



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

Processo nº 15540.720447/2014-72
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **1402-000.354 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Data 3 de fevereiro de 2016
Assunto IRPJ
Recorrente INDUSTRIA DE ALIMENTOS PATA NEGRA LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, determinar o retorno dos autos à Unidade de origem para que os coobrigados sejam intimados da decisão de primeira instância, retomando-se o rito processual a partir daí, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

(assinado digitalmente)

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente.

(assinado digitalmente)

FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: LEONARDO DE ANDRADE COUTO, DEMETRIUS NICHELE MACEI, LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO, LEONARDO LUIS PAGANO GONCALVES, FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR.

Relatório

INDUSTRIA DE ALIMENTOS PATA NEGRA LTDA - EPP recorre a este Conselho contra decisão de primeira instância proferida pela 3ª Turma da DRJ Ribeirão Preto/SP, pleiteando sua reforma, com fulcro no artigo 33 do Decreto nº 70.235 de 1972 (PAF).

Por pertinente, transcrevo o relatório da decisão recorrida (*verbis*):

“Em ação fiscal procedida na contribuinte acima identificada foi constatada OMISSÃO DE RECEITA oriunda de depósitos bancários de origem não comprovada.

Foi lavrado Auto de Infração (AI) para exigência do IRPJ e, em decorrência, os AI(s) que exigem CSLL, PIS e Cofins, totalizando crédito tributário no montante de R\$ 52.607.389,08, conforme demonstrativo a seguir:

Tributo	Valor do tributo	Juros de mora (cálculo válido até dez/2014)	Multa de ofício 150%	Total
IRPJ	10.149.191,12	5.006.372,81	15.223.786,68	30.379.350,61
CSLL	3.657.661,61	1.804.320,85	5.486.492,43	10.948.474,89
PIS	670.593,67	335.546,04	1.005.890,54	2.012.030,25
Cofins	3.088.795,16	1.545.545,40	4.633.192,77	9.267.533,33

Relatou o autuante no Termo de Constatação Fiscal - TCF (fls. 8/24):

PARTE I - DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Durante os procedimentos de fiscalização da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda foi apurado que todos os seus sócios, desde os fundadores até os atuais, não apresentam condições nem econômica e nem financeira de serem donos de uma indústria de elevada movimentação financeira, da ordem de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) mensais.

Apurou-se também que essas pessoas, ou têm vínculo familiar ou empregatício com Fernando Moutinho Thoni ou Reinaldo Pereira Fialho, e que alguns deles tiveram seus nomes usados duas ou mais vezes na elaboração de Contrato Social de empresas fundadas em nome de interpostas pessoas. Como exemplo, temos o caso de João da Silva Sobrinho, sogro de Reinaldo Pereira Fialho, que além de constar como sócio fundador da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, teve o seu nome usado na composição do quadro societário das empresas Frigorífico Industrial do Laranjal Ltda, RPF 81 Indústria e Comércio de Carnes Ltda e Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda, conforme provam os Contratos Sociais e suas Alterações, anexadas ao processo.

Diante desses fatos e aprofundando-se a investigação dessa situação, foi apurado que nos últimos 10 anos Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho fundaram empresas em nome de interpostas pessoas, para exercerem a mesma atividade econômica - fabricação de produtos de carne (CNAE: 1013-9-01), com sede nos mesmos imóveis (sendo dois deles de suas propriedades) e usando sempre os serviços do Escritório Contábil Freitas Ltda, situado na Rua Aurelino Leal, nº 52, apartamento 201, Centro, Niterói, RJ, endereço utilizado por Reinaldo Pereira Fialho, até agosto de 2013, como seu domicílio fiscal.

O procedimento de caráter doloso, consiste em fundar empresa em nome de interpostas pessoas, desprovidas de condições financeiras e patrimoniais, funcionar durante um certo período e depois extingui-la, criando outra em seu lugar para continuar exercendo as mesmas atividades econômicas, usando os mesmos imóveis e a mesma estrutura operacional. A intenção é de se excluírem de responsabilidades decorrentes de obrigações assumidas pelas empresas perante a terceiros, inclusive o Tesouro Nacional.

Tudo começou em 25/06/2001 com a fundação da Nova Monterey Indústria o Comércio Ltda, CNPJ: 04.530.542/0001-27, em nome do João da Silva Sobrinho (sogro Reinaldo Pereira Fialho) e de Demilce Lourenço, sendo este substituído em 15/05/2003 por Marcelo Luis de Souza. A empresa funcionou na Rua Cardeal Arco Verde, nº 23, Laranjal, São Gonçalo e em 26/10/2006 foi dada baixa da mesma na Junta Comercial, através do Distrato Social assinado em 03/05/2006.

Para prosseguir com as atividades comerciais que eram realizadas pela Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda, Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho criaram em 16/03/2005 a Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, em nome de Jovelina de Souza da Silva (sogra Reinaldo Pereira Fialho) e de Zózimo Luiz Fereguetti Braga (trabalhou na Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda). A sede da nova empresa inicialmente era na Rua Gomes Teixeira nº 28, Laranjal, São Gonçalo e em 10/11/2006 foi transferida para a Rua Cardeal Arco Verde nº 23, Laranjal, São Gonçalo, imóvel onde também funcionou a extinta Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda. Em 13/06/2006 criou uma filial, que permaneceu em atividade até 03/12/2007 no depósito existente na Rua Gomes Teixeira nº 260, Laranjal, São Gonçalo. Em 04/05/2009, os sócios assinaram um Distrato Social, dando por encerrada as atividades da empresa.

Antes de oficializar o fim da Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda e, para dar continuidade as suas atividades econômicas, fundaram em 11/07/2008 a empresa Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, voltando a usar os nomes de João da Silva Sobrinho e de Marcelo Luiz de Souza, que como relatado anteriormente, foram sócios na Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda. Esta empresa ainda está ativa e funciona na Rua Gomes Teixeira nº 260, Laranjal, São Gonçalo.

Como prova da mudança simulada dos nomes dessas empresas, temos os documentos apresentados a seguir, anexados ao processo:

- as páginas 15 a 16 da Carteira de Trabalho de Jorge Luiz Nunes provam que este funcionário trabalhou nessas três empresas;
- as páginas 12 e 13 da Carteira de Trabalho de Moyses Velasco de Oliveira Ribeiro mostra que esta pessoa trabalhou, após ser demitido da Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda em 18/12/2008, foi admitido na Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, em 15/01/2009;
- nas páginas 14 a 16 da Carteira de Trabalho de Reinaldo Pereira Fialho verifica-se que este dono de fato da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda trabalhou nessas três empresas no cargo de Gerente de Produção;
- dos nove caminhões pertencentes à Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, seis vieram da Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, como provam os documentos apresentados pela fiscalizada em atendimento ao Termo de Intimação nº 2 (cópia em anexo). Diante

dos fatos acima relatados e comprovados na Parte II do presente Termo, fica evidente que o que está escrito no Contrato Social da indústria de Alimentos Pata Negra Ltda não corresponde integralmente à realidade, ou seja, estamos diante daquela situação em que a realidade fática prevalece sobre qualquer instrumento formal, isto é, os verdadeiros donos e administradores da empresa não são as pessoas que constam no Contrato Social e Alterações como sendo os sócios da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, e sim Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho.

Portanto, caracterizada a utilização de forma dolosa, fraudulenta e simulada de "laranjas" com a intenção de ocultar os verdadeiros sócios, administradores e beneficiários econômicos das atividades exercidas pela empresa, fugindo desta maneira do cumprimento das obrigações tributárias e dificultando o conhecimento e a exigência por parte do Fisco dos créditos tributários devidos, a fiscalização, com base nos termos do artigo 167 do Código Civil e dos artigos 135, 136, 137 e 149 (inciso VII) do Código Tributário Nacional, imputou a Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho a responsabilidade tributária pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Acrescente-se ainda que, em virtude da ocorrência de fatos que em tese, configuram crimes contra a ordem tributária, definidos pelos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será lavrada a competente Representação Fiscal Para Fins Penais, em cumprimento ao disposto no art. 1º do Decreto nº 2.730, de 10 de agosto de 1998 e no art. 1º da Portaria SRF nº 2.439, de 21 de dezembro de 2010, alterada pela Portaria RFB nº 3.182, de 29 de julho de 2011.

PARTE II - DA COMPROVAÇÃO DOS DONOS DE FATO

1. DOS IMÓVEIS USADOS PELA EMPRESA

No desempenho de suas atividades econômicas, a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda utiliza dois imóveis próximos, localizados no Bairro de Laranjal, São Gonçalo, RJ, descritos a seguir:

1.1 - RUA CARDEAL ARCO VERDE, LOTE 23, QUADRA 83

Segundo Certidão em anexo, emitida em 12/06/2014 pelo Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição da Comarca de São Gonçalo, RJ, este imóvel, desde abril do ano 2000, pertence em condomínio a Fernando Moutinho Thoni (14%), Reinaldo Pereira Fialho (30%) e Walter Bonifácio de Freitas (56%).

O contribuinte, através do item 2 do Termo de Intimação nº 6 em anexo, foi intimado em 02/06/2014, a apresentar o Contrato de Locação deste imóvel. Em resposta entregue a fiscalização em 01/07/2014, o mesmo informou que "a empresa utiliza o espaço em caráter documental precário, tendo em vista a não localização do contrato que dá respaldo a ocupação".

Diante da informação acima, o proprietário Walter Bonifácio de Freitas, detentor de mais de 50% do imóvel, por meio do Termo de Intimação recebido em 05/08/2014, foi intimado a apresentar o Contrato de Locação. Compareceu à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Niterói e informou "que não possui a Contrato de Locação, pois ha muito tempo não vai no imóvel e que o mesmo é administrado pelo Reinaldo Pereira Fialho", conforme consta no Termo de Declaração assinado pelo mesmo em 27/08/2014 (documento em anexo).

Foi então solicitado ao contribuinte, no item 2 do Termo de Intimação nº 8 recebido em 16/10/2014, que apresentasse à fiscalização os recibos de pagamentos dos aluguéis deste imóvel. Em sua resposta entregue em 12/11/2014, o mesmo declarou que "Não dispomos de aludidos recibos, uma vez que não efetuamos qualquer pagamento referente ao imóvel citado".

Dos fatos apurados acima, devidamente documentados, provam que este imóvel é cedido gratuitamente para a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda desenvolver as suas atividades econômicas, em virtude da mesma pertencer efetivamente a Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho.

1.2 - RUA GOMES TEIXEIRA, Nº 260

Este imóvel, de acordo com as informações contidas na Certidão em anexo, emitida em 12/06/2014 pelo Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição da Comarca de São Gonçalo, RJ, pertenceu a empresa Repla Indústria e Comércio de Plásticos Ltda, até o início de janeiro de 2013.

Foi solicitado ao contribuinte no item 2 do Termo de Intimação nº4 recebido em 15/08/2013, que apresentasse à fiscalização o contrato de locação deste imóvel.

Em sua resposta entregue à fiscalização em 18/09/2013, o contribuinte informou no item 4 que este imóvel é usado gratuitamente pela empresa, apresentando como prova um Contrato Particular de Comodato e uma Cessão e Transferência de Contrato de Comodato.

Do exame do Contrato Particular de Comodato assinado em 01/11/2005 (cópia em anexo), verifica-se que o imóvel foi cedido gratuitamente, pelo prazo de 10 anos, à empresa Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, e que Reinaldo Pereira Fialho assinou este documento na condição de segunda testemunha, como consta no carimbo de reconhecimento de firma feita pelo Cartório de Itaipu, Niterói, RJ.

Em 01/09/2008 foi assinado o Contrato de Cessão e Transferência de Contrato de Comodato (cópia em anexo), em que o Contrato Particular de Comodato é transferido pela Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda para a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Este documento é um dos que provam que os fatores de produção usados pela Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda foram transferidos para a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Além disso, Zózimo Luiz Feregueti Braga, o sócio da Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda que representou a empresa neste documento, se tornou empregado da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, de acordo com as informações contidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais -CNIS, anexado ao processo.

Este imóvel, em 08/01/2013, foi arrematado por Antônio Manuel Correia dos Reis e Willian de Souza Leão Mateik, conforme a já citada Certidão do Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição da Comarca de São Gonçalo (cópia em anexo). Em decorrência, foi solicitado ao atual proprietário Antônio Manuel Correia dos Reis, por meio do Termo de Intimação recebido em 31/07/2014, o atual Contrato de Locação.

Do exame do Contrato de Locação apresentado pelo novo proprietário em atendimento à fiscalização e anexado ao processo, verifica-se que o imóvel foi cedido em locação à Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, pelo prazo de 5 anos a partir de 01/03/2013 mediante o pagamento de aluguel no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais)

mensais, tendo como fiador Fernando Moutinho Thoni e como testemunhas, Reinaldo Pereira Fialho (CPF: 407.888.817/87) e Lauro Moutinho (CPF: 025.454 207-78), pai de Fernando Moutinho Thoni.

Este Contrato de Locação é mais um documento de prova de que a empresa Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda pertence de fato a Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho, pois foram estas pessoas e o pai da primeira que viabilizaram a uso deste imóvel.

Acrescente-se ainda que a fiscalização, através do exame dos Contratos Sociais e suas Alterações, apurou que deste de junho de 2001, estes dois imóveis também foram usados pela Nova Monterey Indústria e Comercio Ltda. Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, Salgados Carangola Indústria e Comércio Ltda, empresas, que como dito anteriormente, foram fundadas por Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho usando interpostas pessoas, para exercerem a mesma atividade econômica da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

2. DAS DECLARAÇÕES DE EX-EMPREGADOS DA EMPRESA

Diante dos fortes indícios de uso de interpostas pessoas no quadro societário da empresa, apurados pela fiscalização no decorrer da ação fiscal, algumas pessoas que trabalharam na Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda foram intimadas a prestarem esclarecimentos sobre o funcionamento da mesma.

Dos depoimentos prestados por esses ex-funcionários à fiscalização, foram lavrados os competentes Termos de Declaração, anexados ao processo, e que terão os seus conteúdos apresentados a seguir, de forma resumida.

2.1 - ANSELMO PESSOA DA ROCHA

Trabalhou no cargo de motorista na Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda no período de 01/12/2009 a 12/03/2012, como provam as folhas da sua Carteira de Trabalho (cópias em anexo).

Intimado em 04/07/2013, prestou as informações abaixo, declarando que:

- dirigia os caminhões da empresa na operação de distribuição dos seus produtos a supermercados, açougues, etc.
- o dono da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é Reinaldo Pereira Fialho, segundo o comentário entre os empregados da empresa.
- não conheceu e nunca ouviu falar nos sócios João da Silva Sobrinho e Gesse Valença.
- o sócio Marcelino Pereira Fialho aparecia eventualmente na empresa e era dono de uma fábrica de massa de pastéis situada no município de Nilópolis.
- Marcelo Luiz de Souza, que no Contrato Social consta como sócio, trabalhava na empresa colocando etiquetas identificadoras dos produtos produzidos pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

2.2- JORGE LUIZ NUNES DA SILVA

Segundo as anotações na sua Carteira de Trabalho (cópia em anexo), foi funcionário da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda no período de 06/03/2009 a

11/04/2011, ocupando o cargo de motorista de caminhão. Verifica-se nas folhas 15 e 16 de sua Carteira de Trabalho que também foi empregado da Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda e Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda. empresas antecessoras da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Em atendimento ao Termo de Intimação recebido em 03/07/2013, compareceu na Receita Federal em 09/07/2013, declarando que:

- trabalhou na empresa dirigindo caminhões na operação de distribuição dos seus produtos a supermercados, açougues, etc.
- o dono da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é Reinaldo Pereira Fialho.
- não conhece os sócios João da Silva Sobrinho e Gesse Valença.
- o sócio Marcelino Pereira Fialho trabalhou na empresa aproximadamente uns 3 meses, tendo saído para ir trabalhar numa fábrica de massa de pastéis.
- conhece o sócio Marcelo Luiz de Souza, que trabalhava na empresa recebendo mercadorias dos fornecedores da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

2.3- JORGE LUIZ DA SILVA CARVALHO

De acordo com as informações contidas na sua Carteira de Trabalho (cópia em anexo), foi contratado pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda em 12/04/2011 para o cargo de serviços gerais, tendo trabalhado até 02/09/2011.

Em 30/04/2013 compareceu ao Serviço de Fiscalização, atendendo ao Termo de Intimação recebido em 11/04/2013. declarando que:

- a sua atividade na empresa era descarregar carcaça de suínos dos caminhões e salgá-las numa máquina giratória.
- o dono da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é Reinaldo Pereira Fialho.
- não conhece e nunca ouviu falar em Gesse Valença.
- conheceu Marcelino Pereira Fialho na empresa, que também ajudava a descarregar os caminhões.

2.4- MOYSÉS VELASCO DE OLIVEIRA RIBEIRO

De 15/01/2009 a 03/02/2011 ocupou o cargo de ajudante de caminhão na Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, como está registrado em sua Carteira de Trabalho (cópia em anexo). Como se verifica nas anotações da folha 12 de sua Carteira de Trabalho, também foi funcionário da Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda. empresa que foi transformada na atual Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Atendendo ao Termo de Intimação recebido em 05/07/2013. compareceu a DRF/Niterói em 09/07/2013, prestando as seguintes informações:

- trabalhou na empresa como ajudante de caminhão na entrega de produtos da empresa
- o dono da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é Reinaldo Pereira Fialho.
- não conhece os sócios João da Silva Sobrinho. Marcelo Luiz de Souza e Gesse Valença.
- conhece o sócio Marcelino Pereira Fialho, pois algumas vezes esta pessoa ia na Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda para acertar a entrega de produtos da empresa para uma fábrica de massa de pastéis localizada no Município de Olinda.

3. DA TRANSFERÊNCIA DE RECURSOS PARA OS DONOS DE FATO

Nos extratos da conta corrente nº 148.510-5 (cópia em anexo), mantida pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda na agência 3375 do Banco BRADESCO S/A, existem inúmeras transferências financeiras para o Posto Jardim Ubá Ltda.

A fiscalização, examinando a Oitava Alteração Contratual desta empresa, anexada ao processo, apurou que desde abril de 2003 a mesma pertence a Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho.

Foi apurado também, que esta empresa é um posto de gasolina, localizado na Estrada Francisco da Cruz Nunes. nº 5.874, Itaipu. Niterói, RJ, a cerca de 26 quilômetros da sede da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda. e conseqüentemente, os seus caminhões para se abastecerem de combustível no Posto Jardim Ubá Ltda teriam que percorrer cerca de 52 quilômetros de ida e volta, levando aproximadamente uma hora para realizarem esse percurso.

Considerando as informações acima e tendo em vista que a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda fica a cerca de 700 metros da Estrada RJ 104, também conhecida como Rodovia Niterói Manilha, onde existem inúmeros postos de gasolina bem mais próximos, conclui-se que o abastecimento no Posto Jardim Ubá Ltda seria totalmente irracional do ponto de vista econômico e operacional.

Dos fatos acima apurados e considerando as informações contidas em outros tópicos deste Termo de Constatação Fiscal, conclui-se que as transferências financeiras da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda para o Posto Jardim Ubá Ltda, representa um artifício usado por Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho para retirarem recursos, em benefício próprio, da empresa que fundaram em nome de interpostas pessoas.

Desta forma, como provam as TED-T emitidas pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda a favor do Posto Jardim Ubá Ltda. relacionadas por datas e valores na tabela apresentada a seguir. Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho receberam no ano de 2009 através desse esquema, a importância de R\$ 1.074.653.00 (um milhão, setenta e quatro mil. seiscentos e cinquenta e três reais).

2009	
DIA/MÊS	VALOR (R\$)
04/02	64.000,00
03/03	76.000,00
26/03	50.000,00
27/03	60.000,00
24/04	110.000,00
27/05	50.000,00
26/05	40.653,00
30/06	110.000,00
24/07	100.000,00
27/07	69.000,00
28/07	90.000,00
02/10	65.000,00
27/10	65.000,00
26/11	65.000,00
18/12	60.000,00
TOTAL	1.074.653,00

Além dessas TED, a amostra aleatória de 19 (dezenove) cópias de cheques solicitadas pela fiscalização ao Banco BRADESCO S/A revelaram que 4 (quatro), ou seja, 21% foram destinados direta ou indiretamente para essas pessoas.

Assim, o cheque nº 002968 de 03/12/2009 no valor de R\$ 30.000,00 (cópia em anexo) foi emitido em nome do Posto Jardim Ubá Ltda.

Já os 3 (três) cheques relacionados abaixo (cópia em anexo), tendo como beneficiário Fernando Moutinho Thoni, provam que só em outubro de 2009 recebeu diretamente da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, a importância de R\$ 398.000,00 (trezentos e noventa e oito mil reais).

cheque nº 002433 de 09/10/2009 R\$ 163.000,00

cheque nº 002438 de 13/10/2009 R\$ 137.000,00

cheque nº 002518 de 16/10/2009 R\$ 98.000,00

Total R\$398.000,00

4. DOS SUPOSTOS SÓCIOS DA EMPRESA

Segundo o Contrato Social e suas Alterações, anexados ao processo, a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda teve até a presente data 6 (seis) sócios, relacionados a seguir:

4.1 - SÓCIOS FUNDADORES:

A) JOÃO DA SILVA SOBRINHO

Conforme a Cláusula Segunda do Contrato Social assinado em 10/06/2008, esta pessoa, que é sogro de Reinaldo Pereira Fialho, teria investido a importância de R\$ 45.000,00 na integralização de 95% do Capital Social da empresa.

Todavia, as informações contidas na Declaração de Ajuste Anual do Exercício de 2009, Ano-Calendário de 2008 (cópia em anexo), a última Declaração que entregou à Receita Federal, revelam que ele não dispunha de recursos de natureza econômica e financeira para fazer essa aplicação.

Assim, essa Declaração mostra que nesse ano os seus rendimentos foram de apenas R\$ 6.515,00 e o seu patrimônio era formado apenas por "dinheiro em espécie", que no início de 2008 era de R\$ 35.840,00 e ao final do ano aumentou para R\$ 37.000,00.

Outra irregularidade do Contrato Social é o endereço da residência de João da Silva Sobrinho. Neste documento está escrito que João da Silva Sobrinho reside na Rua Pedro Ferreira, lote 14, quadra 126, Santa Luzia, São Gonçalo, RJ, pertinho da sede da empresa. Porém, o Termo de Intimação enviado para este local, voltou com o envelope carimbado pelos Correios com a informação de que "não existe o número indicado".

Em declaração à fiscalização, a sua esposa, Jovelina de Souza da Silva, informou que residem a muitos anos numa casa simples no município de Santo Antônio de Pádua, Estado do Rio de Janeiro, situada na Rua Picando de Abreu, s/º, no Bairro de Monte Alegre e que o seu esposo faleceu em junho de 2013. Declarou também que era muito comum o seu genro, Reinaldo Pereira Fialho, usar os seus nomes na confecção de Contratos Sociais visto que eles não correriam nenhum risco em decorrência do que viesse acontecer com as empresas em virtude de não possuírem nenhum patrimônio.

Assim, o seu nome foi usado para compor o quadro societário da empresa Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carnes Ltda e do seu esposo, João da Silva Sobrinho, foi usado nas empresas Frigorífico Industrial do Laranjal Ltda de 15/06/1998 a 03/03/2000, RPF 81 Indústria e Comércio de Carnes Ltda de 30/11/1999 a 01/04/2002, Nova Monterey Indústria e Comércio de Carnes Ltda de 25/06/2001 a 26/10/2006, Frigorífico Pata Negra Ltda de 03/04/2008 a 09/07/2008 e Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda de 11/07/2008 a 05/05/2010, conforme provam as fichas cadastrais e Contrato Sociais em anexo.

Outra inverdade contida no Contrato Social da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é o que está escrito na Quarta Cláusula, que diz que "A administração dos negócios da sociedade será exercida pelo sócio João da Silva Sobrinho, isoladamente. Esta tarefa é humanamente impossível para uma pessoa residente em Santo Antônio de Pádua, cidade situada a cerca de 250 quilômetros da sede da empresa, ou seja, para ir da sua residência a sede da empresa e voltar para casa, este sócio administrador, na época com 80 anos (nasceu em 08/10/1928), gastaria aproximadamente 7 horas por dia.

B) MARCELO LUIZ DE SOUZA

Consta como sendo o outro sócio fundador da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, possuindo os restantes 5% do Capital Social.

Segundo informações contidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS anexada ao processo, no período de 10/06/1996 a 13/09/1999 trabalhou na empresa Frigorífico Industrial do Laranjal Ltda. Em 19/10/1999, um mês após sair da empresa anterior, foi admitido na RPF 81 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, onde trabalhou até 10/09/2002. Estas empresas pertencem de fato a Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho, porém com quadro societário constituído por interpostas pessoas.

Em 10/10/2002, um mês após sair da RPF 81 Indústria e Comércio de Carnes Ltda, deixou de ser empregado e virou empresário, passando a constituir, juntamente como João da Silva Sobrinho, o outro sócio fundador da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, o quadro societário da Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda.

Trata-se de pessoa de baixo poder aquisitivo, que desde o Exercício de 2007, não tem apresentado as Declarações de Ajuste Anual, segundo os dados cadastrais em anexo. Na última Declaração entregue à Receita Federal, a do Exercício de 2006 (cópia em anexo), está informado que no ano-calendário de 2005 os seus rendimentos foram de R\$ 7.060,00 e o seu patrimônio era de R\$ 10.000,00, referente a 20% das cotas do Capital Social da Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda.

No Contrato Social da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda consta que este sócio também reside na Rua Pedro Ferreira, lote 14, quadra 126, Santa Luzia, São Gonçalo, RJ, ou seja, de acordo com o documento de constituição da empresa os dois sócios fundadores e seus familiares moram na mesma casa.

Trata-se de mais uma inverdade escrita no documento de fundação da empresa pois, de acordo com informações contidas no Cadastro da Receita Federal e no Cadastro Nacional de Informações Sociais (documentos em anexo), esta pessoa reside a muito tempo em Magé, na Rua 08 de Dezembro, no Bairro Parque Azul.

O seu nome também foi usado em 03/04/2008 para compor o quadro societário da empresa Frigorífico Pata Negra Ltda, conforme dados cadastrais em anexo.

4.2 - SEGUNDA GERAÇÃO DE SÓCIOS

A) GESSE VALENÇA

De acordo com a Primeira Alteração Contratual assinada em 24/02/2010 (cópia em anexo), comprou por R\$ 45.000,00 todas as 4.500 cotas que pertenciam a João da Silva Sobrinho.

Este novo sócio, como provam as informações contidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS em anexo, desde agosto de 2006 é empregado com vínculo rural de Lauro Thoni, pai de Fernando Moutinho Thoni, um dos donos de fato da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

No período de junho de 2009 a janeiro de 2011, o seu nome também foi usado para compor o quadro societário da empresa Salgados Carangola Indústria e Comércio Ltda, conforme Contrato Social em anexo. A sede desta empresa é na Rua Cardeal Arco Verde, Lote 23, Quadra 83, Laranjal, São Gonçalo, imóvel que também é usado pela Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda. O outro sócio da Salgados Carangola Indústria e Comércio Ltda é Zózimo Luiz Fereguetti Braga, pessoa que virou empregado da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, segundo informações contidas no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, anexada ao processo.

Uma outra irrealidade da Primeira Alteração do Contrato Social da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda é a que estabelece que "A administração da sociedade será exercida pelo sócio Gesse Valença" . É uma função impossível para uma pessoa que reside a muitos anos em Macaé, cidade situada a cerca de 170 quilômetros da sede da empresa. Assim, para este sócio, diariamente, sair da sua residência e ir administrar a empresa em Laranjal e voltar para casa, gastaria aproximadamente 5 horas por dia.

B) MACELINO PEREIRA FIALHO

Segundo as informações contidas no cadastro da Receita Federal em anexo, esta pessoa é filho de Geni de Matos Navarro Fialho, mãe de Reinaldo Pereira Fialho, ou seja, é o irmão do dono de fato da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda e que teve o seu nome usado para compor o quadro societário da empresa.

De acordo com a Segunda Alteração Contratual (cópia em anexo), assinada em 10/05/2010, teria adquirido pela importância de R\$ 5.000,00, todas as 5000 cotas que estavam em nome do sócio fundador Marcelo Luis de Souza.

4.3-SÓCIOS ATUAIS

A) JOSÉ EDUARDO PLATNER CESÁRIO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por FREDERICO AUGUSTO GOMES DE ALENCAR, Assinado digitalmente em 28/03/2016 por LEONA RDO DE ANDRADE COUTO

Impresso em 28/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foi empregado da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda durante nove meses, tornando-se sócio da empresa após esse período.

De acordo com os dados contidos na Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS (cópia em anexo), começou a trabalhar na empresa em 06/12/2012 e foi demitido em 02/09/2013. Neste mesmo dia assinou a Quinta Alteração Contratual da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda (cópia em anexo), onde consta que teria adquirido todas as cotas do Capital Social que pertenciam a Marcelino Pereira Fialho, o irmão de Reinaldo Pereira Fialho.

B) LUIS CARLOS CORRÊA BARBOSA

Em 02/09/2013, assinou a Quinta Alteração Contratual da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, tornando-se sócio majoritário, com 90% do Capital Social, ao adquirir por R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), as 4.500 cotas pertencentes a Gesse Valença, conforme o disposto na cláusula primeira.

Todavia, as informações contidas na Declaração de Ajuste Anual do Exercício de 2014 (cópia em anexo) e na DIRF apresentada pelo Bom Market Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda (cópia em anexo), empresa onde trabalhou até 18/09/2013, conforme dados do Cadastro Nacional de Informações Sociais -CNIS (cópia em anexo), mostram que esta pessoa não dispunha de recursos financeiros para adquiriras 4.500 cotas da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

O exame desses documentos revelam que até setembro de 2013 este novo sócio recebeu da Bom Market Comércio de Gêneros Alimentícios Ltda o montante de R\$ 33.283,04, referente a salários e décimo terceiro, conforme demonstrado a seguir:

salário bruto R\$ 35.002,77

décimo terceiro líquido R\$ 2.289,34

imposto de renda retido na fonte R\$ (918,07)

contribuição à previdência oficial R\$ (3.091,00)

R\$ 33.283,04

Se adicionarmos a essa importância os rendimentos recebidos da caderneta de poupança (R\$ 355,86) e mais o saldo que tinha em 01/01/2013 na Poupança do Banco Itaú Unibanco S/A, no valor de R\$ 8.834,05, conclui-se que o total de recursos financeiros disponíveis por esta pessoa era de R\$ 42.472,95.

Como parte desse dinheiro foi consumido com alimentação, transporte, luz, telefone, água e outros gastos pessoais durante os meses de janeiro a agosto de 2013, fica evidente que Luis Carlos Corrêa Barbosa não dispunha de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) para comprar as 4.500 cotas da empresa, como está escrito na cláusula primeira Quinta Alteração Contratual da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

Outro fator agravante a ser levado em consideração é que uma empresa do porte da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda com movimentação bancária mensal da ordem de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) segundo informações contidas nas DIMOF apresentadas pelo Banco BRADESCO S/A e que tem uma folha de pagamento anual de R\$ 1.194.738,42 referente a 52 funcionários, conforme informações da DIRF/2013 em anexo, nunca seria vendida pelo valor irrisório de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como estabelecido na Quinta Alteração Contratual.

Diante dos fatos apresentados acima, fica provado que Luis Carlos Corrêa Barbosa não tinha condição econômica para comprar 90% da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

5. DOS DONOS DE FATO DA EMPRESA

Fernando Moutinho Thoni e Reinaldo Pereira Fialho também têm diversos relacionamentos empresariais legalizados que, segundo informações levantadas pela fiscalização, já existem a pelo menos 15 (quinze) anos, e que estão citados abaixo:

Em 31/07/1999, segundo a Certidão da matrícula nº 30.688 (cópia em anexo), emitida em 12/06/2014 pelo Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição da Comarca de São Gonçalo, RJ, tornaram-se proprietários de um galpão para comércio com 384 (trezentos e oitenta e quatro) metros quadrados, edificado num terreno com 600 (seiscentos) metros quadrados, situado no nº 384 da rua Gomes Teixeira, Laranjal, São Gonçalo, RJ.

Em 10/04/2000, de acordo com as informações contidas na Certidão da matrícula nº 43.040 (cópia em anexo), emitida em 12/06/2014 pelo Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Circunscrição da Comarca de São Gonçalo, RJ, adquiriram o imóvel situado na Rua Cardeal Arco Verde, Lote 23, Quadra 83, Laranjal, São Gonçalo, RJ, que possui 600 (seiscentos) metros quadrados.

Em 01/04/2003, se tornaram sócios de um posto de gasolina, conforme a Segunda Alteração Contratual (cópia em anexo) da empresa Auto Posto Arrastão Ltda.

Na mesma data, 01/04/2003, adquiriram outro posto de gasolina, nas condições estabelecidas na Oitava Alteração Contratual (cópia em anexa) da empresa Posto Jardim Ubá Ltda.

A fiscalização também apurou que estas duas pessoas apresentam condições econômicas e financeiras mais do que suficientes para criar e colocar em funcionamento empresa com a dimensão da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, o que, como provado anteriormente, não ocorre com as pessoas que tiveram seus nomes usados para compor o quadro societário da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda e das empresas que a antecederam.

Do exame da Declaração de Ajuste Anual Simplificada do Exercício de 2009 de Fernando Moutinho Thoni (cópia em anexo), constata-se que em 2008, ano de fundação da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, esta pessoa auferiu rendimentos no total de R\$ 1.016.961,06 e seu patrimônio declarado aumentou de R\$ 2.638.045,97 em 01/01/2008 para R\$ 3.608.628,86 em 31/12/2008.

Como consequência da elevada condição econômica, Fernando Moutinho Thoni é o dono capitalista da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda, como se verifica do exame do Contrato de Locação (cópia em anexo) do imóvel situado na Rua Gomes Teixeira, nº 260, Laranjal, São Gonçalo, RJ, sede da empresa. Neste documento ele participa como fiador que, nos termos da cláusula XVI, é o "principal pagador e responsável pelo fiel cumprimento do presente contrato, sem exceção de quaisquer cláusulas, mesmo que o contrato passe a vigorar por tempo indeterminado".

Da mesma forma, Reinaldo Pereira Fialho, também dispunha de condições financeiras e patrimoniais para ser dono de verdade da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda.

A análise da sua Declaração de Ajuste Anual do Exercício de 2009 (cópia em anexo) mostra que o mesmo também recebeu em 2008 rendimentos significativos, no

montante de RS 918.209,95. além de ter feito uma doação de RS 750 000,00 para sua esposa Norma Sueli Sirva Fialho. Já o patrimônio do casal aumentou de RS 2.217.416,05 para RS 3.105 991,80 durante o ano de 2008.

A função deste outro dono da Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda era de administrar a empresa. Para tanto, se passava por empregado da mesma, ocupando o cargo de Gerente de Produção, como prova a cópia da página 16 da sua Carteira de Trabalho e Previdência Social em anexo.

Este mesmo procedimento foi adotado nas empresas que antecederam a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda. Nas páginas 14 e 15 da Carteira de Trabalho (cópia em anexo) estão os Contratos de Trabalho de Reinaldo Pereira Fialho com a Nova Monterey Indústria e Comércio Ltda e a Nova Friburguense 28 Indústria e Comércio de Carne Ltda, onde ocupou também o cargo de Gerente de Produção.

PARTE III - DA OMISSÃO DE RECEITA

No ano de 2009 a Indústria de Alimentos Pata Negra Ltda realizou movimentações financeiras no montante de R\$ 56.965.170,71, segundo as DIMOF apresentadas pelo Banco Bradesco S/A. Por outro lado, o contribuinte informou na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do exercício de 2010, anexada ao processo, que a receita bruta da empresa em 2009 foi de RS 16.277.889,35. valor bem inferior ao da movimentação financeira no período.

Visando identificar a origem da diferença apontada acima, o contribuinte, através do Termo de Início de Fiscalização recebido em 21/11/2011, foi intimado a apresentar os Livros Diário e Razão referentes à escrituração do ano de 2009, bem como os extratos bancários das movimentações financeiras que a empresa realizou nesse ano.

Em 08/12/2011, o contribuinte entregou à fiscalização uma carta, anexada ao processo, solicitando prorrogação de prazo de 20 dias para poder apresentar os extratos bancários solicitados no item 2 do Termo de Início de Fiscalização, o que foi concedido, em observância às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Em 17/01/2012, o contribuinte entregou à fiscalização os extratos bancários solicitados, bem como uma cópia do recibo de entrega dos Livros Diário e Razão em meio digital, atendendo desta forma as solicitações feitas no Termo de Início de Fiscalização.

Do exame dos extratos bancários apresentados pela empresa, anexados ao processo, foram identificados inúmeros depósitos, relacionados no anexo ao Termo de Intimação N° 7 recebido pelo contribuinte em 01/09/2014, intimando-o a comprovar com documentos hábeis e idôneos, a origem desses recursos depositados na conta corrente da empresa, e que estão consolidados por totais mensais no Quadro I apresentado a seguir.

QUADRO I; DEPÓSITOS BANCÁRIOS EM 2009 DE ORIGEM NÃO IDENTIFICADA

MÊS	CONTA CORRENTE 148.510-5
JANEIRO	1.579.203,35
FEVEREIRO	3.371.877,09
MARÇO	4.520.052,25
ABRIL	4.593.615,91
MAIO	4.535.577,78
JUNHO	5.862.489,19
JULHO	6.784.302,12
AGOSTO	5.956.106,51
SETEMBRO	5.492.439,97
OUTUBRO	4.860.559,20
NOVEMBRO	4.730.618,10
DEZEMBRO	4.633.089,44
TOTAL	56.919.930,91

Cientificado o contribuinte através do Termo de Intimação nº 7 que a não comprovação com documentação hábil e idônea da origem dos recursos utilizados nessas operações caracteriza OMISSÃO DE RECEITA, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.430. de 27/12/1996 e, não tendo o contribuinte até a presente data comprovado, mediante documentação hábil e idônea a efetiva origem dos recursos utilizados nesses depósitos, a fiscalização, com fulcro no art. 24 da Lei 9.249, de 1995 e no art. 42 da Lei 9 430/1996, caracterizou esses recursos como receitas auferidas pela empresa no ano de 2009.

Da análise da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica do Exercício de 2010 (cópia em anexo) e das Fichas 07A do Demonstrativo de Apuração das Contribuições Sociais - DACON dos meses de janeiro a dezembro de 2009, anexadas ao processo, foi apurado que o contribuinte ofereceu a tributação as receitas relacionadas na tabela seguinte:

QUADRO II - RECEITA DECLARADA EM 2009

MÊS	RECEITA DECLARADA
JANEIRO	737.371,63
FEVEREIRO	647.570,14
MARÇO	855.125,63
ABRIL	915.640,57
MAIO	829.186,14
JUNHO	1.268.708,35
JULHO	1.283.113,63
AGOSTO	1.531.505,45
SETEMBRO	1.739.803,00
OUTUBRO	1.942.287,12
NOVEMBRO	2.309.669,35
DEZEMBRO	2.217.908,34
TOTAL	16.277.889,35

Considerando as informações acima, as receitas mensais omitidas pelo contribuinte a serem lançadas no Auto de Infração serão determinadas pelas diferenças positivas entre as receitas apuradas por presunção legal, em virtude da não comprovação da origem de recursos creditados em sua conta corrente, totalizados por mês no Quadro I - Depósitos Bancários em 2009 de Origem Não Identificada e as receitas declaradas pelo contribuinte, listadas no Quadro II - Receita Declarada em 2009, valores que estão demonstrados no Quadro III - Apuração da Receita Omitida a ser tributada em 2009, apresentado a seguir:

QUADRO III: APURAÇÃO DA RECEITA OMITIDA A SER TRIBUTADA EM 2009

MÊS	RECEITA OMITIDA POR PRESUNÇÃO LEGAL	RECEITA DECLARADA	RECEITA OMITIDA A SER TRIBUTADA
JANEIRO	1.579.203,35	737.371,63	841.831,72
FEVEREIRO	3.371.877,09	647.570,14	2.724.306,95
MARÇO	4.520.052,25	855.125,63	3.664.926,62
ABRIL	4.593.615,91	915.640,57	3.677.975,34
MAIO	4.535.577,78	829.186,14	3.706.391,64
JUNHO	5.862.489,19	1.268.708,35	4.593.780,84
JULHO	6.784.302,12	1.283.113,63	5.501.188,49
AGOSTO	5.956.106,51	1.531.505,45	4.424.601,06
SETEMBRO	5.492.439,97	1.739.803,00	3.752.636,97
OUTUBRO	4.860.559,20	1.942.287,12	2.918.272,08
NOVEMBRO	4.730.618,10	2.309.669,35	2.420.948,75
DEZEMBRO	4.633.089,44	2.217.908,34	2.415.181,10
TOTAL	56.919.930,91	16.277.889,35	40.642.041,56

A empresa foi cientificada do lançamento em 10/12/2014 e os responsáveis solidários em 16/12/2014. A autuada, o Sr. FERNANDO MOUTINHO THONI e o Sr. REINALDO PEREIRA FIALHO ingressaram em 08/01/2015 com a impugnação de fls. 660/674, na qual refutam o lançamento sob as seguintes alegações:

IMPUGNAÇÃO

Nulidade do auto de infração.

Consta do art. 5º da Constituição Federal, o Princípio da ampla Defesa e do Contraditório - desdobraimento do Devido Processo legal - onde é assegurado às partes litigantes o direito de requerer a produção de provas e participarem de sua realização, ainda, se pronunciarem a respeito de seu resultado.

As provas devem ser produzidas por quem alega, e a busca da verdade real deve permanecer, principalmente quando da existência de requerimento da interessada, não gerando qualquer óbice e tampouco omitindo relações bancárias.

O Fisco deve sempre buscar a realidade dos fatos. Em se tratando da desconsideração da pessoa jurídica deveria o Fisco ter intimado os sócios da empresa para prestar informações necessárias ao deslinde da causa.

Todavia a Administração Pública desconsiderou a personalidade jurídica da empresa e inseriu o Recorrente como responsável Tributário atingindo inclusive o seu patrimônio, sem a sua participação, afrontando as garantias previstas na Carta Magna. Além disso, para que seja admitida a desconsideração da pessoa jurídica no âmbito do Direito Tributário e, conforme análise do CTN e do Código Civil, faz-se necessária intervenção judicial para esse fim.

Omissão de Receita. *Bis in idem*.

A autuação ocorreu porque teria deixado de recolher PIS Cofins, IRPJ e CSLL, por suposta omissão de recita de depósitos bancários. Todavia entendem os impugnantes "ao contrário do que afirma o Sr. Auditor que as receitas oriundas demonstradas foram debitadas e posteriormente creditada na mesma conta de titularidade da Empresa Autuada, o que não caracteriza fato gerador para a tributação."

Conforme se depreende do Termo de Verificação Fiscal todos os documentos solicitados pela Receita Federal foram prontamente fornecidos a fim de elucidar

quaisquer dúvidas que por ventura pairavam sobre a fiscalização. Resta portanto caracterizada a violação dos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa, do Contraditório e do Devido Processo Legal, ensejando graves consequências ao recorrente.

Assim, entendem os impugnantes ao contrário do que afirma o Sr. Auditor que as receitas demonstradas foram debitadas e posteriormente creditadas na mesma conta de titularidade da empresa, o que não caracteriza fato gerador para tributação.

A Administração Fiscal incorreu em erro ao utilizar como base de cálculo o mesmo fato gerador (movimentação financeira realizada em uma única conta corrente do mesmo titular).

Levando-se em consideração que as transações discriminadas foram oriundas da própria empresa, não se cogita tributá-las.

O que a Administração Fiscal pretende é inconstitucional, é tributar duas vezes o sujeito passivo pelo mesmo fato gerador, um *bis in idem* o que é inaceitável. Portanto, o auto de infração deve ser considerado improcedente.

Da ilegalidade e inconstitucionalidade dos atos praticados.

Para autuar a empresa o Fisco utilizou-se de informações extraídas das administradoras financeiras e Bancos, imputando-a como omissão de receita referente a saída de mercadorias e extratos bancários.

A quebra do sigilo bancário pelo Fisco afronta o inciso XII, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe a inviolabilidade dos dados e informações. Tais informações obtidas são eivadas de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade, pois tratam-se de informações protegidas por sigilo bancário e para acessá-las seria imprescindível a autorização judicial.

Atribuição de responsabilidade de supostos sócios.

De acordo com a legislação são atribuídos aos sócios que concorrenram para a suposta infração, a responsabilidade solidária tributária, incluindo as contribuições previdenciárias.

No período que ensejou o presente auto de infração, estava a Empresa impugnante sob a gerência e comando dos sócios GESSE VALENÇA e MARCELINO PEREIRA MILANO, conforme o contrato social da empresa, ainda que se constate eventual irregularidade para a Receita federal, a responsabilidade recairia sobre os referidos, por força dos dispositivos legais.

De acordo com o art. 121 do CTN, a responsabilidade é atribuída aos sócio que concorreu para a suposta infração.

Ainda, as alegações de que 21% da receita da empresa foi destinada a contas dos supostos sócios de fato, ora impugnantes, não merecem prosperar pois sequer foi comprovado com documentos hábeis tais transações. Apenas demonstrados por planilhas.

O fato de todos os sócios serem próximos ou até mesmo da mesma família do SR. Reinaldo ou Do Sr. Fernando não possui o condão de imputar responsabilidade tributária e muito menos a condição de sócio de fato da empresa.

Não assiste razão para os recorrentes figurarem no pólo passivo, devendo, portanto, serem excluídos, tendo em vista a comprovação do alegado anteriormente e os documentos acostados ao presente recurso.

Multa de ofício

A multa imposta revela-se de total incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando prática vedada pela Constituição federal de ofensa aos direitos dos contribuintes preconizada no art. 150 da Constituição Federal, que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

O auto de infração informa apenas os valores das multas formais, não informando o valor que teve como base de cálculo para arbitrar a multa, criando assim uma capitalização indevida.

Juros de mora

Os juros de mora atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescido da multa, restando visível que foram praticados em excesso, pois de acordo com o Código Tributário Nacional deveria ser de 1% (um por cento) ao mês.

O somatório das multa e dos juros é superior ao da dívida principal, caracterizando o efeito confiscatório das obrigações acessórias.

A empresa impugnante nunca se esquivou de declarar e tampouco pagar ao Fisco. O que ocorreu foi que, em razão de um equívoco, o Fisco disse existir omissão de receita.

Restou caracterizado a contradição e o equívoco incorrido pelo Fisco ao não levar em consideração que as operações de créditos e débitos foram realizadas na mesma conta bancária.

Assim requer que a nulidade do auto de infração em razão da multa confiscatória, que as transações foram realizadas através da mesma conta bancária, e que se assim não for entendido, que seja reduzida a base de cálculo do imposto e do valor da multa aplicada arbitrariamente, reduzindo-se os valores a serem pagos pela contribuinte, principalmente no tocante à multa e juros, pois seria constitucionalizar o efeito de confisco.

Decadência

Posteriormente, após o prazo para impugnação apresentou aditamento à impugnação alegando que por tratar-se de matéria de ordem pública, a decadência pode ser suscitada pelos julgadores sem provocação.

Aduziu que tratando-se de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, conforme o disposto no art. 150, § 4 do CTN, o prazo para o lançamento seria de 5 anos contados da data da ocorrência do fato gerador e se inexistente pagamento do tributo teria início o prazo decadencial a partir do exercício financeiro subsequente, conforme art. 173, I, do CTN. Todavia no presente caso, foi efetuado pagamento a menor, logo o prazo iniciou-se em janeiro de 2009. Ocorre que a ciência do AI se deu no final do mês de dezembro de 2014.

Portanto, requereu a nulidade do auto de infração em razão da multa confiscatória e porque as transações foram realizadas através da mesma conta bancária. Caso se iten a ao contrário, que seja reduzida a base de cálculo do imposto e do valor da multa aplicada arbitrariamente, reduzindo-se os valores a serem pagos pelo

contribuinte, 0"incipalmente no tocante à multa e juros, pois não pode a Administração Pública "constitucionalizar o efeito de confisco dos tributos."

É o relatório.”

A decisão de primeira instância, representada no Acórdão da DRJ nº 14-59.260 (fls. 738-765) de 30/07/2015, por unanimidade de votos, considerou improcedente a impugnação. A decisão foi assim ementada.

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

Ano-calendário: 2009

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITO BANCÁRIO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. Os depósitos em conta-corrente da empresa, cujas operações que lhes deram origem não foram comprovadas, presumem-se advindos de receitas omitidas, obtidas à margem da escrituração.

PRESUNÇÃO LEGAL. ÔNUS DA PROVA. A presunção legal tem o condão de inverter o ônus da prova, transferindo-o para o contribuinte, que pode refutá-la mediante oferta de provas hábeis e idôneas.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não se configura cerceamento do direito de defesa se o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação se encontraram plenamente assegurados.

NULIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal, não há que se cogitar sobre a nulidade do lançamento.

LANÇAMENTO DECORRENTE. Aplica-se à tributação reflexa da CSLL, PIS e Cofins idêntica solução dada ao lançamento principal, do IRPJ, em face da estreita relação da causa e efeito.

SIGILO BANCÁRIO. A obtenção de extratos bancários pelo Fisco não constitui quebra de sigilo, nem meio ilícito de obtenção de provas, porquanto é um procedimento fiscal amparado legalmente.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

DECADÊNCIA. FRAUDE. Verificada a ocorrência de fraude, o direito de a Fazenda Pública constituir 0 crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO. É competência atribuída, em caráter privativo, ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, cabendo à esfera administrativa zelar pelo seu cumprimento.

MULTA DE OFÍCIO. 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.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE. A cobrança de juros de mora com base no valor acumulado mensal da taxa

referencial do Selic tem previsão legal.

RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. São solidariamente responsáveis pelo crédito tributário apurado, as pessoas que tem interesse comum na situação que constitui o fato gerador e os mandatários, prepostos e empregados e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado que cometem infração de lei.”

Contra a aludida decisão, da qual foi cientificada em 27/08/2015 (A.R. de fl. 775) a interessada interpôs recurso voluntário em 18/09/2015 (fls. 791-801) onde repisa parte dos argumentos apresentados em sua impugnação, que são enfrentados no voto deste acórdão. Não houve apresentação de recursos dos coobrigados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Frederico Augusto Gomes de Alencar

O recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal. Dele, portanto, tomo conhecimento.

De plano, há que se consignar que os coobrigados, Sr. FERNANDO MOUTINHO THONI e Sr. REINALDO PEREIRA FIALHO, não foram intimados da decisão contida no Acórdão da DRJ nº 14-59.260 (fls. 738-765) de 30/07/2015.

Uma vez que aquela decisão manteve esses coobrigados no pólo passivo da obrigação tributária, há que cientificá-los daquele *decisum*, dando-lhes o direito a interposição de recurso voluntário no prazo legal, sob pena de nulidade do procedimento por cerceamento do direito de defesa dos acusados.

Por todo o exposto, Voto por converter o julgamento em diligência para que se retorne os autos à Unidade de origem para que os aludidos coobrigados sejam intimados da decisão de primeira instância, retomando-se o rito processual a partir daí.

(assinado digitalmente)

Frederico Augusto Gomes de Alencar - Relator