentual de 150%, sequer atesta o fato como ação dolosa!

#### 2 - Lançamento de Imposto com Base em "Renda Presumida"

A movimentação bancária do contribuinte, levantada por meio de extratos, foi considerada como disponibilidade econômica ou jurídica para fins de lançamento de imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Esses dados, contudo, por si não demonstram nenhuma exteriorização de riqueza que permita a incidência do gravame fiscal, pelo menos em relação à Pessoa Jurídica que, ao revés, encontrava-se até a atual gestão, em franco declínio.

Ao lado da movimentação dos valores na conta corrente do contribuinte, é igualmente necessário que se faça a comprovação da utilização dos valores depositados, de forma a evidenciar aumento de patrimônio e os chamados "sinais exteriores de riqueza", vez que os simples depósitos bancários são tidos como meros indícios.

Acrescente-se que o fato de se comparar a renda declarada pelo contribuinte com o montante dos depósitos não tem o condão de revelar a hipótese de incidência prevista no art. 43 do CTN.

Assim, os depósitos bancários, embora possam refletir indícios de auferimento de renda, não caracterizam, per si, disponibilidade de rendimentos, razão pela qual não podem ser considerados como "aplicações" no fluxo de "entradas" e "saídas" para apuração de variação patrimonial. Cabe à fiscalização aprofundar seu poder de investigação para demonstrar que os depósitos representaram, efetivamente, gastos suportados pelo contribuinte.

É nesse sentido a jurisprudência maciça e pacífica tanto do antigo Conselho de Contribuintes, quanto da Câmara Superior de Recursos Fiscais e ainda do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, trata-se da presunção de que a falta de escrituração dos valores movimentados na conta corrente e não contabilizados, per si, caracterizam, também, omissão de receita, notadamente quando a própria fiscalização informa que houve transferência de valores entre conta bancárias da mesma titularidade.

A existência dessa presunção, no caso, não foi suficiente para liberar o Fisco do encargo de provar o fato tributado, em situação que se assemelha à aqui tratada.

Deve a Autoridade fiscal de maneira direta, e não apenas fundando-se na presunção, provar a existência do fato sob pena de nulidade do lançamento por ausência de prova. Por outro lado, se o lançamento estiver devidamente embasado em prova, ao contribuinte é passado o ônus de apresentar prova para desconstituir a situação que goza de presunção legal.

### 3 - Da Multa Punitiva de 150%.

#### 3.1 - Dos Princípios da Razoabilidade Proporcionalidade e as Multas Fiscais.

Alegou que a fixação de multa no patamar de 150% sobre o valor do tributo que deixou de ser pago desvirtua o seu objetivo de neutralizar o efeito tributário e reprimir condutas dolosas que provocam lesão ao Fisco.

Com isso, não pode haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado, determinando que o modo de combater e punir os ilícitos fiscais deve ser disposto com penalidades que guardem adequação dos meios e dos fins, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na análise deste princípio aplicado a multas fiscais, vislumbra-se que uma lei que estabeleça uma multa elevada para combater a sonegação fiscal deve ser graduada em percentual proporcional ao seu objetivo de punir e reprimir o ato ilícito. A questão ainda é importante, em vista de que a não observância do princípio da proporcionalidade na imposição das multas pode violar o direito à propriedade.

#### 3.2 - Das Multas Fiscais e o Princípio do Não-Confisco em Matéria Tributária.

Apesar da Constituição, em seu artigo 150, IV, veda a utilização do tributo com efeito de confisco, a mesma regra há de ser aplicada às obrigações acessórias.

A multa decorrente do descumprimento da obrigação tributária também se submete a esses patamares constitucionais válidos para a tributação, pois a pena não deve ser igual ao gravame, mesmo que ela seja primordialmente repressiva e sancionatória.

Dessa forma, verifica-se que a multa incidente sobre o principal, enseja, assim, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por violação expressa ao art. 150, IV, da CF/SB.

Deve-se notar que o efeito confiscatório tem ínsita relação, quando tratado em matéria tributária, com o princípio da capacidade contributiva. A capacidade econômica é a

condição básica para a incidência de uma exação fiscal. A incidência dessas multas fiscais confiscatórias afetará a capacidade contributiva.

### 3.3 - Dos Efeitos Confiscatórios da Multa Aplicada

Com apoio no art. 150, IV, da Constituição Federal, alegou que, por todos os prismas analisados e pelo bom direito, a conclusão irreparável é de que a multa lançada no valor de 150% tem efeito confiscatório, impondo a sua necessária exclusão.

### 3.4 - Princípio da Boa Fé no Direito Tributário

É exatamente com fundamento no princípio da boa-fé, e, portanto, pela exclusão de culpa, que não pode o contribuinte ser punido pela multa agravada. Toda e qualquer infração pressupõe um mínimo de culpabilidade. Se não há culpa, obviamente, não há sanção. Além do mais, a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao suposto acusado.

A boa fé é um princípio geral ou cláusula geral de exceção de dolo (*exceptio doli generalis*) que joga um importante papel na interpretação e aplicação do direito, especialmente quando em questão uma norma penal. Ela recorta o campo normativo da norma penal para excluir a culpabilidade na medida em que o infrator de boa fé não quis produzir um resultado com dolo e tomou as devidas cautelas que são incompatíveis com as idéias de negligência, imprudência e imperícia. De fato aquele que procura agir conforme o direito não quer violá-lo e, por isso, não age de forma culposa para legitimar a aplicação da norma penal.

### 3.5 - Do Pedido

No final requereu que seja julgada PROCEDENTE a impugnação para o fim de declarar a INSUBSISTÊNCIA e NULIDADE de todos AUTOS DE INFRAÇÃO oriundos do presente processo administrativo, notadamente em relação ao IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, pela ausência de comprovação de que a simples movimentação bancária não contabilizada constitui receita ou disponibilidade econômica e jurídica para atrair a incidência dos respectivos tributos.

Subsidiariamente, na hipótese de persistir a cobrança, requereu a REDUÇÃO da multa punitiva de 150% prevista no art. 44, I, e §1º, da Lei 9.430/96 para a multa moratória de 20% prevista no art. 61 do mesmo diploma legal, uma vez que a manutenção da multa punitiva atenta contra o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, além de afetar a própria capacidade contributiva da empresa.

## 2.3 – IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR MARTINO

MONDELLI MARTINO MONDELLI contestou o lançamento e também a sujeição passiva alegando o seguinte:

### 1 - Da Ausência de Poder de Gerência do Impugnante.

Contestando o Termo de Sujeição Passiva Solidária, o impugnante alegou que a responsabilidade que lhe fora atribuída é equivocada, visto que, para a configuração da responsabilidade dos sócios, é necessária, inicialmente a intenção lesiva (dolo) quando da gerência da empresa, ou seja, praticar atos de fraude no curso da administração, o que não

ocorreu no presente caso, uma vez que o Impugnante, embora integrante do quadro societário, não detinha qualquer poder administrativo, tão pouco de decisão, exercendo o mesmo (à época dos fatos) o cargo de diretor industrial, não possuindo, acesso aos negócios relacionados à administração e gerência dos negócios, sendo que a administração dos negócios era concentrada diretamente na pessoa do Sr. Gennaro Mondelli, sócio que, efetivamente detinha o "poder de administração".

Alegou que sempre foi impedido de participar da administração da Autuada, e até mesmo de ter ciência da maioria das decisões da administração, no entanto quando convocado para deliberações onde o mesmo não concordava, teve que socorrer-se do Poder Judiciário, para fazer valer sua participação na Sociedade. E mais, após o ingresso da ação judicial em 2007 (0029788-02.2007.8.26.0071), a harmonia entre os sócios restou comprometida, e o Impugnante, que já vinha sendo afastado pelos demais sócios, acabou por ser impedido de tomar ciência dos atos administrativos da Sociedade, que resultou em sua retirada do quadro Societário em 08/10/2010, momento que a empresa encontrava-se em situação regular para com o Fisco.

Segundo o impugnante, matéria idêntica já foi analisada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que decidiu pela necessidade da comprovação do poder de gerência (tomar decisões em nome da empresa) e, no presente caso, o Impugnante, não recebia sequer a participação nos lucros, restringindo suas receitas, a retirada de pró-labore, além de não ter tido conhecimento das supostas práticas apontadas como ilegais, que por ora, justifica a lavratura do auto de infração, visto que, estava alijado da administração da Sociedade, e quando tentou ter acesso as informações administrativas, encontrou óbice, o que justificou o ingresso das ações judiciais anteriormente mencionadas.

Argumentou que o simples fato do Impugnante ser sócio quando dos fatos geradores das exações não gera, necessariamente, a responsabilidade solidária e, no caso em questão, não há prova de que o Impugnante, pessoa física, tenha agido com excesso de poder ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa, tão pouco que o mesmo possuía (à época dos fatos) qualquer poder de gerência, tendo sido incluído no presente feito, pelo simples fato de ser sócio em 2009. Questionou como poderia o Impugnante praticar atos contrários ao contrato social, se nem ao menos possui poder de gerência?

## 2 - Da Quebra do Sigilo Fiscal.

Alegou que, conforme consta dos autos, a Empresa Fiscalizada foi intimada a apresentar diversos documentos, em especial os relativos a movimentações financeiras, os quais, o Impugnante não teve ciência, tão pouco foi intimado a apresentar, e como já ressaltado, nunca participou dos decisões administrativas da pessoa jurídica em questão.

Segundo o impugnante, após as respostas da Autuada, o Auditor entendeu por bem expedir Requisição de Movimentação Financeira, que foi atendida em 01/07/2014, configurando, assim, a obtenção indevida e ilegal de informações bancárias.

Ainda, segundo suas alegações, não há informação de que o acesso a tais informações foi precedida de autorização judicial que, expressamente, tenha determinado a remessa de dados sigilosos à fiscalização, o que evidencia uma ilegalidade, que jamais poderá ser convalidada, mormente no presente caso, pois não é possível a quebra do sigilo bancário e financeiro sem a prévia e necessária intervenção do Poder Judiciário, já que tal ato incorre em manifesta violação aos incisos X, XII, LIV e LV do art. 5, o inciso IV do § 4º do art. 60, todos da CF/88.

Concluiu pela nulidade absoluta do ato praticado pela fiscalização a amparar o crédito tributário precipitadamente constituído.

### 3 - Da Qualificação da Multa

Contestou a aplicação da multa qualificada de 150% e procurou apoio nas Súmulas do CARF números 14 e 25 com relação ao agravamento da multa nos casos de simples apuração ou presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos:

Súmula CARF nº 14. A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo (gn).

Súmula CARF nº 25: A presunção legal de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação de uma das hipóteses dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

Alegou que a presunção de omissão de receita decorrente da falta de comprovação dos depósitos bancários não contabilizados e, assim, somente qualificaria a multa se ficasse comprovado o evidente intuito de fraude – dolo, e, no caso, a fiscalização sequer justificou a majoração, e mais, o fato de o contribuinte eventualmente não ter apresentado declaração que reflita os registros observados em seus extratos bancários não corresponde automaticamente à conduta cujo tipo está previsto nos dispositivos acima mencionados, pois o fato gerador permanece devidamente exposto em seus extratos; isto é, não se escondeu ou omitiu.

No entendimento do impugnante, para promover o lançamento de ofício deve ser desconsiderado o auto lançamento, então é evidente que a verificação da ocorrência do fato gerador não ocorre com a análise da declaração do contribuinte que nada mais é do que o suporte para o seu auto lançamento, mas sim com a análise dos documentos que deram suporte à declaração. Os extratos bancários de todas as contas cadastradas em nome da Fiscalizada, bem como respondidas todas as intimações enviadas, ou seja, não houve qualquer tentativa em esconder do fisco a ocorrência do fato gerador.

Da mesma forma, a contenda estabelecida em torno da titularidade dos depósitos efetuados na conta bancária que motivou o lançamento nada escondeu ou omitiu quanto ao fato gerador da obrigação tributária. Ademais, a palavra dolosa faz grande diferença na interpretação desse dispositivo, pois - ainda que se entenda que do ato ou omissão do contribuinte decorra, de algum modo, a diminuição total ou parcial do tributo, ou ainda seu diferimento indevido - deve ser demonstrada a intenção do agente nesse sentido. Assim, é imprescindível que reste demonstrado que o contribuinte agiu dolosamente, sob pena de não ser caracterizada sua atitude como passível da multa do art. 44, II, da Lei 9.430/96.

Alegou não ter ficado demonstrado nos autos que o Impugnante/Autuada agiu com evidente intuito de fraude para ensejar à aplicação da multa agravada; o intuito doloso deve estar plenamente demonstrado, sob pena de não restarem evidenciados os elementos ardilosos característicos da fraude, indispensáveis para ensejar o lançamento da multa qualificada. Não ficou configurada a conduta ou a intenção dolosa na qual o agente sabe estar praticando o delito e o deseja, a exemplo da adulteração de notas fiscais (notas frias ou calçadas).

Concluiu que não há razão válida para o agravamento da multa, por absoluta falta de comprovação do dolo específico, condição essencial à imputação de evidente intuito de fraude.

#### 4 - Do Caráter Confiscatório da Multa Imposta no Auto de Infração

Alegou que a multa imposta no Auto de Infração, embora prevista em legislação federal, ainda está a caracterizar-se em, indubitavelmente, verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LIV, não devendo, pois, ultrapassar o valor plausível ao seu conceito corretivo.

#### 5 - Da Inconstitucionalidade da Taxa Selic para Apuração de Juros Moratórios em Débitos Tributários

Alegou que a Receita Federal do Brasil ao calcular os juros utilizou como índice a taxa SELIC, quando esta não pode ser aplicada para fins tributários, em respeito aos princípios da igualdade e da tipicidade, devendo ser cobrado os juros definido pelo Código Tributário Nacional (art. 161, §1º), de 1% (um por cento) ao mês, que, acumulada, atinge 12% (doze por cento) ao ano. Teceu várias considerações para sustentar sua tese, afirmando que da simples leitura da norma imposta pelo art. 161, §1º do CTN - "*se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são CALCULADOS à taxa de 1% (um por cento) ao mês*", infere-se que apenas com disposição expressa de lei ordinária acerca do CÁLCULO dos juros moratórios incidentes em obrigações tributárias, este poderá ser superior à taxa de 1% ao mês.

Finalizou afirmando que não teve oportunidade de se defender, vez que sequer foi intimado a se manifestar; que não restou demonstrado o poder de gerência do Impugnante, que, em tese, justificaria sua responsabilidade; que nunca se beneficiou de eventual irregularidade; que não foram produzidas provas convincentes que comprove que as supostas movimentações bancárias foram "omitidas" de forma dolosa, o que em tese, caracterizaria a qualificação da multa para 150%.

#### 6 – Pedido de Perícia

Solicitou com fundamento no art. 16 do Decreto 70.235/72 diligência a fim de corroborar/comprovar que o Impugnante jamais foi administrador da Empresa Autuada, bem como nunca teve proveito de eventuais vantagens obtidas pela Sociedade, restringindo suas retiradas aos valores referentes a pró-labore. Elaborou os seguintes quesitos:

- Esclarece o Sr. Perito se quando da participação no quadro Societário o Impugnante obteve algum rendimento diferente do pró-labore;

- Pela análise das documentações acostas nos autos, é possível concluir que o Impugnante mantinha poder de decisão junto a Autuada;

- Elucide o Sr. Perito se nos autos consta algum levantamento específico que comprove o Poder de Gerência do Impugnante, que justifique sua inclusão no presente feito; ter sido escondido do Impugnante.

Para tanto o Impugnante indicou como perito o Sr. Ivair Donizeti Primo, contador, (CRC 1SP 165161-0/2) residente na Rua Célio Daibem, nº 7-77, Vila Nova Santa Clara, na Cidade de Bauru, Estado de São Paulo, CEP: 17014-280, fone: 14-3206-7255, e endereço eletrônico (e-mail) l.d.primo@uol.com.br

Requeru, ainda, a juntada de documentos novos, nos termos do art. 16, §4º, "a", consistentes nas peças e documentos constantes nos autos dos processos 0029788-02.2007.8.26.0071 e 000809156.2006.8.26.0071, visto a impossibilidade de apresentação imediata, ante o fato dos mesmos estarem arquivados.

#### 7 - Do Pedido Final

No final requereu: a) o recebimento e processamento da presente impugnação administrativa, vez que tempestiva; (b) que seja dado total provimento à Impugnação a fim de cancelar o Termo de Sujeição Passiva; (c) que seja dado total provimento à Impugnação a fim de cancelar o auto de infração; (d) que seja deferido o pedido para produção de provas, em especial a perícia técnica contábil nos moldes em que requerida, bem como pela juntada de documentos novos.

2.4 - IMPUGNAÇÃO APRESENTADA POR GENARO MONDELLI FILHO GENARO MONDELLI FILHO, por intermédio de seu procurador, Dr. Obed de Lima Cardoso, apresentou impugnação (fls. 4708/4744) para contestar o lançamento e a sujeição passiva aduzindo como razões de defesa o seguinte:

1 - Inexistência da Responsabilidade Tributária Passiva Atribuída Inicialmente, alegou que a Sra. Auditora embasou referida extensão e solidariedade, na suposição que o Sr. Genaro Filho, seria administrador da empresa, com base em uma procuração lavrada pelo Genitor do mesmo, enquanto vivo e sócio da empresa, nos idos do ano de 2001, bem como em uma suposta Nota Promissória assinada pelo Impugnante.

O impugnante visando esclarecer sua relação com a empresa autuada afirmou que apesar de filho de sócio e fundador da empresa fiscalizada, nunca participou da gestão da mesma, nem mesmo assumiu Diretoria e ou Gerencia, ou foi admitido da condição de sócio; que na verdade fora mero funcionário da empresa, regularmente registrado, na função/cargo de COMPRADOR no ano de 1994, conforme faz prova cópia da fls 11 de sua CTPS (doc. Anexo), e que desenvolveu tal cargo/função ostensivamente até pouco tempo posterior ao falecimento de seu pai, ocorrido em 01/fevereiro/2008 (doc. Anexo), quando o fato de ser filho/herdeiro do sócio falecido passou a incomodar os gestores da Empresa (Tios), terminando por ser demitido em 30/outubro/2010 (TCRC anexo), ocasião em que suas funções profissionais e inerentes ao cargo de comprador, já estavam seriamente restringidas pela gestão contemporânea.

Segundo o impugnante, referida Procuração outorgada pelo seu genitor, enquanto ainda vivo, o foi para representar a empresa nas funções inerentes a seu cargo funcional de Comprador e somente vigorou, nas raras ocorrências de absoluta necessidade, para fins de efetivar a compra de gado, sendo a mesma revogada tacitamente, com o infortúnio falecimento do pai, mas em nenhum momento foi Administrador e ou Sócio da empresa autuada e muito menos responsável pela operação, determinações e decisões da mesma, nem mesmo assumiu a condição de Inventariante do Espólio em razão do falecimento do pai, nem mesmo o Espólio de Genaro Mondelli (pai) figura na sociedade da empresa fiscalizada.

Alegou que a responsabilidade atribuída com fulcro no art. 135 do CTN não tem razão de ser, primeiro porque para a tipificação exige que haja ato, comissão, atitude; e, segundo, exige que esta ação (ato) seja, com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto. Segundo o impugnante, ao exigir ato e dolo, evidente que este deve ser

claramente indicado e provado e não há a indicação, nem mesmo prova de que o Impugnante tenha praticado qualquer ato que leve a presunção fiscal de responsabilidade.

Sustentou que a simples juntada da Procuração nada prova e nem mesmo indica qualquer ato ou ação do Impugnante, e a assinatura do Impugnante no que se identificou como sendo uma Nota Promissória não pode ser entendida como uma ação inerente ao tipo incurso, pois não se presta a indicar abuso de poder, pois pelo contrário, eis que a margem da mesma consta, tratar-se de aquisição de gado, portanto inserto na atividade da empresa.

Acrescentou que não ficou caracterizado, nem provado, o ato, o dolo ou mesmo a má fé do Impugnante, no caso vertente, razão pela qual deve ser determinada a Improcedência da alocação e inclusão do Impugnante no polo passivo tributário, sendo manifesta a sua ilegitimidade passiva ad causam no caso vertente, não cabendo inverter-se o ônus probandi de demonstrar a existência das circunstâncias ensejadoras da responsabilidade do Impugnante. Segundo o impugnante, a Auditora Fiscal, ao deixar de instaurar procedimento prévio e intimar os "responsáveis solidários" somente ao final da lavratura dos autos de infração, violou de forma clara e agressiva, todo e qualquer princípio de ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, na medida em que a ciência dos "responsáveis solidários" se deu, via postal, exclusivamente para adimplemento da obrigação constituída nos lançamentos combatidos.

2 - Nulidade dos Autos de Infração - Falta de Intimação de todos os Interessados.

Ainda, em preliminar, argüiu nulidade dos autos de infração sob a alegação de que a Sra. AFRF deixou de intimar, pessoal e individualmente, TODOS os que indicou como "Responsáveis Solidários", sócios integrantes do quadro societário do sujeito passivo, e ainda, os que não faziam, como é o caso do Impugnante, e que jamais poderia encerrar o seu trabalho fiscal, ainda que parcialmente, com a lavratura de Autos de Infração, enquanto não intimasse, além do representante legal da PESSOA JURÍDICA, a cada um, individualmente, dos tidos como "RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS", na medida em que, segundo a própria ação fiscal, os atos de gestão praticados por estes (dirigentes e ou administradores, ou não) estão jungidos aos "mesmos fatos ensejadores da incidência tributária", quais sejam, supostos "depósitos bancários não contabilizados e sem comprovação da origem", como consta na autuação.

3 - Aplicação da Verdade Material

De início, alegou que a existência da Conta Bancária indicada e a sua não contabilização são fatos estranhos ao Impugnante, pois nenhuma gestão exercia o Impugnante na empresa fiscalizada, não estando em sua alçada tomar partido quanto a estes.

Afirmou que não se respeitou, no procedimento, o princípio mais importante que regula o processo administrativo fiscal, ou seja, o princípio da verdade real ou verdade material, posto que a Sra. Auditora Fiscal, fez referência a depósitos bancários, sem qualquer nexos causal entre estes e eventual receita omitida ou auferida, utilizando o impróprio e repugnante critério da "presunção", sendo que a jurisprudência exige que haja um nexos causal entre a alegada omissão de rendas e o fato gerador da obrigação tributária. Em estrita observância ao princípio da busca da verdade real ou material, a agente fiscal deveria ter efetuado diligências para comprovar suas alegações e nunca transferir ao Impugnante, ou a

Autuada o ônus da prova, mesmo porque a nossa Constituição Federal consagra o direito de ficar calado, ou seja, de não confessar eventual irregularidade cometida (CF, art. 5º, LXIII).

Alegou que o lançamento se operou exclusivamente por mera presunção, procedimento execrado pela Justiça, pelos Julgadores administrativos e pela doutrina, que entendem prevalecer, no processo administrativo, o PRINCÍPIO DA VERDADE REAL ou MATERIAL e nunca o princípio da verdade ficta ou presumida. A constatação de omissão de receitas pela pessoa jurídica, deve ser devidamente comprovada pela fiscalização, através da realização das verificações necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à validação do crédito tributário.

#### 4 - Inocorrência do Fato Gerador

Segundo o impugnante, não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, não havendo, por isso, justa causa para o lançamento, já que a Sra. Auditora Fiscal não comprovou a efetividade da existência de receita, apenas há referência a compras e depósitos.

Em outras palavras, não houve o fenômeno chamado subsunção do fato à norma, mesmo porque não ocorreu, no mundo fenomênico, o fato (omissão de receita) mencionado nos autos, pois, simples depósitos bancários, sem aprofundamento da auditoria fiscal não autorizam o arbitramento do lucro.

Insurgiu contra a legitimidade dos documentos juntados aos autos, fornecido por terceiros, visto que não se respeitou o princípio do contraditório.

Por fim, concluiu que não há prova da ocorrência do fato gerador, pois os extratos bancários, por si nada provam, e sequer se provou que a Autuada e os Responsáveis Solidários tenham auferido RECEITAS/RENDAS, pois nem mesmo houve prova de qualquer acréscimo patrimonial, devendo, por isso, o Auto de Infração ser considerado nulo e a mesma sina deve ter a tributação reflexa, relativamente às contribuições sociais exigidas (PIS, COFINS e CSLL), ressaltando que a legislação e a jurisprudência não autorizam o fisco considerar fatos geradores das referidas contribuições, a mera presunção de "omissão de receita da atividade".

#### 5 - Inaplicabilidade da Multa Qualificada

Contestou a aplicação da multa qualificada alegando, em síntese, que para ser aplicada a multa de 150% é necessário que haja descrição e incontestada comprovação da ação ou omissão dolosa, na qual fique evidente o intuito de sonegação, fraude ou conluio, e acrescentou que “punir contribuintes com multas qualificadas, com lastro em juízo discricionário da fiscalização, é verdadeiro atentado à ordem jurídica, aos princípios da proteção da confiança, da razoabilidade, da proporcionalidade, da proibição de excesso, da boa-fé, da presunção da inocência e, acima de tudo, da justiça”.

#### 6 - Pedido Final

No final, requereu: (a) que se receba, aprecie e julgue PROCEDENTE a presente IMPUGNAÇÃO apresentada contra os Autos de Infração que se encontram neste processo, determinando, por via de consequência, a ANULAÇÃO dos referidos Autos de Infração; (b) o CANCELAMENTO do Crédito Tributário neles consubstanciados, abrangendo

o lançamento, a multa punitiva, os juros de mora e demais acréscimos; (c) Subsidiariamente, na remota hipótese de subsistência dos Autos de Infração, a exclusão do Impugnante, GENARO MONDELLI FILHO, nos termos aqui relatados; (d) a apresentação de provas em qualquer fase processual, inclusive pericial, consoante jurisprudência pacificada do CARF; (e) por fim a notificação e intimação do decisório e eventuais despachos interlocutórios, também ao patrono do Impugnante, subscritor da presente impugnação, em seu endereço, conforme constante no timbre, sob pena de nulidade do ato, nos termos da legislação legal, sobretudo o Estatuto da Advocacia.

Passo, agora, a complementar o relatório acima colacionado.

As impugnações foram julgadas totalmente improcedentes pela DRJ/RPO, tendo sido inclusive mantidas as responsabilidades solidárias atribuídas aos sócios-administradores. Tal decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

As garantias do contraditório e da ampla defesa somente se manifestam com a instauração da fase litigiosa, ressalvados os procedimentos fiscais para os quais lei assim exija. Comprovado que tanto o sujeito passivo quanto os responsáveis solidários tomaram conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento, e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do direito ao contraditório e da ampla defesa.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. APRECIACÃO VEDADA. ENTENDIMENTO ADMINISTRATIVO.

A autoridade administrativa não possui atribuição para apreciar a arguição de inconstitucionalidade ou de ilegalidade dos preceitos legais que embasaram o ato de lançamento. As leis regularmente editadas segundo o processo constitucional gozam de presunção de constitucionalidade e de legalidade até decisão em contrário do Poder Judiciário. As alegações de inconstitucionalidade ou de ilegalidade somente são apreciadas nos julgamentos administrativos quando houver expressa autorização.

SIGILO BANCÁRIO.

É lícito ao fisco, mormente após a edição da Lei Complementar nº 105/2001, examinar informações relativas ao contribuinte, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis, independentemente de autorização judicial. A obtenção de informações junto às instituições financeiras, por parte da administração tributária, a par de amparada legalmente, não implica quebra de sigilo bancário, mas simples transferência deste, porquanto em contrapartida está o sigilo fiscal a que se obrigam os agentes fiscais por dever de ofício.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM. ÔNUS DA PROVA.

Por presunção legal contida na Lei 9.430, de 27/12/1996, art. 42, os depósitos efetuados em conta bancária, cuja origem dos recursos depositados não tenha sido comprovada pelo contribuinte mediante apresentação de documentação hábil e idônea, caracterizam omissão de receita.

#### PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO.

A instituição de uma presunção pela lei tributária transfere ao contribuinte o ônus de provar que o fato presumido pela lei não aconteceu em seu caso particular.

#### MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

#### MULTA QUALIFICADA DE 150%

Falta de escrituração de depósitos bancários e de pagamento dos tributos devidos caracterizam a conduta dolosa da contribuinte ensejadora da qualificação da multa.

#### LANÇAMENTOS REFLEXOS (CSLL, PIS, COFINS)

A ocorrência de eventos que representam, ao mesmo tempo, fato gerador de vários tributos, implicam na obrigatoriedade de constituição dos respectivos créditos tributários. A decisão quanto à ocorrência desses eventos repercute na decisão de todos os tributos a eles vinculados.

#### DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

Para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, contando-se o prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

#### JUROS DE MORA. TAXA SELIC

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

#### DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSIDADE.

Sendo os documentos acostados aos autos claros, permitindo um adequado julgamento, torna-se prescindível a realização de perícia ou diligência para a solução da controvérsia.

#### PROTESTO PELA JUNTADA DE TODAS AS PROVAS ADMITIDAS EM DIREITO.

As provas documentais devem ser apresentadas por ocasião da impugnação, sob pena de preclusão processual, exceto nas situações previstas no art. 16, § 4º do PAF.

#### DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO ADVOGADO. INDEFERIMENTO.

O domicílio tributário do sujeito passivo é endereço, postal, eletrônico ou de fax fornecido pelo próprio contribuinte à Receita Federal do Brasil (RFB) para fins cadastrais. Dada a existência de determinação legal expressa em sentido contrário, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Inconformados, os responsáveis solidários interpuseram Recursos Voluntários: Genaro Mondelli Filho (e-fl. 5.148); Mondelli Indústria de Alimentos S/A e José Mondelli, Braz Mondelli, Cosntantino Mondelli e Antonio Mondelli (e-fl. 4.885); Espólio de Martino Mondelli; representado por seu inventariante Vangélio Mondelli Neto (e-fl. 4.952).

Ainda no tocante ao trâmite processual, registre-se que não há Contrarrazões por parte da PGFN, até o momento.

Diante da total improcedência das impugnações, também não há Recurso de Ofício a ser apreciado.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei- Relator

Inicialmente, ressalto que não há recurso de ofício. Há, contudo, três recursos voluntários que, à vista da incongruência de posições dos recorrentes, serão tratados individualmente no presente voto, notadamente em relação aos reais administradores da contribuinte no período fiscalizado - 2009.

### Síntese fática-processual

Em suma, tem-se que, a fiscalização levada a termo no contribuinte redundou na lavratura de auto de infração de IRPJ, em razão de ter sido constatada omissão de receitas, uma vez que o contribuinte, durante o período de fiscalização, não ter tido êxito em esclarecer a origem de depósitos realizados em conta-corrente (735-1) mantida pela empresa em agência (0075) no Banco Itaú, além dos tributos decorrentes (CSLL, PIS e COFINS), conforme se denota no Termo de Verificação Fiscal de fls. 106 a 117.

A partir do trabalho da fiscalização, planilha com o apontamento dos depósitos não identificados foi elaborada e os valores apontados serviram de base para a apuração do IRPJ devido por omissão de receitas, nos termos do art. 42, da Lei 9.430/96, bem como para o cálculo dos tributos decorrentes: CSLL, PIS e COFINS.

A Recorrente aponta, ainda, supostas nulidades na autuação, as quais serão tratadas neste voto e os demais Recorrentes além de defenderem sua ilegitimidade para figurarem como responsáveis solidários, também questionaram pontos específicos vinculados ao mérito das autuações (quebra de sigilo bancário, qualificação da multa, cerceamento de defesa, confisco, decadência).

### Recursos Voluntários: Recorrente + Responsáveis Solidários: Constantino. Antonio. José. Braz (fls. 4885 a 4943).

O recurso voluntário da Recorrente, apresentado em conjunto com os acionistas e administradores Constantino Mondelli, Antonio Mondelli, José Mondelli e Braz Mondelli, é iniciado com a assertiva que os administradores estão sendo vítimas do administrador judicial.

Independentemente das atitudes do administrador judicial, o fato é que, uma vez aberta a fiscalização, não tendo a Recorrente apresentado os extratos bancários solicitados, foram os mesmos obtidos através de Requisição de Movimentação Financeira junto ao Banco Itaú, que disponibilizou extrato da conta bancária nº 735-1, agência 0075, no período de janeiro/09 a dezembro/10.

De posse desse extrato, obtido de forma legal, inexistindo qualquer situação que pudesse caracterizar indevida quebra de sigilo bancário, constatou a fiscalização que os valores movimentados no ano de 2009, na referida conta bancária, não tinha sido escriturados na contabilidade da Recorrente.

Frente à evidente omissão de receitas, pela inexistência de escrituração contábil, procedeu a fiscalização nos termos do art. 42, da Lei 9.430/96, relacionando os depósitos sem origem e intimando o contribuinte para esclarecer e comprovar, com documentos hábeis e idôneos, a origem dos recursos financeiros em questão.

Ante a ausência de comprovação por parte da Recorrente, foram lançados os créditos tributários de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS. Em adição, foram lavrados termos de sujeição passiva solidária para os administradores da Recorrente no ano de 2009, relacionados pela fiscalização a partir de informações obtidas junto a Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Os sócios Antonio, José, Braz e Constantino Mondelli, através de seu procurador signatário do recurso voluntário, informaram que no ano de 2009 a administração da Recorrente estaria a cargo do espólio de Genaro Mondelli e de Martinho Mondelli, que outorgaram procuração a Antonio Mondelli para a representação dos sócios majoritários na administração da empresa.

Os Recorrentes não negam a possível existência de omissão de receita, mas, segundo eles, tal ato nunca foi de responsabilidade dos atuais acionistas, eximindo-se da responsabilidade solidária que lhes foi imputada pela fiscalização à vista da constatação de omissão de receitas pela empresa Recorrente.

Em seguida, passam a desqualificar o administrador judicial e o contador que lhe assessora, no intuito de demonstrar que as atitudes deles são contrárias à lei e, desta forma, a quebra de sigilo bancário pelos mesmos afetaria a prova produzida, inclusive neste procedimento administrativo, notadamente porque o contribuinte, segundo alegam os Recorrentes, não teve ciência de nenhum ato do presente procedimento fiscal.

Com a devida vênia, as informações bancárias, obtidas pela fiscalização através de requisição de movimentação financeira junto ao Banco Itaú são idôneas e protegidas pelo sigilo fiscal, de tal forma que não foram usadas indevidamente dentro deste processo administrativo. Inclusive, a Lei Complementar nº 105/2001 legitima o fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre a movimentação do sujeito passivo sob fiscalização, quando a autoridade fiscal entender que o exame de tais informações é indispensável para o deslinde da controvérsia, afastando, portanto, a alegação de quebra de sigilo bancário.

Da mesma forma, a fiscalização direcionou todas as intimações fiscais emitidas no âmbito deste processo administrativo à Recorrente, em seu endereço junto ao CNPJ, de tal forma que os atos são válidos. Se, em razão de questões internas, decorrentes da recuperação judicial, os sócios não tiveram acesso a alguma informação prévia à instalação da fase contenciosa, não se está diante de qualquer nulidade capaz de mudar o curso do presente feito, exceto no tocante à responsabilidade solidária.

Quanto às nulidades, atesto que não há erro de capitulação legal, pois a autuação está fundamentada no art. 42, da Lei 9.430/96, que se trata de uma presunção legal de omissão de receita por falta de comprovação de origem de depósito bancário. O ônus da prova, nesse caso, é do contribuinte. Não se desincumbindo de comprovar a origem dos recursos, o

reconhecimento da receita omitida e a constituição dos créditos tributários é apenas decorrência.

Ademais, não houve erro na identificação do sujeito passivo, uma vez que a conta bancária em análise pertence à Recorrente. Pelo mesmo motivo, também não houve qualquer vício na intimação da Recorrente, uma vez que as intimações foram encaminhadas para o seu domicílio tributário e regularmente recebidas. Problemas internos, decorrentes de questões vinculadas à recuperação judicial não podem ser opostas ao fisco, notadamente quando este seguiu as regras para a intimação do contribuinte.

A responsabilização por sujeição passiva solidária dos sócios administradores da contribuinte, no período de 2009, decorre, segundo a fiscalização, do reconhecimento da conduta dolosa em omitir-se as receitas movimentadas na conta 735-1, do Banco Itaú, de titularidade da Recorrente. Ou seja, no entendimento da fiscalização, a fraude foi constatada pela conduta dolosa dos responsáveis solidários.

Porém, no que pese a alegação de fraude levantada pela autoridade fiscal, necessário destacar que o requisito necessário para a incidência de tal instituto e de sua penalidade - a multa qualificada, em termos estritamente fiscais - qual seja, o dolo, deverá restar robustamente comprovado nos autos, ou seja, deve ser um dolo evidente, que não deixe margem alguma de dúvidas. Isto não ocorre no presente processo.

Fortalece tal entendimento, a previsão expressa no CTN, mais especificamente no artigo 112, no qual consta a segurança de que a lei tributária que trata de infrações ou penalidades deverá ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvidas quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos (inciso II).

Perceba-se que tal disposição não visa coibir, ou mesmo mitigar, a prerrogativa de livre convencimento do julgador. Pelo contrário. Em verdade, o auxilia nos momentos em que o mais justo, ou a maior segurança jurídica é concretizada pela humildade do julgador em não forçar a instrução probatória a um resultado tendencioso/parcial, mas sim, em admitir que diante de uma instrução probatória precária - e tratando-se de penalidades - o melhor a se fazer é interpretar a lei de forma menos gravosa ao sujeito autuado.

Com base no exposto, afasto a responsabilidade solidária de todos os responsáveis intitulados neste tópico do voto.

Deve-se afastar também o agravamento da multa imposta, posto que a Recorrente correspondeu devidamente todas as intimações da fiscalização, não causando embaraço algum, bem como, não restou comprovada a fraude.

Os argumentos de efeito confiscatório da multa estão embasados em princípio constitucional. Este Julgador está adstrito à legislação vigente, não podendo deixar de aplicar a lei, exceto nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeitos *erga omnes*, o que não é o caso no presente feito.

A utilização da Taxa Selic para fins de correção dos créditos tributários constituídos também decorre de lei e é matéria pacífica no âmbito desta Turma Julgadora, razão pela qual está correto o procedimento da fiscalização no presente processo administrativo.

**Recurso Voluntário: Genaro Mondelli Filho (fls. 5148 a 5200).**

Em suma, o Recorrente em questão alega que não tinha qualquer poder de gerência no período fiscalizado e que a procuração apresentada, embora lhe concedesse amplos poderes, perdeu a validade com a morte do outorgante.

Em verdade, este Julgador repisa os argumentos utilizados para afastar a responsabilidade solidária anteriormente neste voto, pois entende que o Recorrente, mesmo tendo uma procuração com amplos poderes, pode não ter tido a possibilidade de praticar atos de gestão em relação aos valores movimentados na conta bancária 735-1, do Banco Itaú. Ou seja, há dúvidas e insuficiente comprovação do dolo fraudulento.

Muito menos deve prosperar, então, a multa qualificada, posto que seus requisitos de incidência, como a fraude, a sonegação e o conluio não se manifestaram no presente caso.

**Recurso Voluntário: Martino Mondelli (fls. 4952 a 5016).**

Em suma, o Recorrente em questão alega que não tinha qualquer poder de gerência no período fiscalizado e que inclusive litigava contra os gestores, apresentando comprovação das demandas judiciais protocoladas, inclusive para fins de prestação de contas dos gestores, obtendo, inclusive, decisão judicial que afasta a sua responsabilidade, exceto se houver prova em contrário.

Assim, considerando que o Recorrente, ainda que constasse no contrato social como sócio administrador, não exercia, de fato, a gerência ou a gestão dos negócios da empresa no período da autuação, devidamente comprovado pelas diversas ações judiciais ajuizadas em face dos gestores da empresa, afasto a responsabilidade passiva solidária do Recorrente em questão.

Em relação aos argumentos referentes à quebra do sigilo bancário, qualificação da multa, cerceamento do direito de defesa e confisco, reitero que a fiscalização não quebrou o sigilo bancário para a formalização da autuação; apenas teve acesso às informações da conta bancária 735-1 do Banco Itaú em razão de requisição de movimentação financeira, regularmente expedida para a referida instituição financeira, permanecendo as informações obtidas legalmente sob sigilo fiscal.

Novamente, no tocante a qualificação da multa, necessário frisar que, conforme a súmula CARF nº 14, a simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. Por este motivo e pelo já justificado neste voto em relação a qualificação da multa, afasto tal enquadramento.

Tão pouco houve cerceamento do direito de defesa, nem da empresa Recorrente, nem dos responsáveis solidários, pois todos tiveram a possibilidade de apresentar impugnação administrativa, recurso voluntário e juntar aos autos todos os elementos de prova que dispusessem para corroborar suas alegações; por fim, o argumento de confisco tem viés constitucional e, como já exposto acima, a esfera administrativa não está autorizada a reconhecer inconstitucionalidades, exceto quando decorrentes de decisões do STF, com efeito *erga omnes*, que não é caso.

**Da Decadência**

Defendendo a aplicação do artigo 150, § 4º, do CTN, os recorrentes ressaltam à e-folha 4.919 que: "Quer o sujeito passivo tenha apurado ou não imposto a pagar; quer o contribuinte tenha pago ou não o tributo que eventualmente tenha apurado, o prazo decadencial para o lançamento em face de eventuais omissões sempre terá como marco a data da ocorrência do fato gerador."

Não merece prosperar a afirmação dos recorrentes, posto que totalmente em descompasso com a jurisprudência deste Conselho. Havendo pagamento, mesmo que parcial, incidirá sim o artigo 150, § 4º do CTN. Contudo, sem prova nos autos de que o pagamento de fato ocorreu, sendo tal informação inclusive obscurecida pelos recorrentes, incide o artigo 173, do CTN, não tendo, portanto, decaído o direito do fisco de autuar o sujeito passivo, posto que os recorrentes foram cientificados da autuação em novembro/14 e a competência mais antiga é março/2009, o início do prazo decadencial deu-se em 01.01.2010 e finalizou em 31.12.2014, de tal forma que não há decadência a ser reconhecida no caso concreto.

Por todo o exposto, excludo todos os sócios administradores Antonio Mondelli, Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli, Gennaro Mondelli Filho e Martino Mondelli, do pólo passivo, dando total provimento aos seus recursos voluntários, bem como afastando a qualificação da multa de ofício e agravada.

É o voto

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei