



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

Processo nº 15504.014813/2010-63
Recurso nº Voluntário
Resolução nº 1202-000.223 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Data 10 de outubro de 2013
Assunto AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo – Presidente em Exercício e Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Donassolo, Viviane Vidal Wagner, Nereida de Miranda Finamore Horta, Plínio Rodrigues Lima, Geraldo Valentim Neto e Alexei Macorim Vivan.

Relatório

Trata-se de examinar os Autos de Infração do IRPJ e reflexos na CSLL, no PIS e na Cofins, relativos aos anos-calendário de 2005 a 2007, com aplicação da multa de ofício, no percentual de 225%, e dos juros de mora, com base na taxa Selic, fls. 04 e seguintes.

Por bem retratar os fatos apurados, passo a transcrever o Relatório do Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte, de fls. 1312 a 1326, que também adoto:

“O Termo de Verificação Fiscal, de fls. 61 a 83, indica os motivos do lançamento, inclusive com multa agravada, resumidamente:

1— INTRODUÇÃO

- "A empresa KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA tinha originalmente a denominação de ALIBRA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA e KALIBRA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA, com o mesmo CNPJ, sendo que no período fiscalizado e nos documentos apreendidos o nome mais comum era ALIBRA que daqui em diante será tratada." (destaques do original)

- que a presente fiscalização teve como origem os documentos apreendidos durante a denominada "Operação Castelhana" e dos autos do processo judicial nº 2008.38.00.03850-0;

- que a autuada faz parte do Grupo Pink, liderado pela empresa Pink Alimentos do Brasil Ltda;

- a autuada apresentou DIPJ nos anos-calendário de 2005 a 2007, com apuração de tributos e contribuições pelo regime do Lucro Real Trimestral;

- não declarou nenhum débito em DCTF e não efetuou qualquer recolhimento nos anos calendários de 2005 e 2006;

- em 2007, recolheu e declarou em DCTF valores ínfimos de PIS/PASEP e COFINS, não condizentes com um faturamento de vinte milhões de reais.

2. DA CONSTITUIÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA

- que a empresa foi criada com o intuito de ser uma subsidiária oculta da sua controladora, Pink Alimentos do Brasil Ltda; ou simplesmente Grupo Pink;

- que a empresa foi constituída em 11/08/2003, tendo como sócio minoritário e administrador o Sr. José Luiz de Souza e como sócio majoritário a Chypreos Corp. Financial & Trading S.A, com sede no Uruguai, representada pelo Sr. Evandro Garcia;

- que o Sr. Evandro Garcia é advogado do escritório Juvenil Alves e aparece como representante de diversos off-shores (contratos sociais de fls. 114 a 147), conforme denúncia apresentada nos autos do processo judicial nº 2008.38.00.03850-0 (Anexo VI, fls. 48).

- que a Chypreos subscreveu 955.000 quotas no valor de R\$955.000,00, sem, contudo, promover a integralização;

- que em julho de 2005 a Chypreos se retira da sociedade deixando suas quotas em tesouraria (fls. 131 e 149);

- que a empresa permaneceu do período de 15/07/2005 a 23/02/2006 com apenas um sócio, Sr. José Juiz de Souza;

- que em 22/02/2006, o Sr. Ricardo (funcionário da PINK) recebeu uma correspondência do Banco Nossa Caixa, em nome da Alibra, relacionando a documentação necessária para abertura de conta. A ficha cadastral foi preenchida e datada no mesmo dia pelo Sr. José Luiz.

- as funcionárias do Banco Nossa Caixa exigiram a apresentação de cadastro assinado pelo Sr. Evandro do Chypreos Corp. Fin, além de contrato traduzido por tradutor juramentado e procuração do Sr. Evandro para assinar pela empresa;

- que, "Não por coincidência", em 23 de fevereiro de 2006 o quadro social da fiscalizada foi alterado, com a transferência das 45.000 quotas do Sr. José Luiz de Souza para a Sra. Maria Helena Oliveira Silva, pelo valor de R\$45.000,00, pagos em moeda corrente, e as 955.000 quotas que se encontravam em tesouraria foram subscritas e integralizadas, também em moeda corrente, pelo valor de R\$ 955.000,00, pela Sra. Graciele Oliveira Silva.

- que Sra. Graciele Oliveira Silva, não possuía capacidade econômica suficiente para tal operação, que as suas declarações de imposto de renda de 2001 a 2007 não indicaram quaisquer bens ou tal valor: que na ficha cadastral junto ao Banco Nossa Caixa foi apresentada uma conta de água da sua residência com faturamento pelo valor mínimo; que o seu endereço fica em um bairro tipicamente operário e distante; não consta tal movimentação bancária em seu nome nas Declarações de CPMF;

-que a Sra. Maria Helena também não possuía capacidade econômica para figurar como sócia em tal empreendimento, pois em sua única declaração de 2007 declarou que possuía R\$35.000,00 em espécie em 2005 "na tentativa de justificar os R\$45.000,00 pagos em 2006. "; que se verificou que no CNIS — Cadastro Nacional de Informações Sociais seu grau de instrução é de 1º grau completo e os últimos dois empregos de carteira assinada foi contratada como faxineira.

- que *"Desta forma, percebe-se que tal aquisição da empresa pelas Senhoras Maria Helena e Graciele foi simulada, incluindo-se no quadro societário os chamados laranjas "*.

- que em 10 de fevereiro de 2009 a Sra. Graciele Oliveira Silva vendeu suas quotas para o Sr. Ricardo, funcionário da Pink Alimentos do Brasil Ltda., por R\$ 4.584.000,00. Fls. 233 e 245.

- que a Sra. Graciele Oliveira Silva permaneceu no mesmo modesto domicílio de bairro operário, Vila Universal em Betim.

- que o Sr. Ricardo, também não revela capacidade financeira para suportar operação de tamanho vulto; que sempre foi funcionário da Pink Alimentos, da área financeira, responsável pela movimentação financeira da fiscalizada mediante procurações apresentadas aos bancos "antes e depois das pretensas alterações com indícios de simulação de 23/02/2006 e 10/02/2009."

- que no documento Termo de Titularidade de Certificado Digital, para que se pudesse movimentar a conta corrente da Alibra junto ao Banco Nossa Caixa, endereço apresentado pelo Sr. Ricardo é o da Pink: Rua Ursula Paulino, 1321, Bairro Betânia, em Belo Horizonte.

- que isto é mais uma prova que o Sr. Ricardo era funcionário da PINK e a movimentação bancária da ALIBRA era feita no estabelecimento da PINK.

- que o Sr. Ricardo informou em suas declarações de imposto de renda ser funcionário da Pink com o cargo de Auxiliar Administrativo, e, junto à Previdência Social está cadastrado como Supervisor de Tesouraria, Vendedor em comércio atacadista e, finalmente, promovido a Gerente em 19/04/2007.

- que, "Diferentemente, já na gênese, foi criada uma empresa operada totalmente nas dependências da PINK, sedo do Grupo, pelo seu setor administrativo (esta vinculação administrativa com a PINK será detalhada oportunamente no tópico sobre responsabilização solidária)."

- que os verdadeiros donos, que são os donos do Grupo PINK, criaram a empresa em nome de terceiros, e a movimentava por meio de empregados da empresa-chefe do grupo, mantendo toda a administração por meio de procurações.

3 . DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA — PINK ALIMENTOS DO BRASIL LTDA. e de seus SÓCIOS DE FATO.

- que "Como citado anteriormente, a ALIBRA (KSC) era uma empresa controlada e gerida dentro da PINK ALIMENTOS DO BRASIL LTDA., CNPJ 17.238.718/0002-02, por meio de seus funcionários e por ordem de seus diretores de fato:

PAULO VICTOR CARDOSO, ADALBERTO CARDOSO E MARCELO PEREIRA CARDOSO, conforme "Relatório Reservado" de maio de 2006. (ver fls. 251 e 257; Termo 48: docs. 1496, 1499, 1501 e 1612 a 1615).

- o endereço da fiscalizada é um depósito onde eventualmente são descarregados produtos, incompatível com o volume de entradas e saídas de mercadorias cujas notas fiscais indicam (ver cópias de Notas Fiscais nos ANEXOS IV E V);

- a fiscalizada possuía apenas uma funcionária, Sra. Rosemeire Rosemberg de Souza Moura, ex -funcionária da Invicta Com. e Distribuição de Gêneros Alimentícios, pertencente ao Grupo Pink, e na própria Pink Alimentos do Brasil Ltda, irmã de Rosane Rozemberg de Souza que também já trabalhou na INVICTA e na empresa Progresso Alimentos do Brasil Ltda., ambas pertencentes ao Grupo PINK, *"o que demonstra que o empregador comum é o Grupo"*;

- os documentos pertencentes à fiscalizada, utilizados nesta fiscalização, foram apreendidos, durante a denominada Operação Castelhana, na sede da Pink Alimentos do Brasil Ltda, tais como procurações, contratos sociais, carimbos, documentos contábeis, registro de empregados, notas promissórias, notas fiscais, inclusive em branco, documentos referentes a participação em licitações, declaração de responsabilidade técnica junto ao Conselho Regional de Química, cheques e documentos bancários, alguns assinados por Ricardo Luiz Martins, procurador da Alibra e empregado da Pink.

- que no local da apreensão foram encontradas procurações outorgadas pela ALIBRA ALIMENTOS para Ricardo Luiz Martins, Jorge Manuel Gaspar Henriques, Cecília de Jesus Isidoro e Lindalva Andrade da Silva, bem como cópias de documentos pessoais (RG e CPF) de Edvaldo Antônio Gomes e Eduardo Silveira da Cruz, procuradores da Alibra, todos empregados da PINK, além de procuração outorgada a Fabiana Cardos Lee, que é membro da família Cardoso;

- que dos documentos referentes a licitações das quais a ALIBRA participou, existe um bilhete manuscrito dirigido a ADALBERTO (Cardoso, sócio de fato da PINK, docs. 341).

- que nas licitações atuaram como procuradores da ALIBRA os Srs. Edvaldo Antônio Gomes e Eduardo Silveira da Cruz, empregados da PINK;

- contrato assinado por Antônio Marcial Abud Ferreira, como representante legal da ALIBRA registra que o Sr. Antônio Marcial também é representante da PINK.

- Declaração de Responsabilidade a ser prestada pela ALIBRA do Sr. Alexandre Resende Melo, também empregado da PINK.

- diversos pedidos da PINK e da Alibra referentes a diversas licitações;

- expediente do advogado Bernardo Junqueira Flausino para Paulo Victor Cardoso solicitando assinatura e rubrica do representante legal da ALIBRA (no caso José Luiz de Souza), bem como de uma testemunha (no caso foi a contadora Romilda Maria Ferreira Araújo);

- fax datado de 24/02/2006, encaminhado por Paulo Victor Cardoso, com timbre da ALIBRA, para Bernardo Junqueira Flausino (advogado do escritório de Juvenil Alves) referente ao acordo de coexistência assinado entre ALIBRA INGREDIENTES LTDA e ALIBRA ALIMENTOS DO BRASIL LTDA.

- relatórios denominados "CONTAS A PAGAR SIMPLES" da empresa PINK ALIMENTOS, nos quais se encontram relacionados diversos pagamentos da ALIBRA. "Esses documentos nos mostram, também, a ligação dos sócios de fato da PINK (Paulo Victor Cardoso e Adalberto Cardoso) com ela (fls. 311; Termo 48: docs. 1435, 1470, 1472, 1473, 1488, 1494).

- Relatório Reservado de maio de 2006, no qual constam como membros do Conselho de Administração da PINK: PAULO VICTOR CARDOSO, ADALBERTO CARDOSO E MARCELO PEREIRA CARDOSO). Neste relatório consta, ainda, que as empresas ALIBRA, Progresso, Invicta e Alnutri pertencem ao Grupo PINK (fls. 251 a 257). Termo 48: docs. 1496, 1499, 1501 e 1612 a 1615).

- relação de representantes e telefones úteis de administradores e principais empregados da PINK (fls. 317; Termo 46: docs. 1140);

- e-mails entre empregados da PINK a respeito da emissão de nota cobertura da PINK para a ALIBRA (fls. 323);

- Pedido nº 427226 emitido pela PINK e notas fiscais correspondentes emitidas pela ALIBRA (fls. 338; Termo 46: docs. 21, 22, 25 e 28).

- diversos pedidos da ALIBRA, emitidos por Joelma e Lindalva, ambas empregadas da PINK, sendo a última também procuradora da ALIBRA.

- diversos e-mails de empregados da PINK referentes a participação em licitações, cauções de cheques vendas,, etc, da ALIBRA;

- diversos pedidos da ALIBRA e da PINK, com alguns romaneios de carregamento (fls. 396; Termo 46; docs 155 a 208).

4. DO ARBITRAMENTO DO LUCRO

- que a fiscalização tentou por duas vezes dar ciência pessoalmente do Termo de Início de Fiscalização, mas não havia qualquer pessoa no endereço indicado no cadastro junto à SRF;

- que a intimação encaminhada via correio em 17 de setembro de 2009, ficou aguardando retirada na agência dos correios, após três tentativas de entrega pelo carteiro;

- que em 20 de outubro de 2009 houve o recebimento do Termo de Início.

- não atendida a intimação inicial, emitiu-se o Termo de Re-Intimação Fiscal em 13 de novembro de 2009, postado em 16/11/2009.

- novamente a correspondência ficou aguardando a retirada na agência dos correios, por força do fracasso das tentativas do carteiro.

- a intimação foi devolvida à SRF posto que não procurada na agência dos correios.

- por consequência, foram publicados os Editais nº 080/2009, 11/2010, 25/2010 e 41/2010.

- por total falta de manifestação da fiscalizada, e conseqüente falta de apresentação dos documentos comprobatórios da escrituração, procedeu-se ao arbitramento do lucro.

5. DA RECEITA BRUTA CONHECIDA

5.1. Ano calendário de 2005

Valores constantes da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica .

Anexo VI, Fls. 183, corroborados pela Demonstração de Resultado de Exercício de fls. 148 a 150.

5.2 Ano de 2006 e 2007

Valores constantes da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica . Anexo VI, Fls. 183, compatíveis com a movimentação financeira informada pelos bancos segundo DCPMF.

5.3 Outras Receitas

Acrescidos à base de cálculo do IRPJ os valores constantes das DIPJ relativos a Outras Receitas Operacionais.

6. DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO E REFLEXO

Apresenta tabelas demonstrando os valores utilizados para o lançamento. (Fls 79 a 82 do Termo de Verificação Fiscal).

7. DA MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA E MAJORADA

Considerando comprovada a simulação de eventos societários com compras e vendas fictícias de participações e a utilização de interpostas pessoas, aplica-se a multa majorada.

8. DA INTIMAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS

Cópias do Termo de Verificação Fiscal e dos autos de infração correlatos e demonstrativos são encaminhados aos indicados no item 3 do Termo de Verificação Fiscal, considerados Responsáveis Solidários.

São trazidos aos autos pela fiscalização os documentos de fls. 84 a 457, Volume I e II bem como os Anexos I a VII.

Os Termos de Sujeição Passiva Solidária encontram-se As fls. 460 a 467.

II— DA IMPUGNAÇÃO

São apresentadas quatro impugnações. exatamente do mesmo teor, com alteração sequencial nas impugnações das pessoas físicas, pela inserção de um tópico (Da ilegitimidade passiva do impugnante...). Argumentam:

TEMPESTIVIDADE

Que a impugnação é tempestiva.

II — DOS FATOS E FUNDAMENTOS

1 — DO BREVE RELATO DOS FATOS

Os impugnantes afirmam que os auditores incluíram —nos como responsáveis, por mera presunção, sem motivação de ordem fático- jurídica que dê suporte.

2- DAS PRELIMINARES

2.1 - DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO — DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA) — DA FALTA DE INTIMAÇÃO DA IMPUGNANTE — DO CERCEAMENTO DE DEFESA — DA NULIDADE ABSOLUTA

Os impugnantes tecem comentários, citam opiniões e decisões administrativas para sedimentar os enunciados deste tópico, finalizando com o pedido para que se determine a nulidade do referido Termo de Constatação Fiscal.

2.2 - DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS — DA NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Transcrevendo trechos da decisão constante do processo 2007.38.00.032208-7, concluem que a fiscalização não poderia ter utilizado "qualquer prova realizada em contencioso do qual não tenha participado o contribuinte, pois isto fere claramente os princípios de devido processo legal e da ampla defesa."

Afirma ainda que "Qualquer tipo de prova decorrente do processo judicial citado anteriormente utilizada por empréstimo neste trabalho fiscal, sem qualquer comprovação da autorização judicial para tanto, em face da empresa autuada e da Impugnante, fica totalmente impugnado e sem valor legal..."

3- DA PREJUDICIAL DE MÉRITO

3.1 - DA DECADÊNCIA — DO ARTIGO 150, § 4 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Propugna pela decadência do lançamento referente a abril/julho de 2005.

4- DAS QUESTÕES DE MÉRITO

4.1 - DO DEVER DE PROVA DO FISCO NO QUE TANGE AOS FATOS QUE CULMINARAM NO LANÇAMENTO

Afirmam que a fiscalização não cuidou de buscar a verdade material dos fatos, furtando-se em cumprir o dever de prova das premissas que fundamentariam a exigência fiscal ora impugnada, concluindo:

"Diante disso, (i) como nos autos não pôde ser comprovado inequivocamente a pretendida omissão de receitas indicadas pela fiscalização, (ii) deixando esta última de fazer a busca pela verdade material dos fatos e cumprir o dever objetivo de prova e investigação das premissas fáticas que dariam ensejo à autuação, (iii) sendo a presunção realizada pelo Fisco insuficiente para conferir ao crédito tributário a certeza e a liquidez necessárias, deve a presente Impugnação ser provida para cancelar o Auto de Infração ora combatido."

4.2 - AUTUAÇÃO EM AFRONTA AO DEVER DE PROVA — CONSIDERAÇÃO DE INDÍCIOS E PRESUNÇÕES — AFRONTA A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA DA EMPRESA AUTUADA.

Citando posições doutrinárias, os impugnantes apresentam argumentos de tópicos anteriores de ausência da demonstração da ocorrência do fato gerador, para, em síntese, argumentar que a fiscalização desconsiderou a capacidade econômica do fiscalizada, concluindo que:

"Portanto, considerando que no caso em comento houve tributação desvinculada da limitação imposta pelo princípio da capacidade contributiva eis que ausente qualquer prova cabal construída pela Fiscalização que sustente a ocorrência do fato gerador, a autuação também merece ser cancelada por inconstitucionalidade da exigência fiscal atacada".

4.3 - DA IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DO LUCRO NO PRESENTE CASO — DO CONHECIMENTO PELO FISCO DA RECEITA CONTÁBIL DA EMPRESA AUTUADA.

Os impugnantes registram algumas determinações legais sobre o arbitramento do lucro, tais como, tratar-se de uma faculdade do fisco nos casos em que a pessoa jurídica não mantém escrituração contábil, deixa de atender as condições do artigo 530 do Decreto 3.000/99, etc, para concluir:

"Em sendo assim, no presente caso, tendo em vista que o fisco detinha todas as informações contábeis da empresa autuada, bem como indicio do possível controle pela empresa ora Impugnante, o que se admite por amor ao debate, o lançamento por arbitramento deve considerado nulo, o que desde já se requer."

4.4 - DA MULTA DE OFICIO QUALIFICADA — 150% E 225%

Argumentam que não existem provas do intuito de dolo ou fraude e, por consequência, a multa qualificada não encontra respaldo legal.

III - DO PEDIDO E SUAS ESPECIFICAÇÕES

Resumido os tópicos anteriores, acrescentam para que se utilize como juros de mora a taxa de 1% ao mês, produção de provas e juntada de outros documentos.

0 item acrescentado nas impugnações das pessoas físicas, sob o tópico 2 — DAS PRELIMINARES, é o que se segue:

2.1 - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO IMPUGNANTE — DA IMPOSSIBILIDADE DE COBRIGAÇÃO — DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO IMPUGNANTE

Argumentam que os impugnantes nunca figuraram no contrato social da empresa autuada, bem como no período fiscalizado não faziam parte do quadro societário da empresa Pink Alimentos. Argumentam ainda que não existe nos autos qualquer documento que confira aos impugnantes poderes para agir em nome da empresa autuada e também não exerciam qualquer ato na Pink Alimentos.

Argumentam ainda que em nenhum momento o fisco requereu ou realizou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa autuada, para que, desta forma, fosse alcançado o patrimônio particular de seus sócios ou administradores para satisfação de seu crédito.

Em 27 de setembro de 2010, a Sra.. GABRIELLY ANDRADE SILVEIRA, advogada inscrita na OAB/MG-125.686, mediante procuração que fora outorgada em conjunto com os Senhores ALEANDRO PINTO DA SILVA JUNIOR, advogado inscrito na OAB/MG-103.253, e CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA, advogado inscrito na OAB/MG 79.823, pelo Sr. Paulo Victor Cardoso, recebe cópia do processo sob análise. (fls. 483 e 485)."

Os interessados tomaram ciência dos autos de infração, nas seguintes datas:

- PINK ALIMENTOS DO BRASIL LTDA., em 26/08/2010. AR de fls. 472.
- ADALBERTO CARDOSO, em 26/08/2010. Ar de fls. 472.
- PAULO VICTOR CARDOSO, em 25/08/2010. AR de fls. 468;
- MARCELO PEREIRA CARDOSO, em 26/08/2010. AR de fls. 468;
- KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA Edital de 06/08/2010, fls. 469.

As impugnações foram apresentadas nas seguintes datas:

PINK ALIMENTOS DO BRASIL LTDA., em 24/09/2010, fls. 491/530 e documentos de fls. 531/534, Volume III, mediante procuração outorgada por Pink Alimentos do Brasil Ltda. à Sra.. GABRIELLY ANDRADE SILVEIRA, advogada inscrita na OAB/MG-125.686, fls. 532.

ADALBERTO CARDOSO, em 24/09/2010, fls. 535/588 e documentos de fls. 589/732, Volume III., mediante procuração outorgada ao Sr. ALEANDRO PINTO DA SILVA JUNIOR, advogado inscrito na OAB/MG-103.253,.

PAULO VICTOR CARDOSO, em 24/09/2010, fls. 735/788 e documentos de fls. 789/932, Volume IV, mediante procuração outorgada ao Sr. ALEANDRO PINTO DA SILVA JUNIOR, advogado inscrito na OAB/MG-103.253,.

MARCELO PEREIRA CARDOSO, em 27/09/2010, fls. 933/987 e documentos de fls. 988/992, Volume IV e fls. 994/1310, Volume V, mediante procuração outorgada ao Sr. ALEANDRO PINTO DA SILVA JUNIOR, advogado inscrito na OAB/MG-103.253.

A empresa KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA. (autuada) não se manifestou a respeito das autuações.

Na seqüência foi emitido o Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte, de fls. 1312 a 1326, julgando improcedentes as impugnações, com o seguinte ementário:

LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

No desempenho das atividades de verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias pelo contribuinte, e de formalização dos créditos tributários daí decorrentes, os agentes fiscais têm uma atuação estritamente vinculada à Lei. Verificada a ocorrência de infração à legislação tributária, por dever de ofício, esses agentes públicos devem proceder A formalização da exigência dos tributos, acréscimos legais e penalidades aplicáveis.

SOCIEDADE DE FATO

São admissíveis, sem dependência da apresentação de instrumento (escritura), as ações que terceiros possam intentar contra a sociedade em comum ou contra qualquer dos sócios em particular. A existência da sociedade, quando por parte dos sócios se não apresenta instrumento, pode provar-se por todos os gêneros de prova admitidos e até por presunções fundadas em fatos de que existe ou existiu a sociedade.

SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA.

São solidariamente obrigadas as pessoas que possuem interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal.

DECADÊNCIA

Se a lei não fixar prazo a homologação, sera ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

MULTA AGRAVADA. FALTA DE ATENDIMENTO ÀS INTIMAÇÕES.

É cabível o agravamento da multa de ofício na falta de atendimento pelo contribuinte As intimações para prestar esclarecimentos no prazo ali estipulado.

MULTA QUALIFICADA -

É cabível a aplicação da multa qualificada quando se constata a conduta com o evidente intuito de fugir ao cumprimento legal.

JUROS SELIC SOBRE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. APLICAÇÃO SÚMULA ADMINISTRATIVA Nº 03.

Nos termos de Súmula aprovada em sessão plenária datada de 18 de setembro de 2007, "É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PRELIMINAR DE NULIDADE. FASE DE AUDITORIA. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NÃO OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO.

Desde que não ofenda a legalidade, é livre a autoridade fiscal para empreender sua fiscalização segundo a técnica que julgue mais adequada. Eventual insatisfação quanto aos resultados da fiscalização

somente encontra foro, no âmbito administrativo, após a instauração válida do contencioso fiscal.

DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não há que se falar de nulidade quando a exigência fiscal sustenta-se em processo instruído com todas as peças indispensáveis e não se vislumbra nos autos que o sujeito passivo tenha sido tolhido no direito que a lei lhe confere para se defender.

PROVA ILÍCITA

Improcedente alegação de utilização de prova ilícita quando o acesso aos documentos foi devidamente autorizado pelo poder judiciário.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DÉBITO NÃO DECLARADO EM DCTF

Os valores informados na DIPJ e não declarados em DCTF, não constituem confissão de dívida, devendo, no caso de diferença apurada em procedimento de auditoria, ser lançados por meio de procedimento de ofício.

ARBITRAMENTO DO LUCRO.

O arbitramento do lucro decorre de expressa previsão legal, consoante a qual a autoridade tributária, impossibilitada de aferir a exatidão do lucro real declarado em virtude da não apresentação - total ou parcial - de livros e documentos pela pessoa jurídica regularmente intimada, está legitimada a adotá-lo como meio de apuração da base de cálculo do IRPJ e tributos decorrentes.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

PIS/COFINS/CSLL e INSS MESMOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. IRPJ.

Sendo decorrentes dos mesmos pressupostos fáticos que motivaram o lançamento do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, aplicam-se aos demais tributos, os mesmos fundamentos que serviram de base para a decisão do IRPJ.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformados com a decisão proferida, os responsáveis tributários PINK Alimentos do Brasil Ltda., Adalberto Cardoso, Paulo Victor Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso, apresentaram seus recursos voluntários, mediante arrazoados, de fls. 6167 e seguintes, repisando praticamente as mesmas alegações trazidas nas peças impugnatórias.

A autuada, KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA., não apresentou recurso voluntário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Donassolo - Relator

Os recursos voluntários apresentados pelos responsáveis tributários Adalberto Cardoso, Paulo Victor Cardoso e Marcelo Pereira Cardoso são tempestivos e nos termos da lei.

A esse respeito, registre-se que se encontram nos autos dois recursos voluntários apresentados pelo responsável tributário Marcelo Pereira Cardoso. Um recebido pela unidade de origem em 16/11/2011 e outro recebido em 18/11/2011, fls. 6213 e 6167, respectivamente.

Já a ciência da decisão proferida pelo Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte, feita por via postal, ao responsável tributário PINK Alimentos do Brasil Ltda., não obteve sucesso, uma vez que a correspondência foi devolvida, fls. 6211/6212. No entanto, mesmo assim, esse responsável apresentou seu recurso voluntário, em 18/11/2011, fls. 6384.

Por fim, a ciência da decisão proferida pelo Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte, feita por via postal, à empresa autuada, KSC Alimentos do Brasil Ltda., não obteve sucesso, uma vez que a correspondência foi devolvida, fls. 6160/6161. Não há nos autos notícia de que a ciência da decisão do Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte tenha ocorrida por Edital.

O Decreto nº 70235, de 1972 e alterações, que rege o processo administrativo fiscal dos tributos de competência da União, em seu art. 23 assim dispõe:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o

cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Medida Provisória nº 449, de 2008)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (destaques meus)

Da leitura do art. 23 acima reproduzido, verifica-se que a intimação do sujeito passivo deverá ser feita, inicialmente, de forma pessoal, por via postal ou por meio eletrônico e, se resultar improficua uma dessas alternativas, o sujeito passivo poderá ser intimado por meio de Edital regularmente publicado.

No presente caso, identificou-se que não foram localizados nos autos a comprovação de que a autuada, KSC Alimentos do Brasil Ltda., tenha tomado ciência da decisão proferida Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte.

Com efeito, verifica-se também que o Despacho de Encaminhamento dos recursos ao CARF, de fls. 6432, deixou de se manifestar a respeito do cumprimento do pressuposto processual de cumprimento do prazo para a interposição do recurso voluntário, do sujeito passivo e dos responsáveis tributários.

Veja-se a transcrição do referido Despacho:

“Processo : 15504.014813/2010-63

Interessado : KSC ALIMENTOS DO BRASIL LTDA

Tendo o contribuinte entregue Recurso Voluntário relativo ao processo em epígrafe, proponho o seu encaminhamento ao CARF -Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, para prosseguimento.”

Como se percebe, o Despacho acima transcrito dá a entender que o contribuinte KSC Alimentos do Brasil Ltda. teria apresentado recurso voluntário, fato que não se confirmou nos autos.

No caso em análise, em razão do órgão de origem ter deixado de efetuar a ciência, por Edital, da decisão de primeira instância ao sujeito passivo, KSC Alimentos do Brasil Ltda., incorre em cerceamento do direito de defesa ao contribuinte, que poderá ser alegado mais a frente.

Além disso, o órgão de origem também deixou de mencionar em seu Despacho (fl. 6432) se são tempestivos/intempestivos os recursos voluntários apresentados pelos responsáveis tributários, mormente o recurso apresentado pelo responsável tributário PINK Alimentos do Brasil Ltda. (uma vez que a correspondência de ciência da decisão do acórdão da DRJ foi devolvida), a teor do art. 35 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 e alterações:

Art. 35. *O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.*

Como se vê, a falta de manifestação pelo órgão de origem a respeito da regular ciência do acórdão de primeira instância ao sujeito passivo e responsável tributário, bem assim da interposição dos recursos no prazo legal, provoca, em última análise, violação ao devido processo legal e, por consequência, possível cerceamento do direito de defesa (art. 59, inciso II do PAF).

Cabe ao órgão de origem sanar e se pronunciar sobre os vícios dos quais podem padecer os atos processuais, velando pelas exigências processuais essenciais para que se cumpra o rito processual legal.

Além disso, necessário deixar claro que o órgão preparador precisa cumprir com suas obrigações, sob pena de transferir a este CARF tarefas que lhe são pertinentes (verificação da regularidade da ciência das decisões e tempestividade dos recursos interpostos), fato que vem prejudicando e atrasando o bom andamento processual.

Dessa forma, conclui-se que, antes de levar a julgamento os recursos voluntários interpostos, ocorra o saneamento das falhas processuais, devendo o processo retornar ao órgão de origem, em diligência, para que sejam tomadas as seguintes providências:

a) informar se a autuada, KSC Alimentos do Brasil Ltda., tomou ciência da decisão proferida no Acórdão nº 02-29.955 da DRJ/Belo Horizonte, indicando as folhas do processo em que ocorreu;

b) em caso negativo, providenciar na regular ciência do referido acórdão;

c) informar qual dos dois recursos voluntários apresentados pelo responsável tributário Marcelo Pereira Cardoso é válido, posto que o primeiro foi recebido pela unidade de origem em 16/11/2011 e outro recebido em 18/11/2011, fls. 6213 e 6167;

d) informar se o recurso voluntário apresentado pelo responsável tributário, PINK Alimentos do Brasil Ltda., é regular e tempestivo;

e) emitir despacho a respeito da regularidade e tempestividade dos recursos apresentados (do sujeito passivo e de todos os responsáveis tributários);

f) após, retorno a este CARF, para julgamento;

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto Donassolo