



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

Processo nº 10825.723197/2015-01
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1401-002.360 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2018
Matéria IRPJ
Recorrente MONDELLI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

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 nº 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

A reiterada e significativa omissão de receita perpetrada inclusive por meio do registro a menor dos valores das operações enseja a qualificação da multa de ofício.

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 compute de juros sobre a multa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em por unanimidade de votos, afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso da Contribuinte Mondelli Indústria de Alimentos S.A e do apontado como responsável solidário, o Sr. Gennaro Mondelli Filho, dando provimento e afastando a responsabilidade tributária de Antonio Mondelli, Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli, e Martino Mondelli.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Augusto de Souza Gonçalves (Presidente), Livia De Carli Germano, Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Abel Nunes de Oliveira Neto, Leticia Domingues Costa Braga, Daniel Ribeiro Silva e Luiz Rodrigo De Oliveira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão 14-63.713 - 1ª Turma da DRJ/RPO que por unanimidade de votos julgou improcedente as impugnações, mantendo o crédito tributário de IRPJ, CSLL, COFINS e PIS lançados para os ano-calendário 2010, e a responsabilidade solidária atribuída aos sócios-administradores.

Os autos de infração em questão foram lavrados, em 24/11/2015, relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no valor de R\$ 3.426.033,22 (fl. 3), à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no valor de R\$ 1.242.011,96 (fl. 40), à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) no valor de R\$ 1.503.599,07 (fl. 68) e à Contribuição para o PIS/PASEP no valor de R\$ 326.439,28 (fl. 95) acrescidos de juros de mora à taxa SELIC e multa de ofício de 150%, sobre todas as infrações, formalizando o crédito tributário de R\$ 19.618.328,03.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 121 a 147) a autuação decorreu : a) da omissão de receitas de vendas realizadas sem a respectiva emissão de nota fiscal, e b) da omissão de receitas por presunção legal, mediante suprimento de recursos através de contas de titularidade do contribuinte.

O procedimento fiscal iniciou-se, em 07/03/2014, com a ciência do Termo de Início de Fiscalização, no qual o contribuinte foi intimado a apresentar documentos bancários diversos, com o objetivo de verificar-se o registro contábil e a regularidade no cumprimento das obrigações tributárias relacionadas ao IRPJ, nos anos-calendário 2009 e 2010.

Após a intimação, o contribuinte solicitou prorrogação de prazo para apresentação de documentos, findo o qual a intimação foi atendida parcialmente. Outras novas intimações foram expedidas e no curso do procedimento fiscal, constatou-se a existência da conta corrente nº 735-1, agência 0075, mantida no Banco Itaú, cuja titularidade pertencia a autuada.

Instado a informar em qual conta contábil foi registrada a movimentação financeira da conta bancária acima discriminada, no período de 01/01/2009 a 31/12/2010, a autuada informou que não registrou nenhum lançamento contábil desta conta corrente no período de janeiro de 2005 a outubro de 2011.

Nova intimação foi expedida com o objetivo de esclarecer a origem dos recursos financeiros creditados na conta bancária em questão, considerando ainda que parte dos recursos eram oriundos do próprio contribuinte. Ofereceu-se ao sujeito passivo a opção pela apresentação de extrato ou autorização para acesso direto às informações financeiras junto à instituição bancária.

Necessário ressaltar que consta dos autos (fls. 1225/1238) o Mandado de Intimação expedido em 14/08/2013 pela Juíza de Direito Auxiliar da Primeira Vara Cível da Comarca de Bauru/SP, nos autos de ação de recuperação judicial, da empresa Mondelli Indústria de Alimentos S.A., decretando o afastamento dos atuais administradores e conselheiros administrativos da empresa, Antônio Mondelli, Constantino Mondelli Filho, José

Mondelli, Constantino Mondelli, Braz Mondelli, José Roberto Dalla Coletta, Martino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli e José Roberto Dalla Coletta . No mesmo instrumento nomeou-se como gestora a empresa Hapi Comércio Alimentícios Ltda – CNPJ 07.319.683/0001-93.

Em resposta à intimação, a fiscalizada informou que os documentos solicitados foram entregues à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Bauru (DRF/BAU) nos termos do ofício proferido pela 1ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP, expedido em 21 de outubro de 2014. A documentação, segundo o ofício, foi apresentada pelo administrador judicial nomeado Fernando José Ramos Borges, para as devidas providências. Entre os documentos apresentados, constam extratos de duas contas corrente declaradas pelo atual contador da empresa como não contabilizadas, 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

Em relação ao ano-calendário 2009, constituiu-se, considerando os dados fornecidos, os créditos relativos ao IRPJ, CSLL, Cofins e PIS, bem como recalculou-se os valores apurados e declarados pelo contribuinte, apurando-se novos valores de prejuízo contábil e base de cálculo negativa da CSLL. Esses créditos estão abarcados no processo administrativo de nº 10825.723-097/2014-96.

Consta também dos autos, autorização, emitida em 27 de outubro de 2014 e assinada por Charles Jean Marc Henri Leguille, representante da gestora Hapi Comércio Alimentícios Ltda., permitindo o acesso de informações financeiras, junto ao Banco Itaú, agência 0075, conta corrente nº 735-1, relativo ao período de 01 de janeiro a 31 de dezembro de 2011.

Analisando os documentos entregues pelo administrador judicial, a fiscalização identificou que teriam sido creditados recursos financeiros naquelas duas contas bancárias já mencionadas como não contabilizadas, provenientes provavelmente de vendas sem nota fiscal. Diante dessas evidências, a DRF/BAU, expediu em 18 de novembro de 2014, o Ofício nº 122/2014 DRF/BAU/SAFIS, nos autos de recuperação judicial da empresa, solicitando que fossem encaminhados àquela fiscalização todos os documentos que pudessem comprovar as vendas em valores correspondentes aos creditados nas contas bancárias não contabilizadas.

Em 11 de dezembro de 2014, novo ofício expedido pela 1ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP, solicitava informações sobre as providências tomadas pela RFB em relação ao determinado no ofício datado de 21 de outubro de 2014. Em resposta a DRF/BAU esclareceu as medidas adotadas e reiterou a necessidade de apresentação dos documentos solicitados no Ofício nº 122/2014 DRF/BAU/SAFIS.

Em 07 de janeiro de 2015, o contribuinte foi novamente intimado, dessa vez para apresentar declaração e extrato da conta corrente nº 003864, mantida na instituição Nova América Fomento Mercantil Ltda, no período de 20/01 a 12/10/2011, tendo em vista que no extrato apresentado anteriormente não constava o timbre oficial da instituição financeira.

Em resposta, Charles Jean Marc Henri Leguille, representante da gestora Hapi Comércio Alimentícios Ltda., apresentou documento no qual autorizava o acesso das

informações financeiras, junto àquela instituição, conta nº 3.864, relativo ao período de 01 de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2011.

De posse das autorizações para acesso das informações bancárias, referentes às contas mantidas no Banco Itaú e na Nova América Fomento Mercantil Ltda, ambas instituições financeiras foram intimadas a apresentar os respectivos extratos.

O Banco Itaú apresentou o extrato solicitado, referente ao ano-calendário 2011. Cabe ressaltar que o extrato do ano-calendário 2010 já havia sido apresentado anteriormente pelo sujeito passivo.

A factoring Nova América Fomento Mercantil Ltda, em resposta à intimação, declarou que o contribuinte cessionou seus títulos de crédito de forma onerosa na modalidade convencional. Após a apresentação de novos documentos, a fiscalização concluiu, por amostragem, que os valores negociados e registrados nos extratos foram escriturados na contabilidade.

Consta do relatório apresentado pelo administrador judicial, juntamente com o ofício proferido pela 1ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP, expedido em 21 de outubro de 2014, que os recursos financeiros provenientes de vendas sem nota fiscal e caixa 2, além das contas já mencionadas, também foram creditados na conta aberta junto a Cooperativa de Crédito Credicitrus em nome dos sócios Antônio Mondelli, Constantino Mondelli, Braz Mondelli e José Mondelli. Todavia foram apresentados poucos documentos comprovando esse feito.

Expediu-se intimação para a pessoa física do administrador judicial, porém a pessoa jurídica Fernando Borges – Administração, Participações e Desenvolvimento de Negócios Ltda em resposta informou ser ela a nomeada administradora judicial da massa falida, e não a pessoa física que a representa. A administradora judicial foi intimada a apresentar em relação aos anos-calendário 2010 e 2011, todos os documentos que comprovassem as vendas sem nota fiscal e a existência de Caixa 2, em valores correspondentes aos creditados nas contas bancárias não contabilizadas.

De posse dos documentos, a fiscalização cruzando informações obtidas na ECD – Escrituração Contábil Digital, entregue pelo contribuinte, elaborou algumas planilhas e identificou que os valores creditados na conta corrente nº 735-1 do Banco Itaú, Agência 0075, relativo ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010, não foram contabilizados pelo contribuinte, presumindo-se que os valores que transitaram por esta conta bancária referem-se a vendas sem emissão de nota fiscal. Esses valores foram tributados pela autoridade fiscal, como omissão de receitas por venda sem nota fiscal e Caixa 2.

Durante a ação fiscal também ficou comprovado que o contribuinte mantinha contabilidade paralela, vulgarmente Caixa 2, que no caso da empresa em questão, era denominada Caixa W. Verificou-se que parte dos valores efetivamente creditados na conta corrente nº 735-1 do Banco Itaú, Agência 0075, estavam contabilizados como transferência entre contas, contabilizados a débito na conta “Banco Itaú S/A - c/c 68.000-9” e a crédito da conta “Banco Mercantil do Brasil S/A – c/c 02-224033-9”. A autoridade fiscal, com fundamento no art. 282 combinado com os arts. 283 e 848, todos do RIR/99, aplicou a infração de suprimento de caixa via banco, expurgando tais valores da base de cálculo da infração de omissão de receitas por venda sem nota fiscal e Caixa 2.

Tendo em vista que com estes procedimentos - utilização de caixa dois, suprimimento de recursos, via banco na contabilidade, omissão de receitas de vendas sem nota fiscal e movimentação destes recursos em conta de depósito não contabilizada -, o sujeito passivo teve a intenção dolosa de ocultar características de fatos, omitindo receitas, reduzindo o lucro real e a base de cálculo da CSLL, objetivando a diminuição da tributação, a autoridade fiscal aplicou a multa de ofício majorada para 150%, com fundamento no inciso II do art. 957 do RIR/99.

Também atribui-se a responsabilidade prevista no art. 135, incisos II e III do Código Tributário Nacional (CTN) as pessoas físicas abaixo relacionadas, que no ano-calendário 2010, constavam, conforme documentos acostados aos autos, como administradores da empresa Antônio Mondelli, Constantino Mondelli Filho, José Mondelli, Constantino Mondelli, Braz Mondelli, José Roberto Dalla Coletta, Martino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli e José Roberto Dalla Coletta.

Deve ser responsabilizado, com fundamento nos mesmos dispositivos legais, Gennaro Mondelli Filho, CPF 044.220.278-40, na condição de procurador da pessoa jurídica desde 25 de julho de 2001, com poderes de gerir os interesses da outorgante.

E por tratar-se de infração que configura, em tese, crime contra a ordem tributária, elaborou-se Representação Fiscal para Fins Penais (Processo nº 10825.723198/2015-48), nos termos da Lei nº 8.137/90 e em cumprimento ao disposto no art. 1º, inciso I do Decreto nº 2.730/98 e art. 1º da Portaria RFB nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, alterada pela Portaria RFB nº 3.182/2011.

Somente a responsável solidária Rosana Aparecida Accolini Dalla Coletta não apresentou impugnação, os demais responsáveis solidários apresentaram impugnações, cujas alegações serão descritas a seguir :

Impugnação da autuada – Mondelli Indústria de Alimentos S/A e dos conselheiros José Mondelli, CPF 012.553.128-15, Braz Mondelli, CPF 362.799.868-53, Constantino Mondelli, CPF 436.768.988-34 e Antônio Mondelli, CPF 374.870.278-72 Os conselheiros acima relacionados tomaram ciência do Auto de Infração em 27/11/2015.

Inconformados, a pessoa jurídica Mondelli Indústria de Alimentos S/A e os conselheiros José Mondelli, Braz Mondelli, Constantino Mondelli e Antônio Mondelli, por intermédio de seus advogados, ingressaram com a impugnação de fls. 13.684/13.738 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, Misael Correia de Albuquerque, afirmando que os Srs. Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli, Antonio Mondelli e Constantino Mondelli Filho teriam cometido (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.

Argumentam que 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. Nem mesmo os acionistas atuais tiveram qualquer relação com as imputações do auto de infração e os fatos apurados pela fiscalização, 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.

Alegam também que Fernando José Ramos Borges e Misael Correia Albuquerque promoveram a quebra do sigilo bancário dos acionistas, com o intuito de fabricar indícios fraudulentos, objetivando forjar um suposto esquema no qual a omissão de receita (já objeto de autuação pelos fiscos estadual e federal) teria o propósito de favorecer credores (pecuaristas).

No referido relatório, segundo os impugnantes, 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 nº 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 argüíram nulidade do auto de infração pelas razões a seguir sintetizadas.

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. Relativamente à pessoa jurídica, afirmam que os extratos bancários foram devassados sem ordem judicial, pois os extratos, emitidos em abril de 2014, referem-se as operações anteriores a 2012, quando do pleito de recuperação judicial, entretanto o administrador judicial só pode ter acesso aos mesmos durante o processo de recuperação para acompanhar a saúde financeira da empresa.

Nulidade das intimações do Mandado de Procedimento Fiscal 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, órgão que pode deliberar sobre qualquer matéria, não foi afastado. 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.

Decadência do lançamento apurado trimestralmente

Alegaram que em relação ao IRPJ e CSLL o fato gerador ocorre trimestralmente e, assim, parte do lançamento estaria decaído nos termos da legislação que estabelece apuração trimestral.

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 a autoridade 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.

Erro na capitulação legal da infração (2)

Alegaram que, em momento algum, a fiscalização procurou identificar a fonte das receitas que o impugnante realizou. Tendo em vista que na atividade rural existem meios próprios para a apuração de rendimentos, não caberia a autoridade fiscal, com base na recomposição dos dados da CPMF da empresa autuada, presumir que tais receitas sejam fruto de atividade rural. O montante tributável apurado pela fiscalização, através do arbitramento, configura-se, portanto, em 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.

Acrescentam que, mesmo que se admitisse a ocorrência de infração, não 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.

Erro na identificação do sujeito passivo

Alegam que no Termo de Verificação Fiscal a autoridade fiscal reconhece a existência de recebimento dos recursos pela fiscalizada tendo origem em suas atividades

comerciais, todavia deixa ao largo as atividades de cunho rural, já que o contribuinte, não tendo sido regularmente notificado, não pode informar.

Prosseguem afirmando que *“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.”*.

Asseveram que 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 da autuada e que foram devidamente reconhecidas pelo autoridade fiscal, a presente autuação deve ser cancelada.

Falta de intimação regular do titular legal da conta corrente.

Argumentam que nenhum dos representantes legais da empresa foi regularmente intimado, portanto, teria ocorrido cerceamento de defesa por ausência de intimação na pessoa do titular da conta corrente, ou seja, na pessoa do representante legal.

O gestor judicial, segundo afirmam, não apresentou a documentação que comprovaria a origem dos recursos de diversos depósitos. Sendo assim, 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.

Quanto ao mérito, propriamente dito, a impugnação insurgiu-se quanto aos seguintes elementos:

Suposta omissão de rendimentos

Os impugnantes reiteraram que não ocorreu a regular intimação do contribuinte, uma vez que não foram encaminhados aos verdadeiros representantes legais do contribuinte qualquer Mandado de Procedimento Fiscal. Ademais, segundo alegam, a Auditoria Fiscal não procurou identificar a fonte das receitas do impugnante.

Origem dos recursos e inaplicabilidade do art. 42 da Lei 9.430/96 Também alegam que a fiscalização não observou o art. 18 da Lei 9.250/95, que dispõe sobre a obrigatoriedade de se comprovar a veracidade das receitas e das despesas.

Conforme pode-se verificar nos autos, não se ofereceu aos verdadeiros representante legais do titular da conta, a oportunidade de prestarem informações a respeito dos recursos que transitaram nas contas correntes em questão, 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.

Sustentam que os documentos apresentados na fase da fiscalização provam que os recursos recebidos pela fiscalizada eram provenientes de suas atividades comerciais, não sendo possível, portanto, submetê-los à tributação de recursos de origem não comprovada.

Invalidade do lançamento com base em quebra de sigilo bancário

Alegam 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.

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 então 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.

Impossibilidade de aplicação da multa agravada de 150%

Novamente alegam que nenhum dos representantes legais da empresa foi regularmente intimado, e assim teria ocorrido cerceamento de defesa, sendo nulo o lançamento, o que impossibilita o lançamento de multa agravada.

Sustentam que a aplicação da multa de 150% não deve subsistir, pois não há registros de documentos inidôneos ou fraudes na escrituração contábil. Não há que se falar em fraude à lei ou dolo, em virtude de uma conta de depósito do titular não estar conciliada com a contabilidade.

Efeito confiscatório da multa

Argumentam 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.

- Impugnação da autuada – Mondelli Indústria de Alimentos S/A, representada pela gestora indicada pelo juízo

Inicialmente, a impugnante informa 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.

Afirma na impugnação, que a fiscalização apurou que a pessoa jurídica Mondelli Indústria de Alimentos S/A teria movimentado valores na conta corrente nº 735-1, agência 0075, do Banco Itaú, no ano-calendário de 2009, que não foram contabilizados. Sendo assim, foram constituídos, por meio de auto de infração, créditos tributários correspondentes ao IPRJ, CSLL, COFINS e PIS. Incidindo sobre os valores apurados a multa de 150%.

Contestando o lançamento aduz como razões de defesa o seguinte.

Da verdade real

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

Lançamento de imposto com base em "renda presumida"

Alega que 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, entretanto, esses dados, por si só, 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.

Prossegue argumentando que 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.

Acrescenta 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.

Justifica esse argumento, citando o art. 9º do Decreto-lei nº 2.471/88, que dispõe sobre o cancelamento de débitos com a Fazenda Nacional, quando constituídos exclusivamente com base em valores de extratos ou de comprovantes de depósitos bancários.

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

Alega que a autuação decorreu da presunção de que a falta de escrituração dos valores movimentados na conta corrente e não contabilizados, per si, caracterizam, também, omissão de receita. Entretanto, a autoridade fiscal deve provar de forma inequívoca os fatos indiciários, não podendo se valer da presunção para constituição do crédito tributário, 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.

Erro na determinação da base de cálculo dos tributos Argumenta que a fiscalização considerou a totalidade dos valores movimentados em conta bancária da autuada para lançamento do IRPJ, quando deveria ter utilizado um dos critérios do lucro arbitrado para lançamento do imposto. Acrescenta que os valores de depósitos bancários, por não caracterizarem disponibilidade econômica de renda, não devem constituir fatos geradores do imposto de renda.

Prossegue alegando que em virtude da não contabilização da totalidades das operações, a contabilidade torna-se imprestável, hipótese em que é aplicado art. 47 da Lei nº 8.981/95 que tem redação semelhante ao o art. 530 do RIR/99.

Acrescenta que o art. 532 do RIR/99 dispõe que quando conhecida a receita bruta, o valor tributável deve ser apurado aplicando-se os mesmos percentuais aplicáveis para o cálculo da estimativa mensal e o lucro presumido.

E conclui que o erro na determinação da base de cálculo do IRPJ contamina o lançamento com vício insanável de ilegalidade, tornando-o nulo.

Multa Punitiva de 150%

A impugnante 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. Prossegue argumentando que não pode haver distorção entre a medida estabelecida em lei e o fim por ela objetivado, e 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.

Argumenta que 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.

Também invoca o princípio do não-confisco, e embora a Constituição Federal, em seu artigo 150, IV, vede a utilização do tributo com efeito de confisco, a mesma regra há de ser aplicada às obrigações acessórias. Afirma que o efeito confiscatório tem íntima 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.

Ainda sobre a multa, aduz que 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.

Continua reiterando que 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.

Do pedido

Ao final, requer 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, seja pelo erro na determinação da base de cálculo do IRPJ, seja 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, requer : a) a revisão do lançamento de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS para o fim de reconhecer e determinar que os valores da movimentação bancária sejam computados para determinação da base de cálculo tributável mediante utilização dos mesmos percentuais aplicados ao lucro presumido acrescidos de 20%; b) 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.

- Impugnação apresentada pelo espólio de Martino Mondelli

A ciência do Auto de Infração ocorreu em 27/11/2015.

Preliminarmente cabe esclarecer que Martino Mondelli, faleceu em 06/03/2015. A respectiva impugnação foi apresentada por Vangélio Mondelli Neto, nomeado inventariante dos bens deixados pelo falecimento de Martino Mondelli, conforme documento acostado à fl. 14.431.

A impugnação contesta o lançamento e também a sujeição passiva considerando as seguintes alegações:

Ilegitimidade passiva do espólio de Martino Mondelli

Contestando o Termo de Sujeição Passiva Solidária, o impugnante alega que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo do presente procedimento fiscal, pois retirou-se da sociedade em 08/10/2010. Dessa forma, com fundamento no art. 133 do CTN o sócio retirante não pode responder pro nenhum débito da empresa.

Cita a jurisprudência argumentando que os sócios que não detenham poderes de administração devem ser excluídos de responsabilidades e os que possuem poderes para administrar somente respondem pessoalmente pelos atos praticados com excessos de

poderes ou infração de lei, contratos ou estatutos.

Assevera que o procedimento fiscal não menciona pormenorizadamente quais seriam os atos ilícitos praticados pela impugnante. E a teoria de desconsideração da personalidade jurídica, que teria o condão de atribuir responsabilidade direta, pessoal e ilimitada ao sócio, não pode ser aplicada ao presente caso, pois a insuficiência de patrimônio social não é requisito suficiente para desconsiderar a personalidade jurídica.

Diferenças entre sócio e administrador

O impugnante afirma que a regra geral dos administradores nas sociedades limitadas, está inserida no art. 1.080 do Código Civil, que dispõe que “as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram”.

Retirada do impugnante da sociedade

O impugnante alega que, embora integrante do quadro societário da empresa autuada, não detinha qualquer poder administrativo. Argumenta que desde meados de 2006 insurgiu-se contra as medidas irregulares da empresa em recuperação judicial e de sua respectiva gestão. Sublinha que a administração dos negócios era concentrada diretamente na pessoa do Sr. Gennaro Mondelli, e que após o seu falecimento a administração passou a ser executada pelos acionistas Antônio Constantino, José e Braz Mondelli.

Acrescenta que sempre foi impedido de participar da administração da sociedade, recorrendo-se inclusive do Poder Judiciário para fazer valer sua participação.

Salienta que “jamais conseguiu se inteirar das decisões administrativas da sociedade, e quando o fez foi imediatamente impedido pelo gestor geral (Gennaro Mondelli).”.

Sendo assim, esclarece que não mais havia o affectio societatis entre as partes, culminando com sua retirada da sociedade. E ressalta que quando de sua retirada, a empresa encontrava-se em situação regular perante o Fisco e demais fornecedores.

Cita a jurisprudência administrativa e a dos tribunais para afastar a responsabilidade solidária quando não comprovada a prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto ou dissolução irregular da sociedade durante a sua gestão.

Do pedido

Ao final, o impugnante requer a sua exclusão do pólo passivo do presente processo, tendo em vista que desde maio de 2006 estava totalmente alijado no desempenho de suas funções na empresa autuada, e retirou-se da sociedade em 08/10/2010.

- Impugnação apresentada por Gennaro Mondelli

A ciência do Auto de Infração ocorreu em 27/11/2015.

O impugnante, por intermédio de seu procurador, apresentou impugnação de fls 14.582/14.629 para contestar o lançamento e a sujeição passiva aduzindo como razões de defesa o seguinte:

Inexistência da Responsabilidade Tributária Passiva Atribuída

Inicialmente, alega que a autoridade fiscal imputou a responsabilidade solidária por excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, com fundamento no art. 135 do CTN, ao impugnante, na suposição que o Sr. Gennaro 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.

Esclarece que apesar de filho de sócio e fundador da empresa fiscalizada, nunca participou da gestão da mesma, não detendo cargo de diretor ou gerente, e nem mesmo integrando o quadro societário da autuada. Alega que sua relação com a empresa autuada era restrita à trabalhista, pois era mero funcionário da empresa, regularmente registrado, na função/cargo de comprador no ano de 1994, e que desenvolveu tal cargo/função ostensivamente até pouco tempo posterior ao falecimento de seu pai, ocorrido em 01/fevereiro/2008, quando o fato de ser filho/herdeiro do sócio falecido passou a incomodar os gestores da empresa, terminando por ser demitido em 30/outubro/2010, ocasião em que suas funções profissionais e inerentes ao cargo de comprador, já estavam seriamente restringidas pela gestão contemporânea.

Segundo o impugnante, a procuração outorgada pelo seu genitor, enquanto ainda vivo, teve por propósito permitir que representasse 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, pelo falecimento de seu pai. Assevera que em nenhum momento foi administrador ou sócio da empresa autuada e muito menos responsável pela operação, determinações e decisões da mesma. Acrescenta que nem mesmo assumiu a condição de inventariante do espólio em razão do falecimento do pai, e sequer o espólio de Genaro Mondelli (pai) figura na sociedade da empresa fiscalizada.

Alega que a responsabilidade atribuída com fulcro no art. 135 do CTN não tem razão de ser, primeiro porque 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. Afirma que o ato doloso deve estar claramente indicado e provado, todavia não consta nos autos a indicação, nem mesmo prova de que o impugnante tenha praticado qualquer ato que leve a presunção fiscal de responsabilidade.

Sustenta que a simples juntada da procuração nada prova e não indica qualquer ato ou ação do impugnante. Acrescenta que sua assinatura subscrita 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. Acrescenta 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, não cabendo inverter-se o ônus probandi de demonstrar a existência das circunstâncias ensejadoras da responsabilidade do impugnante.

Segundo o impugnante, a autoridade fiscal ao deixar de instaurar procedimento prévio e de intimar os "responsáveis solidários" no curso da ação fiscal, intimando-os 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.

Nulidade da atribuição de solidariedade – procuração não válida.

Ainda em preliminar, argüiu que a procuração que fundamentou a inclusão do impugnante como sujeito passivo por solidariedade não é válida, pois que extinta pela morte do outorgante, de acordo com o disposto no art. 682 do Código Civil. Alega ainda que a Nota Promissória também não se presta a comprovar a responsabilidade solidária, pois data de 2009, porém o ano-calendário da autuação é 2010.

Aplicação da Verdade Material

Afirma 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 autoridade fiscal fez referência a depósitos bancários sem qualquer nexo 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 nexo 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 fiscalização 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).

Inocorrência do fato gerador

Assevera que não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, não havendo, por isso, justa causa para o lançamento, já que a fiscalização 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.

Acrescenta que a jurisprudência judicial e administrativa firmaram entendimento que os depósitos bancários não representam aquisição de disponibilidade econômica.

Por fim, conclui 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".

Inaplicabilidade da multa qualificada

Contesta 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.

Ressalta 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”.

Decadência

O impugnante também insurge-se contra o auto de infração alegando decadência, uma vez que a lavratura da infração ocorreu em novembro de 2015 e as autuações são relativas a 2010, e, portanto, tendo-se que o vencimento dos tributos ocorrem no mês seguinte ao vencido, qualquer autuação anterior a referência novembro estaria atingida pelo instituto da decadência.

Pedido final

Ao final, requer: (a) que se receba, aprecie e julgue procedente a presente impugnação, determinando, por via de consequência, a anulação dos 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) a exclusão do impugnante, Genaro Mondelli Filho; (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.

- Impugnação apresentada por Vangélio Mondelli

A ciência do Auto de Infração ocorreu em 27/11/2015.

O impugnante, por intermédio de seu procurador, apresentou impugnação de fls 14.656/14.701 para contestar o lançamento e a sujeição passiva. As considerações apresentadas nesta impugnação são muito similares àquelas apresentadas na impugnação do Sr. Genaro Mondelli Filho, entretanto, serão aqui relatadas já que a ambos foi atribuída a responsabilidade solidária.

Inexistência da Responsabilidade Tributária Passiva Atribuída

Inicialmente, alega que a autoridade fiscal imputou a responsabilidade solidária por excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, com fundamento no art. 135 do CTN, ao impugnante, na suposição que o Sr. Vangélio Mondelli seria administrador da empresa, com base em sua nomeação como diretor responsável pelo espólio de seu genitor, sócio da autuada. A sua inclusão no contrato social da empresa, decorreu de sua função de representante do espólio de seu genitor Genaro Mondelli, pois detinha a função judicial de inventariante do espólio.

Esclarece que apesar de filho de sócio e fundador da empresa fiscalizada, nunca participou da gestão da mesma, não detendo cargo de diretor ou gerente, e nem mesmo integrando o quadro societário da autuada. Alega que sua relação com a empresa autuada era restrita à trabalhista, pois era mero funcionário da empresa, regularmente registrado, na função/cargo de comprador I no ano de 2001, e que desenvolveu tal cargo/função ostensivamente até pouco tempo posterior ao falecimento de seu pai, ocorrido em

01/fevereiro/2008, quando o fato de ser filho/herdeiro do sócio falecido passou a incomodar os gestores da empresa, terminando por ser demitido em 01/outubro/2010, ocasião em que suas funções profissionais e inerentes ao cargo de comprador, já estavam totalmente encerradas pela gestão contemporânea.

Alega que a responsabilidade atribuída com fulcro no art. 135 do CTN não tem razão de ser, primeiro porque 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. Afirma que o ato doloso deve estar claramente indicado e provado, todavia não consta nos autos a indicação, nem mesmo prova de que o impugnante tenha praticado qualquer ato que leve a presunção fiscal de responsabilidade.

Sustenta que a simples juntada de informação de que o impugnante fora alçado, por disposição contratual, a condição de administrador, nada prova e não indica qualquer ato ou ação do impugnante.

Acrescenta 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, não cabendo inverter-se o ônus probandi de demonstrar a existência das circunstâncias ensejadoras da responsabilidade do impugnante.

Segundo o impugnante, a autoridade fiscal ao deixar de instaurar procedimento prévio e de intimar os "responsáveis solidários" no curso da ação fiscal, intimando-os 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.

Aplicação da Verdade Material

Afirma 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 autoridade fiscal fez referência a depósitos bancários sem qualquer nexo 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 nexo 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 fiscalização 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).

Inocorrência do fato gerador

Assevera que não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, não havendo, por isso, justa causa para o lançamento, já que a fiscalização 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.

Acrescenta que a jurisprudência judicial e administrativa firmaram entendimento que os depósitos bancários não representam aquisição de disponibilidade econômica.

Por fim, conclui 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".

Inaplicabilidade da multa qualificada

Contesta 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.

Ressalta 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”.

Pedido final

Ao final, requer: (a) que se receba, aprecie e julgue procedente a presente impugnação, determinando, por via de consequência, a anulação dos 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) a exclusão do impugnante, Vangélio Mondelli; (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.

Apreciada a impugnação, o lançamento foi mantido em seus exatos termos, inclusive no que diz respeito a atribuição da solidariedade aos sócios, nos termos da ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2010

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.

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.

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 aplicar a multa, 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.

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.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformados, os solidários interpuseram recurso voluntário com vistas a obter a reforma do julgado, repisando em síntese os argumentos já considerados em suas impugnações, a exceção do responsável Martinho Modelli que traz para discussão existência de cinco ações judiciais propostas por ele em face dos demais responsabilizados que envolvem discussão a respeito da administração do patrimônio comum a eles e sua divisão. Andréia que já não havia impugnado, também não recorreu.

Voto

Conselheira Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin - Relatora

Os recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, por isso, deles conheço.

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 (fls.) 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..

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.).

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 7351, 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 2010, 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 2010, decorre, segundo a fiscalização, do reconhecimento da conduta dolosa em omitir-se as receitas movimentadas na conta 7351, 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.).

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.

Não assiste razão ao Recorrente Genaro Filho, pois conforme prova dos autos ele era o administrador com procuração, assinou nota promissória e não há como sustentar sua ignorância sobre a existência do "caixa dois" por venda de mercadoria sem nota.

Motivo pelo qual, também não há como afastar a qualificação da multa dada a constatação de "caixa dois", que deflagra o preenchimento dos seus requisitos de incidência, como a fraude, a sonegação e o conluio não se manifestaram no presente caso.

Recurso Voluntário: Martino Mondelli (fls.).

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.

Nessa esteira, cumpre destacar que a Recorrente efetivamente insurgiu-se contra a administração da falida e de sua gestão, desde meados do ano de 2006, por meio das seguintes medidas, dentre outras:

- Ação de divisão de coisa comum, Processo n. 0008091- 56.2006.8.26.0071, N. Ordem – 408/2006, que tramitou pela 5ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP; onde discutiu-se a correta divisão dos bens pertencentes aos Sócios (Produtor Rural), a fim de ser respeitado o percentual de MARTINO, ante a má gestão dos administradores dos bens, que tinha repercussão na Falida;

- Ação de Exibição de Documentos, N. Processo – 0018395-17.2006.8.26.0071; 071.01.2006.018395-9, N. Ordem – 762/2006, que tramitou pela 7ª Vara Cível da Comarca de Bauru/SP; sendo este feito julgado procedente, determinando para que o FRIGORÍFICO exibisse as notas fiscais de produtor referentes aos fornecimentos indicados na inicial, com exceção daquelas atinentes a fatos geradores já consumidos pela decadência tributária, por ocasião da citação; b)- documentos de sua escrituração fiscal ou contábil que demonstre a forma de pagamento dos mesmos fornecimentos; c)- cópia dos cheques entregues como forma de pagamento (nos quais já contidos menção ao banco, número das cártulas, data do pagamento e dados da conta bancária).

- Ação anulatória de reunião de sócios c/c nulidade de alteração contratual, Processo n. 0029788-02.2007.8.26.0071 – 1ª Vara Cível da Comarca de Bauru. Nesta ação noticiou-se, desde 2006, o complemento alijamento de MARTINO na administração da sociedade, descrevendo-se detalhes de seus acessos limitados aos assuntos da empresa e informando sua exclusão da administração da sociedade. Não obstante à estas questões, naquela época MARTINO vinha tentando se inteirar dos negócios, mas sendo repellido pelos desentendimentos entre os administradores, culminando na total privação de maiores informações sobre as decisões tomadas pela administração.

- Noticiou-se também o Agravo de Instrumento nº 461.225.4/4-00, onde MARTINO, em absoluta demonstração de boa-fé e certeza de suas alegações, requereu

préstimo de caução das quotas sociais que possuía junto ao Frigorífico (22,5%) proveniente dos lucros advindos de todas as propriedades rurais comuns, sob a alegação de que estava, de

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 7351 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 (manter a multa qualificada e a decadência pelo 173).

Defendendo a aplicação do artigo 150, § 4º, do CTN, os recorrentes ressaltam 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, excluo 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 afasto a qualificação da multa de ofício e agravada.

JUROS SELIC

Quanto a possibilidade de incidência de juros moratórios à taxa referencial do sistema SELIC, a Súmula CARF n. 4, assegura a sua legitimidade.

***Súmula CARF nº 4:** 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.*

Pelo exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário para afastar as arguições de nulidade e, no mérito, negar provimento ao recurso da Contribuinte Mondelli Indústria de Alimentos S.A e do apontado como responsável solidário, o Sr. Gennaro Mondelli Filho, dando provimento e afastando a responsabilidade tributária de Antonio Mondelli, Constantino Mondelli, José Mondelli, Braz Mondelli, e Martino Mondelli.

(assinado digitalmente)

Luciana Yoshihara Arcangelo Zanin.

-