



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

Processo nº 10740.720030/2014-30
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-002.869 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria PIS/Cofins
Recorrente NICCHIO SOBRINHO CAFÉ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

Ementa:

AQUISIÇÕES DE PESSOAS FÍSICAS. SIMULAÇÃO DE OPERAÇÃO COM PESSOA JURÍDICA. GLOSA DO CRÉDITO BÁSICO. APROVEITAMENTO NO PERCENTUAL REDUZIDO DO CRÉDITO PRESUMIDO.

Comprovada pela fiscalização a existência de simulação, praticada mediante a interposição de pessoas jurídicas que aparentavam comprar e revender café, mas apenas emitiam documentos fiscais destinados a gerar créditos artificiais de PIS e Cofins ao adquirente do produto, exige-se deste a diferença nos valores devidos das contribuições sociais não cumulativas, apurada mediante a glosa do crédito básico, próprio de aquisições de pessoas jurídicas, e aproveitamento no percentual reduzido do crédito presumido, aplicável às aquisições de pessoas físicas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os Conselheiros Diego Diniz Ribeiro, Thais De Laurentiis Galkowicz e Carlos Augusto Daniel Neto. O Conselheiro Diego Diniz Ribeiro apresentou declaração de voto. Ausente a Conselheira Valdete Aparecida Marinheiro.

(assinado digitalmente)

ANTONIO CARLOS ATULIM - Presidente

(assinado digitalmente)

MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antonio Carlos Atulim, Jorge Olmiro Lock Freire, Maria Aparecida Martins de Paula, Thais De Laurentiis Galkowicz, Waldir Navarro Bezerra, Diego Diniz Ribeiro e Carlos Augusto Daniel Neto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra decisão da Delegacia de Julgamento no Rio de Janeiro, que julgou **improcedente** a impugnação da contribuinte.

Trata o processo de autos de infração por falta/insuficiência de recolhimento de PIS/Cofins, decorrente da glosa de créditos considerados indevidos e fictícios, derivados da aplicação do regime da incidência não cumulativa das referidas contribuições. Em relação à Cofins, o crédito tributário foi constituído no valor total de R\$ 5.184.661,00, incluindo juros de mora e multa qualificada de 150%; e, relativamente ao PIS, no valor total de R\$ 1.125.617,15, incluindo juros de mora e multa qualificada de 150%.

Consta na autuação como base legal do lançamento da Cofins a Lei nº 10.833/03, artigos 1º, 3º e 5º; e da multa, o art. 10, parágrafo único da Lei Complementar nº 70/91; e art. 44, inciso I (II) e § 1º, da Lei nº 9.430/96; enquanto o cálculo dos juros teve por base o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/96.

No que se refere ao crédito principal do PIS, a base do lançamento é a Lei nº 10.637/02, artigos 1º, 3º e 4º. Quanto aos acessórios legais: a multa teve por base o art. 86, § 1º, da Lei nº 7.450/85; art. 2º da Lei nº 7.683/88; e art. 44, inciso I (II) e § 1º da Lei nº 9.430/96; enquanto o cálculo dos juros teve por base o art. 61, § 3º da Lei nº 9.430/96.

Conforme consta no Termo de Encerramento da Ação Fiscal, de 178 folhas, podemos assim sintetizar a ação fiscal que originou os lançamentos:

- A contribuinte apropriou-se de créditos integrais fictos das contribuições sociais não cumulativas decorrentes da compra de café. A fraude consistia na escrituração de notas fiscais de empresas atacadistas para acobertar as operações realizadas de aquisições de café em grãos diretamente de produtores rurais pessoas físicas.

- O procedimento fiscal decorreu das investigações originadas na operação fiscal “TEMPO DE COLHEITA”, deflagrada pela DRF/Vitória, em outubro de 2007, que resultou na comunicação de tais fatos ao Ministério Público Federal. Depois, em 01/06/2010, deflagrou-se a operação BROCA em parceria do Ministério Público, Polícia Federal e Receita Federal, na qual foram cumpridos mandados de busca e apreensão em diversos locais, dentre os quais, a sede da autuada.

- Após a deflagração da operação BROCA (junho a dezembro de 2010), as compras de café da NICCHIO SOBRINHO de cafeicultores do estado do ESPÍRITO SANTO foram documentadas com nota fiscal do próprio produtor (nota de produtor) e, então, as compras documentadas em nome de empresas laranjas foram canalizadas para o estado de MINAS GERAIS, em especial, MANHUAÇU.

- Esses fatos repetiram-se no ano de 2011, período compreendido na presente auditoria: empresas laranjas utilizadas como intermediárias fictícias nas compras de café de produtor na região de MANHUAÇU e municípios próximos a esta. Nesse período, ao rol de algumas empresas laranjas anotadas nos anos de 2009 a 2010, foram acrescidas outras mais novas, criadas a partir de 2010, que passaram a ser as principais fornecedoras da NICCHIO

SOBRINHO, tais como Quintão e Gonzaga Comércio Ltda, Balbino & Reis Comércio de Café Ltda, dentre outras.

- No esquema, na tentativa de dar aparência de legalidade à transação, utilizava-se do depósito na conta corrente da empresa laranja emitente da nota para, em seguida, ser direcionado ao verdadeiro vendedor.

- A autuação foi fundamentada nos documentos obtidos ao longo da operação “TEMPO DE COLHEITA”, dentre os quais estão: declarações de produtores rurais, maquinistas, corretores, sócios e pessoas ligadas às empresas de fachada, e vários outros documentos relacionados a tais empresas. Foram recebidos do Ministério Público e da Polícia Federal documentos fiscais e contábeis em papel e meio magnético, que demonstraram, de forma incontestável, a fraude.

- Também, coletou-se documentos e informações junto às instituições financeiras, além de diligências nas principais empresas exportadoras de café. Apurou-se que algumas contas eram movimentadas por intermédio de funcionários das próprias empresas exportadoras compradoras do café, neste caso, as compras eram efetivadas diretamente junto aos produtores rurais/maquinistas pelos compradores dessas empresas e guiadas em nome de empresa laranja.

- Junto aos produtores rurais foi apurado que havia uma negociação direta, ou por meio de corretores, entre os produtores rurais e tradicionais maquinistas e empresas do ramo atacadistas, exportadoras ou indústrias, porém, nas notas fiscais apareciam como compradores pseudoatacadistas, tais como, Colúmbia, Do Grão, V. Munaldi, JC Bins e outras.

- Os produtores rurais, via de regra, não preenchiam as notas fiscais, o que ficava a cargo dos escritórios dos corretores e/ou compradores.

- Os corretores de café convergiram para firmar os pontos levantados pelos produtores rurais, especialmente no que tange à utilização das pessoas jurídicas para intermediar a venda do café do produtor para a comercial atacadista, inclusive com pleno conhecimento da empresa autuada. Os corretores afirmaram que as próprias empresas tradicionais de exportação e industrialização do café passaram a dificultar a compra com nota fiscal do produtor rural, exigindo notas em nome de pessoas jurídicas.

- Segundo os corretores, algumas empresas foram constituídas com a única e exclusiva finalidade de vender notas fiscais, sendo que a Nicchio Sobrinho tinha pleno conhecimento, participava e se beneficiava do esquema fraudulento. Os dirigentes da NICCHIO SOBRINHO não só sabiam de tudo, como estavam no controle, pois os documentos que foram apreendidos na própria NICCHIO SOBRINHO no curso da “OPERAÇÃO BROCA”, comprovam, de forma irrefutável, que a empresa possuía um “CONTROLE DIÁRIO DE COMPRAS” de café onde registrava o nome do produtor/maquinista que havia vendido o café, bem como empresa de fachada usada para falsamente documentar a operação.

- A NICCHIO SOBRINHO preenche os requisitos estabelecidos para a aplicação obrigatória da suspensão nas compras de café efetuadas com cooperativas.

- Assim, em relação ao ano de 2011, foram efetuadas glosas em duas espécies de crédito a saber: (i) aquisições de café de empresas de fachada inseridas como intermediárias

fictícias entre o produtor rural/maquinista e a NICCHIO SOBRINHO e de cerealistas dissimulados de comercial atacadista e; (ii) compras de café efetuadas de cooperativas.

- Nas aquisições de produtores rurais e cerealistas foi calculado o crédito presumido a que a empresa faz jus, vez que informou ser o café destinado à revenda, beneficiado, padronizado, preparado e separados por densidade dos grãos com redução dos tipos de classificação. Em relação às aquisições de cooperativas apurou-se o crédito presumido previsto no art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

- Em razão das glosas, a fiscalização efetuou a recomposição das bases de cálculo dos créditos a descontar. Como o autuado realizou operações de vendas para o mercado interno e também para o mercado externo, impôs-se o rateio dos créditos com base na proporção da receita bruta.

- O crédito a ser utilizado para descontar o PIS ou a COFINS apurado no mês observou a seguinte ordem: primeiro o crédito vinculado ao mercado interno; em seguida, o crédito presumido da atividade agroindustrial, e, por fim, o crédito vinculado ao mercado externo, sendo o saldo passível de ressarcimento/compensação no final do trimestre.

- A partir de 01/01/2012, ficou suspensa a incidência do PIS e da COFINS sobre as receitas decorrentes da venda no mercado interno de café não torrado (código 0901.1 da Tipi), sendo que a pessoa jurídica sujeita ao regime de apuração não cumulativa dessas contribuições passou a ter direito ao crédito presumido calculado mediante a aplicação do percentual de 10% das alíquotas do PIS/COFINS sobre a receita de exportação. Ao final de cada trimestre, o crédito presumido não utilizado na forma prevista na citada lei pode ser objeto de ressarcimento em dinheiro. Foram deferidos integralmente os valores contidos nos pedidos de ressarcimento da NICCHIO SOBRINHO no ano de 2012.

- Sobre o PIS e a COFINS apurados de ofício relativo ao ano de 2011 foi lançada a multa de 150% em razão da utilização de notas fiscais de empresas de fachada e cerealistas dissimuladas de comercial atacadista. Foi também lançada a multa isolada sobre o valor total dos débitos indevidamente compensado, e sobre o valor do crédito objeto de pedido de ressarcimento indeferido.

Cientificado do lançamento de Cofins e PIS/Pasep, o sujeito passivo apresentou a impugnação, alegando e requerendo, conforme consta na decisão recorrida:

(...)

- *impõe-se a nulidade de todos os atos praticados, inclusive os autos de infração, pois houve cerceamento do direito de defesa e do contraditório, vez que a autuada não pode participar da produção da prova, o que gera a invalidade do MPF;*
- *a Autoridade Administrativa em momento algum oportunizou à empresa o direito de participar da colheita dos depoimentos prestados pelos produtores rurais, corretores e maquinistas;*
- *os elementos probatórios trazidos ao processo encaixam-se no conceito de prova ilícita, pois a ação penal na qual se encontra vinculada (autos n. 2008.50.05.00538-3) foi trancada, isto é, extinta, por força da decisão proferida no HC nº 2012.02.01.014311-5, impetrado diretamente no TRF da 2ª*

Região;

- *o direito de crédito decorrente da não-cumulatividade está de acordo com a legislação, pois adquiriu bens de pessoa jurídica domiciliada no País para posterior revenda;*
- *as aquisições de bens se deram por intermédio de pessoas jurídicas ativas no CNPJ e no Sintegra, com documentos que não foram declarados inidôneos e pagamentos efetuados por meio de transferência bancária;*
- *não há atribuição legal, nem possibilidade de a empresa exportadora verificar a atuação da empresa intermediária, pois tal procedimento cabe à Receita Federal;*
- *impende destacar que as empresas citadas como supostamente laranjas procediam por intermédio de corretores de café, vendendo para todo mercado brasileiro, sendo a Impugnante uma das adquirentes;*
- *ao adquirir 'café cru em grão' o revende no mercado externo, em alguns casos, antes da revenda, o rebeneficia, sem o exercício cumulativo das atividades de padronizar, beneficiar, preparar e misturar tipos ou separar por densidade dos grãos;*
- *o adquirente das sociedades cooperativas de produção agropecuária tem direito ao aproveitamento integral dos créditos da contribuição em referência, porque estas não têm direito à manutenção dos créditos ordinários originados da aquisição de bens e serviços;*
- *a cadeia produtiva do café a ser exportado pressupõe três etapas;*
- *na primeira etapa, a venda de café de pessoa física, produtor rural, não há Cofins incidente sobre a venda para cooperativa, mas a venda de pessoa jurídica (cerealista, agropecuária e sociedade cooperativa) para cooperativa de produtos do código NCM 9.01, faz-se mediante suspensão da exigibilidade;*
- *o adquirente necessita ter os requisitos apontados na legislação para que a suspensão citada seja aplicável: lucro real, exerça as atividades citadas no §6º do art. 8º, caput, da Lei nº 10.925/2004, e utilização do produto in natura ou insumo na fabricação de produtos classificados no capítulo 9 da NCM;*
- *em virtude da suspensão na etapa anterior sociedades cooperativas de produção agropecuária têm direito ao aproveitamento presumido dos créditos da contribuição, visto que produzem "café cru em grão";*
- *a sociedade cooperativa de produção agropecuária, inclusive agroindustrial, antes adquirente na 1ª etapa, agora, fornecedora, vende "café cru em grão" beneficiado para empresa exportadora, no caso, a empresa ora impugnante;*

- *nesse caso, a recorrente/adquirente tem direito ao aproveitamento do crédito integral, se a venda decorre de ato não-cooperativo;*
- *se a venda decorre de ato cooperativo, a recorrente/adquirente também tem direito ao aproveitamento do crédito integral, mas a legislação prevê ajuste na base de cálculo;*
- *a autoridade fiscal desconsiderou uma das etapas do processo produtivo do café, mais especificamente, a 2ª etapa;*
- *somente na saída do café in natura, destinado à utilização como insumo de produção do café cru em grão, é obrigatória a suspensão da exigibilidade da Cofins, assim, o aproveitamento do crédito presumido ocorre apenas na segunda etapa, não sendo o caso da impugnante que atua na terceira etapa;*
- *se os fornecedores da impugnante deixaram de recolher tributos ou apresentaram declarações falsas não cabe a esta qualquer responsabilidade;*
- *responsabilidade solidária aplica-se somente ao sujeito passivo e decorre sempre de lei, não podendo ser presumida;*
- *não há prova de dolo, e, além disso, a multa de 150% viola os princípios da proporcionalidade e do não-confisco.*

O impugnante cita legislação, doutrina e jurisprudência e, com base na argumentação expendida, requer:

a) produção de novas provas mediante diligências para conferência das notas fiscais, pagamentos efetuados e cadastros das pessoas jurídicas fornecedoras;

b) deferimento da juntada de documentos que acompanham a peça impugnatória;

c) nulidade da decisão exarada no Termo de Encerramento Fiscal e dos autos de infração de PIS, Cofins e Multa qualificada;

d) reconhecimento integral do direito creditório de PIS/Cofins decorrente das aquisições de cooperativa.

(...)

Mediante o Acórdão nº **12-68.663**, de 18 de setembro de 2014, a 17ª Turma da DRJ/RJO julgou a impugnação da contribuinte **improcedente**, conforme ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

FRAUDE. DISSIMULAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO. NEGÓCIO ILÍCITO.

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

Autenticado digitalmente em 02/02/2016 por MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, Assinado digitalmente em 02/02/2016 por MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por DIEGO DINIZ RIBEIRO, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 03/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Comprovada a existência de simulação/dissimulação por meio de interposta pessoa, com o fim exclusivo de afastar o pagamento da contribuição devida, é de se glosar os créditos decorrentes dos expedientes ilícitos, desconsiderando os negócios fraudulentos, a fim de fazer recair a responsabilidade tributária, acompanhada da devida multa de ofício, sobre o sujeito passivo autuado.

USO DE INTERPOSTA PESSOA. INEXISTÊNCIA DE FINALIDADE COMERCIAL. DANO AO ERÁRIO. CARACTERIZADO.

Negócios efetuados com pessoas jurídicas, artificialmente criadas e intencionalmente interpostas na cadeia produtiva, sem qualquer finalidade comercial, visando reduzir a carga tributária, além de simular negócios inexistentes para dissimular negócios de fato existentes, constituem dano ao Erário e fraude contra a Fazenda Pública, rejeitando-se peremptoriamente qualquer eufemismo de planejamento tributário.

COOPERATIVA. REGIME DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. OBRIGATORIEDADE.

A obrigatoriedade do regime de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, no âmbito da não-cumulatividade de PIS e Cofins, nas vendas da cooperativa agropecuária para a agroindústria, não se desqualifica pelo descumprimento de obrigações acessórias impostas às partes envolvidas no negócio, havendo, por outro lado, o benefício fiscal do crédito presumido para o adquirente.

MULTA DE OFÍCIO. FRAUDE. QUALIFICAÇÃO.

A multa de ofício qualificada deve ser aplicada quando ocorre prática reiterada, consistente de ato destinado a iludir a Administração Fiscal quanto aos efeitos do fato gerador da obrigação tributária, mormente em situação fraudulenta, planejada e executada mediante ajuste doloso.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2012

NULIDADE.

Não padece de nulidade o auto de infração, lavrado por autoridade competente, contra o qual o contribuinte pode exercer o contraditório e a ampla defesa, onde constam os requisitos exigidos nas normas pertinentes ao processo administrativo fiscal.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Operam-se os efeitos preclusivos previstos nas normas do processo administrativo fiscal em relação à matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, ou em relação à prova documental que não tenha sido apresentada, salvo exceções legalmente previstas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ELEMENTOS DE PROVA.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação; precluído o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, exceto quando justificado por motivo legalmente previsto.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSÁRIA. INDEFERIMENTO

Indefere-se o pedido de diligência (ou perícia) quando a sua realização revele-se prescindível ou desnecessária para a formação da convicção da autoridade julgadora.

A contribuinte foi regularmente cientificada da decisão de primeira instância em 21/10/2014.

Em 17/11/2014, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), repisando os argumentos da impugnação e acrescentando outros, sintetizados nos seguintes tópicos:

1.1 - Preliminarmente: evidente cerceamento de defesa e da nulidade do processo administrativo. Ilegalidade do r. acórdão recorrido. Supressão às garantias do contraditório e da ampla defesa. CF, art. 5º, inc. LIV e LV. Lei n. 9.784/99, art. 2º, inciso X, art. 3º, inc. III e art. 38.

1.2 - Operação Broca. Ação penal recentemente trancada por força do HC n. 2012.02.01.014311-5.

2 - Da análise do mérito: manifesto equívoco da 17ª Turma da Colenda DRJ/RJI em manter a glosa dos créditos de PIS/COFINS não cumulativos. Validade das relações jurídicas de compra e venda de café.

3 - Da análise do mérito: equívoco do r. acórdão da 17ª Turma da DRJ/RJI ao entender pela existência de compra de café de "pseudo-atacadistas". Inexistência de simulação. Ausência de prova concreta/robusta que vincule a Recorrente ao apontado conluio com as fornecedoras.

4 - A declaração de idoneidade de pessoa jurídica depende de declaração formal da Receita Federal do Brasil. Validade dos créditos de PIS/COFINS adquiridos de pessoas jurídicas com CNPJ ativo. Posicionamento do colendo STJ.

5 - Da indevida glosa dos decorrentes de aquisição de mercadoria de cooperativas.

5.1 - Das Aquisições de "Café Cru em Grão" pela Recorrente de Sociedades Cooperativas de Produção Agropecuária, inclusive, Agroindustrial.

5.2 - Direito ao Crédito Fiscal Integral da Contribuição para PIS/COFINS.

5.2.1 - A vinculação do crédito fiscal da contribuição para a PIS/COFINS à cadeia produtiva do café.

5.2.2 - Da impossibilidade jurídica de aproveitamento do crédito presumido em duplicidade na cadeia do café.

5.3 - Da impossibilidade jurídica de aplicação do regime de suspensão nas aquisições de "café cru em grão" realizadas junto às sociedades cooperativas de produção agropecuária, inclusive agroindustrial.

6 - Do indeferimento do pedido de diligência. Nulidade do v. acórdão e do processo administrativo.

7 - Solução da consulta n. 65 e PARECER/PGFN/CAT/Nº 1425/2014 - Cosit confirma o direito ao crédito integral das aquisições feitas por cooperativas.

8 - Da indevida aplicação da multa de 75% (art. 44 da Lei n. 9.430/96) e 150% (§§ 16 do art. 74 da Lei n. 9.430/96) sobre o pedido de ressarcimento e compensação indevido/indeferido. Aplicação do princípio da proibição do non bis in idem. Incidência do princípio da proibição do confisco.

8.1 - Da aplicação do princípio do non bis in idem.

8.2 - MULTA ISOLADA, art. 74, §§ 15º e 17º, da Lei n. 9.430/96. Afronta ao direito constitucional de petição, art. 5º, XXXIV, alínea "a", da CF/88. ADI 4905/DF e RE 640.452-RG, em trâmite no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

8.3 - Do caráter confiscatório das multas aplicadas nos Autos de Infração ns. 10740.720030/2014-30 e 10740.720032/2014-29. Art. 150, inc. IV, CF/88.

Ao final do Recurso Voluntário, requereu a recorrente:

A) Preliminarmente, seja CONHECIDO e PROVIDO o presente recurso para ANULAR o v. acórdão n. 12-68.663 para DEFERIR as DILIGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS, conforme autoriza o art. 16 do Decreto n. 70.235/72, realizando-se mediante a baixa dos autos, para que autoridade fazendária faça a conferência de (i) todas as compras da RECORRENTE, sobretudo as notas fiscais dos fornecedores, (ii) os comprovantes de pagamento das operações via depósito bancário na conta corrente das empresas, bem como (iii) os cadastros das pessoas jurídicas atacadistas de café nas Receitas Federal e Estadual, no período em que ocorreram aquisições de bens; (iv) conferência da legalidade das aquisições provenientes do estado de Minas Gerais, principalmente do Município de Manhuaçu, tendo em vista que, conforme acima demonstrado, a RECORRENTE sempre adquiriu mercadorias de pessoas jurídicas em funcionamento regular perante o fisco (CNPJ ativo. Inscrição Estadual ativa, conta corrente em bancos, etc) e (v) providenciar a Indicação de todos os negócios jurídicos de compra e venda efetuados pelas empresas supostamente consideradas "laranjas", visando demonstrar que se tratavam de fornecedoras para múltiplas empresas compradoras.

B) No mérito, seja presente recurso conhecido e provido para o fim de, reformando o v. acórdão n. 12-68.663, ANULAR o Termo

de Encerramento Fiscal, em virtude dos fundamentos expostos, bem como para ANULAR o auto de infração oriundo da insuficiência/não pagamento de PIS/COFINS relativa ao ano de 2011;

C) Especificamente sobre as aquisições de café em grão cru realizadas de Cooperativas com crédito integral, **REQUER** seja conhecido e provido o presente **RECURSO** para o fim de que seja **RECONHECIDO O DIREITO AO CREDITAMENTO INTEGRAL** de PIS/COFINS referente às aquisições de cooperativa, conforme amplamente demonstrado no item III.5.

É o relatório.

Voto

Conselheira MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA

O recurso atende aos requisitos de admissibilidade e dele se toma conhecimento. Passa-se a analisá-lo de acordo com seus próprios tópicos.

"1.1 - Preliminarmente: evidente cerceamento de defesa e da nulidade do processo administrativo. Ilegalidade do r. acórdão recorrido. Supressão às garantias do contraditório e da ampla defesa. CF, art. 5º, inc. LIV e LV. Lei n. 9.784/99, art. 2º, inciso X, art. 3º, inc. III e art. 38."

A recorrente suscita nulidade do processo administrativo e ilegalidade do acórdão recorrido, por supressão às garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que os depoimentos pessoais de corretores de café, produtores, comerciantes, etc. foram colhidos ao total arrepio do conhecimento e participação da recorrente; e que o órgão de fiscalização valeu-se de elementos de prova extraídos de outros processos administrativos, os quais a recorrente não figurou na condição de parte.

Esta questão foi bem debatida na decisão de primeira instância, da qual adoto os fundamentos de decidir, nos termos do art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, para rejeitar a preliminar de nulidade do processo administrativo, conforme trechos abaixo extraídos da decisão recorrida:

(...)

Por outro lado, os depoimentos, citados pelo impugnante como prova testemunhal, são, na verdade, Termos de Declaração devidamente assinados pelos depoentes, onde não se vislumbra traço de coação, inclusive muitos acompanhados de advogados, por isto mesmo lícitos. Não há elementos nos autos para imputar a nenhum dos depoentes a qualidade de interessado no julgamento contra o autuado, ou a existência de alguma relação (exceto de natureza comercial ou negocial) entre a impugnante e os depoentes (ou de seus parentes) que implique interesse no resultado da decisão administrativa negativa da perspectiva do autuado. Ao contrário, a decisão administrativa favorável ao recorrente seria de maior interesse para muitos dos depoentes, que de algum modo podem ser responsabilizados na medida de

participação, em tese, no esquema de simulação/dissimulação dos atos comerciais sub examine.

Ademais, no âmbito do processo administrativo tributário, e em analogia ao processo penal, a auditoria-fiscal é a fase inquisitorial que, antecedendo a fase contenciosa do procedimento, não se rege pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, pois se destina à investigação, à colheita de informações e de elementos de prova para a formação da convicção da autoridade fiscal a respeito da ocorrência, ou não, do fato gerador do tributo e de infrações porventura existentes. O encerramento desta fase com a lavratura do auto de infração, propicia, com a ciência do contribuinte, a fase contenciosa, esta sim plenamente regida pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, ou de modo mais amplo, do devido processo legal.

A corroborar esse entendimento está o fato de que a auditoria-fiscal, em certos casos, pode ser reduzida ao mínimo, dispensando qualquer fiscalização externa para efetuar o lançamento tributário e, então, o Fisco autua o contribuinte sem auditar o seu estabelecimento e sem intimá-la previamente, desde que já disponha dos elementos de prova para tanto, como acontece nas autuações decorrentes do simples exame de declarações (Declaração de Ajuste Anual de Pessoa Física - DIRPF, ou Declaração de Contribuições e de Tributos Federais da Pessoa Jurídica - DCTF) em cotejo com dados disponíveis nos sistemas informatizados.

*Acrescentando-se, por último, que não há vício na coleta dos elementos probatórios, porquanto foram obtidos no bojo da **Operação Broca** que - deflagrada como desdobramento da **Operação Tempo de Colheita** - decorreu de ação conjunta da Receita Federal, do Ministério Público Federal e da Polícia Federal. A partir do resultado obtido desse esforço conjunto, cada instituição atuou com os elementos que são pertinentes às suas funções legais e constitucionais.*

*Finalmente, o próprio Ministério Público Federal, titular da ação penal, encaminhou, mediante **autorização judicial**, à Receita Federal documentos relativos à Operação Broca por entender haver neles nítido interesse fiscal (Ofício nº 466/2010 do MPF à DRF/Vitória/ES, fls. 731/732). Depois encaminhou, em outro ofício (Ofício nº 0549/2011 PRM/COL-PAG), CD's "contendo cópias digitalizadas das análises das mídias eletrônicas apreendidas no bojo da "Operação Broca" e que contou com o apoio técnico dos Auditores Fiscais da Receita Federal, em vista do **nítido interesse fiscal**" (fl. 733).*

Portanto, não há falar nesta quadra de documentos obtidos ilicitamente.

*Em conclusão, no processo administrativo fiscal, como em qualquer processo judicial ou administrativo, as partes submetem-se à regra geral do ônus da prova. Incumbe à **Autoridade Fiscal** o ônus de provar os fatos constitutivos do **direito da Fazenda Nacional**. Assim, cabe aos Auditores da*

Receita Federal provar a ocorrência do fato gerador e demais circunstâncias necessárias à constituição do crédito tributário. E, de fato, a autoridade fiscal formulou a exigência tributária a partir de um conjunto probatório extenso e robusto. O princípio do contraditório autoriza ao contribuinte autuado desconstituir a exigência atacando as provas colhidas. É necessário, contudo, mais que mera alegação. Os requisitos inerentes ao contraditório e à ampla defesa foram observados com a ciência integral dos autos de infração, contra os quais o contribuinte pode deduzir defesa, igualmente robusta.

Finalmente, não se vislumbra qualquer coação, abuso ou artil na fiscalização empreendida pelas autoridades da Receita Federal, assim, o descabimento de qualquer alegação de nulidade, ou mesmo pedido de retirada de provas, deve ser rejeitada. Conclusão que se torna indubitosa quando se verifica que o auto de infração contém todos os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do fato;
- IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;
- V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O simples cotejamento de cada auto de infração lavrado com cada requisito acima enumerado não permite duvidar de obediência plena às determinações legais, inclusive no que se refere à descrição dos fatos.

Por outro lado, não se verifica ofensa ao art. 5º, LV, CF/88, pois houve ciência e oportunidade para o contraditório e a ampla defesa, nem se detecta violação aos art. 3º e 142 do CTN, pois, há indiscutível base legal - citada no auto - para o lançamento de ofício e para exigência de multas correspondentes.

Enfim, não tendo havido cerceamento de defesa, tendo sido lavrado o auto de infração por autoridade competente com todos os requisitos estabelecidos no art. 10 do Decreto nº 70.235/72 (PAF), consideram-se válidos todos os atos praticados no procedimento fiscal que redundou no presente auto de infração, porque em consonância ao que determina o PAF, art. 59, verbis:

Art. 59. São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No presente processo todos os documentos e os relatórios a estes acostados foram suficientes para a correta compreensão das irregularidades para efeitos de elaboração da defesa administrativa da recorrente por ocasião da sua notificação do lançamento. Da análise dos autos, não se infere em nenhum momento qualquer prejuízo à sua defesa. Tanto a impugnação como o recurso apresentados demonstram que a contribuinte autuada tinha pleno conhecimento dos fatos aqui descritos e das infrações que lhe foram imputadas.

A circunstância de os Autos de Infração terem sido lavrados depois de colhidos depoimentos de terceiros e informações diversas, mas sem intimação prévia à contribuinte, não implica qualquer ilegalidade. Na etapa anterior ao lançamento não é imprescindível a participação do sujeito passivo. Quando a administração já dispõe de todos os dados, deve efetuar o lançamento e dar ciência ao contribuinte, que, a partir daí, exercerá o contraditório e a ampla defesa.

Nessa esteira é que dispõe a **Súmula CARF nº 46** que: "O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário."

Também não se cogita de ilegalidade da decisão de primeira instância, que decidiu motivadamente, sem cerceamento do direito de defesa, como se vê dos trechos acima transcritos, sobre o não cabimento da nulidade suscitada pela impugnante.

"1.2 - Operação Broca. Ação penal recentemente trancada por força do HC n. 2012.02.01.014311-5."

Não pode prosperar a alegação da recorrente de ilegalidade das provas extraídas de ação penal trancada por força de decisão judicial do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Conforme se vê do conteúdo da decisão judicial proferida no *Habeas Corpus* nº 2012.02.01.014311-5 nada foi mencionado acerca da eventual ilegalidade das provas, tendo o trancamento da ação penal, em face do paciente e dos demais acusados, se dado em face da ausência de decisão definitiva de constituição do crédito tributário, que seria pressuposto necessário para a instauração da ação penal de um crime contra a ordem tributária.

Desta forma, diante da ausência de qualquer declaração judicial de ilegalidade das provas, a referida decisão judicial não obsta ao prosseguimento do presente processo, pelo contrário, ela alerta sobre a necessidade da conclusão do processo administrativo de crédito tributário para que se configure a justa causa para a instauração da ação penal.

"2 - Da análise do mérito: manifesto equívoco da 17ª Turma da Colenda DRJ/RJ1 em manter a glosa dos créditos de PIS/COFINS não cumulativos. Validade das relações jurídicas de compra e venda de café."

Alega a recorrente que todos os fornecedores de café em grão cru da Recorrente estavam, no ano de 2008, plenamente ativos perante a Receita Federal do Brasil, estando, portanto, credenciados como regulares perante as empresas adquirentes. Apoiando-se na decisão judicial proferida no REsp 1148444/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA

SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010), argumenta a recorrente que todos os requisitos para regularidade da aquisição dos créditos fiscais segundo reconhecido pelo STJ se fariam presentes no caso.

No entanto, há uma grande diferença entre a situação destes autos e a do precedente jurisprudencial citado, que tutelou o adquirente que pode demonstrar a **"veracidade da compra e venda efetuada"**, o qual não poderia, naquele caso, ser prejudicado pela **desconhecida** inidoneidade de terceiro com quem **contratou de boa-fé**.

No caso dos presentes autos, não se comprovou a veracidade das compras e vendas entre a recorrente e as pessoas jurídicas contratadas, conforme apurado pela fiscalização, confirmado em decisão de primeira instância e restará ratificado ao final deste Voto.

Em sentido contrário ao que se constatou no precedente judicial citado pela recorrente, restou evidenciado no presente processo, pelo conjunto probatório apresentado pela fiscalização que não pode ser infirmado pela recorrente, que ela, na verdade, adquiria o café de produtores pessoas físicas, sendo que as pessoas jurídicas intermediárias não compravam, nem revendiam o produto, mas apenas emitiam notas fiscais com o objetivo de gerar créditos de PIS e Cofins para a adquirente, ora recorrente.

Verificou-se que a movimentação financeira na conta bancária da pessoa jurídica fornecedora era apenas para dar aparente legalidade à operação de compra e venda inexistente entre esta e a recorrente. Constatou-se também que algumas contas eram movimentadas por intermédio de funcionários das próprias empresas exportadoras compradoras do café. As compras eram efetivadas diretamente junto aos produtores rurais/maquinistas pelos compradores dessas empresas e "guiadas" em nome de empresa laranja.

Junto aos produtores rurais foi apurado que havia uma negociação direta, ou por meio de corretores, entre os produtores rurais e as empresas exportadoras, como a recorrente, porém, nas notas fiscais apareciam como pseudo compradores atacadistas intermediários, tais como, Colúmbia, Do Grão, V. Munaldi, JC Bins, e outros. Os produtores rurais, via de regra, não preenchiam as notas fiscais, o que ficava a cargo dos escritórios dos corretores e/ou compradores.

Os corretores de café confirmaram a utilização das pessoas jurídicas para intermediar, de forma ficta, a venda do café do produtor para a comercial atacadista, inclusive, com pleno conhecimento da empresa ora autuada de tais operações. Os corretores afirmaram que as próprias empresas tradicionais de exportação e industrialização do café passaram a dificultar a compra com nota fiscal do produtor rural, exigindo notas em nome de pessoas jurídicas.

Segundo os corretores, a Nicchio Sobrinho tinha pleno conhecimento, participava e se beneficiava do esquema fraudulento. Os dirigentes da recorrente não só sabiam de tudo, como estavam no controle, pois os documentos que foram apreendidos na própria empresa no curso da "Operação Broca", comprovam que a empresa possuía um "Controle diário de compras" de café onde registrava o nome do produtor/maquinista que havia vendido o café, bem como empresa de fachada usada para falsamente documentar a operação.

"3 - Da análise do mérito: equívoco do r. acórdão da 17ª Turma da DRJ/RJ ao entender pela existência de compra de café de "pseudo-atacadistas".

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

Autenticado digitalmente em 02/02/2016 por MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, Assinado digitalmente em 02/02/2016 por MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por DIEGO DINIZ RIBEIRO, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM
Impresso em 03/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Inexistência de simulação. Ausência de prova concreta/robusta que vincule a Recorrente ao apontado conluio com as fornecedoras."

Alega a recorrente que o mercado de compra e venda de café em grãos cru é uma atividade dinâmica, na qual o comprador não se envolve com particularidades dos atos praticados pelas empresas fornecedoras, eis que o importa é a aquisição do produto; bem como vale-se exclusivamente do profissional do "corretor de café" para intermediar, as operações de compra e venda. No entanto, a recorrente teria buscado informações sobre a regularidade das empresas fornecedoras. Todas as operações de compra de café estariam, a seu ver, arriadas em documentos que comprovam a situação de regularidade fiscal e contábil das fornecedoras.

Assim, segundo entende, seria inaceitável as glosas de créditos de PIS/Cofins não cumulativos advindos de operações nas quais houve a entrega das mercadorias e os pagamentos do preço acordado, em virtude de uma leva de depoimentos colhidos ao arripio da participação prévia da interessada. Assevera que não haveria nos autos qualquer documento ou outro meio de prova que vincule a empresa recorrente às fornecedoras de café, senão na condição de compradora das mercadorias que lhe foram vendidas.

Conforme já esclarecido neste Voto, a coleta de depoimentos e outras provas sem a participação prévia da recorrente em nada invalida a autuação, já que essa foi instruída com todos os atos e termos necessários à ampla defesa da autuada.

Também a eventual ausência de comprovação de que a autuada exercia atos de gestão em todas as pessoas jurídicas fornecedoras e o fato de algumas delas terem sido constituídas antes da vigência da técnica da não cumulatividade não altera a conclusão do fato de que a autuada participava do esquema fraudulento da utilização de pessoas jurídicas intermediárias, as quais simulavam sua participação na compra e venda do café, para a obtenção do crédito integral das contribuições sociais não cumulativas.

Conforme bem esclareceu a decisão recorrida, as aquisições eram apenas formalmente documentadas como se fossem advindas da pessoa jurídica, mas, materialmente, eram aquisições de pessoas físicas:

(...)

Uma vez confessado pelas próprias "atacadistas", fornecedoras da contribuinte, que não vendiam café, mas apenas forneciam nota fiscal para uma operação eufemisticamente chamada de "guiar o café", conclui-se que a correspondente compra do café pela contribuinte não passa de simples arranjo documental com vistas a vantagens tributárias ilícitas. Em suma, se não houve a venda conforme confessado - por quem podia confessar - tampouco poderia ter havido a compra, a contrario sensu, estar-se ia diante de fenômeno único no mundo jurídico, onde uma compra não se conecta com sua contraparte lógica, a venda.

O simples fato de que "comprou, pagou e recebeu a mercadoria", o que seria suficiente para garantir o crédito de PIS/Cofins, na forma do parágrafo único do art. 82, da Lei nº 9.430/96, não é eficaz, porquanto a Fiscalização investiga resposta à outra questão: "de quem?". E as provas dos autos direcionam para a resposta de que "comprou, pagou e recebeu a

mercadoria” de produtor rural (pessoa física), não de pessoa jurídica, no que pese as notas fiscais tenham sido construídas para mascarar a realidade, fazendo nelas constar “empresas” sem qualquer vínculo com o mercado de café, mas criadas para participar de um estratagema de ataque à Fazenda Nacional.

*No quadro probatório assentado têm-se ainda por irrelevantes as alegações da inconformada quanto à inexistência de declaração de inidoneidade/inaptidão das empresas fornecedoras; ao tempo em que efetuou as transações, e de que tomou o cuidado de verificar a regularidade das empresas fornecedoras no CNPJ ou Sintegra. As alegações são irrelevantes porque independentemente da declaração de inaptidão, em ato oficial adequado emitido pela autoridade competente da Receita Federal do Brasil, a documentação fiscal pode ser considerada como tributariamente ineficaz, quando comprovado **não ter havido a transação a que se refere**, permitindo concluir que os documentos apresentados mascaram uma aquisição fictícia de mercadorias, impondo-se afastar a faculdade de a interessada calcular crédito de PIS/Cofins na incidência não-cumulativa.*

(...)

O robusto quadro probatório levantado pela fiscalização conduz ao entendimento de que a autuada participava da fraude e não apenas atuava inocentemente na compra de café de pessoas jurídicas inidôneas, conforme detalhou a decisão recorrida:

(...)

*Antônio Gava, inicialmente sócio e depois administrador da **Colúmbia**, no depoimento que se encontra às fls. 734/736 dos autos, corrobora a tese da auditoria de modo expresso, e, sem peias ou meias palavras, esclarece o **modus operandi** das empresas envolvidas:*

Que a Colúmbia funciona como recebedora da nota fiscal do produtor e emissora da nota fiscal de saída, que vai para o real proprietário do café, ou melhor, o verdadeiro comprador de café;

O real comprador de café adquire o produto do produtor rural por intermédio de corretores de café;

Que os compradores de café efetuam depósitos nas contas correntes da Colúmbia, e esta efetiva o pagamento aos produtores rurais.

(gn)

*Registre-se que Thiago de Resende Gava, filho de Antônio Gava, antes de fundar a Colúmbia, trabalhou na Nicchio Sobrinho. Logrou a **Colúmbia** negociar mais de **55 milhões de Reais em fornecimento de café para a Nicchio Sobrinho**, apenas no período de 2006/2008.*

*Em outro depoimento à Fiscalização, o Sr. **Altair Braz Alves**, ex-faturista da NICCHIO SOBRINHO, admitiu ser o verdadeiro proprietário da empresa V Munaldi – ME, embora figurasse o nome de Vilson Munaldi nesta condição. Mais esclarecedor ainda é o depoimento de Altair quanto ao modus operandi da **engrenagem que vai se revelando como esquema fraudulento***

para vender notas fiscais e simular elo na cadeia produtiva inexistente, tendo por fim ultimo gerar fictícios créditos de PIS/Cofins no regime da não-cumulatividade. No ano de 2006, a Nicchio Sobrinho registrou mais de 4 milhões de reais em notas da V. Munaldi. O depoimento completo de Altair está às fls. 737/740. Na seqüência, destacam-se alguns pontos.

*O citado depoimento estabelece os seguintes pontos cruciais. Afirma que a empresa V Munaldi – ME **nunca foi atacadista**, nem mesmo sequer atuou no seguimento de compra e venda de café, pois, **a empresa foi criada unicamente para fornecer notas fiscais** para os verdadeiros compradores de café, que adquiriam a mercadoria **diretamente** dos produtores rurais.*

*Neste sentido, ao receber a nota fiscal do produtor rural por intermédio de office-boy do verdadeiro comprador, emitia Nota Fiscal de Entrada, e, na mesma data, emitia nota fiscal de saída para o verdadeiro comprador. Afirma ainda Altair que **a operação real de compra e venda se dava diretamente entre o comprador final e o produtor rural**, funcionando a sua empresa como repassadora de recursos financeiros dos compradores para os produtores rurais. Nesta linha, afirma que **nunca teve qualquer contato com os produtores rurais**, no que tange às operações descritas nas notas.*

*Decorre logicamente, do que fora dito até agora, que a Empresa V Munaldi – ME não era remunerada mediante lucro resultante da atividade de compra e venda de café, porque não realizava tais atividades, mas recebia “comissão”, conforme admitira Sr. Altair, que precisou o valor na faixa de R\$0,35 a R\$0,50 por saca de café, pagos pelo verdadeiro comprador. Destaque-se que **Altair fora empregado da Nicchio Sobrinho**, antes de se tornar o “proprietário” da V Munaldi (fl. 738).*

Em resposta à intimação da autoridade fiscal, as empresas Colúmbia, e L&L confirmam a dedução acima (v. fls. 746 e ss):

*Vale ressaltar que em alguns casos, a Fiscalizada nem mesmo procurava o vendedor/produtor, pois **o comprador** (seja indústria, exportador ou corretora), **depois de fazer a negociação direta com o produtor** ou com a corretora de mercado futuro, apenas **informava a Fiscalizada que iria precisar de seus serviços**, quais sejam receber a Nota do Produtor, receber o dinheiro, pagar o produtor e emitir Nota Fiscal de Venda/Viagem.*

*Os recursos transitados pela conta da Fiscalizada são dos **compradores do café**, sejam estes corretores futuros, especuladores de mercado, indústrias torrefadoras, cerealistas, atacadistas ou exportadores.*

*Os sócios e/ou gestores da fiscalizada, na realidade e em verdade, são e sempre foram agentes de comércio (corretores de café), **sendo por imposição do mercado** (empresas que atuam do mesmo modo que a fiscalizada) **transformada em pessoas jurídicas**, para continuar ganhando pelo serviço prestado e*

sujeitando-se a situações como a presente fiscalização por exigência e imposição dos compradores, posto que esta seja a única forma de sobreviver em sua atividade comercial (gn)

*O depoimento denuncia a fraude, confirma seu modus operandi, e, ainda, demonstra a participação efetiva dos compradores, entre os quais está a contribuinte, ora impugnante. Não se trata de depoimento qualquer, mas dos próprios fornecedores da contribuinte. Observe-se no item 4, fl. 860, **citação expressa à Nicchio Sobrinho**:*

Dependendo da necessidade do Comprador em **baixar seu caixa “dois” ou de gerar mais créditos de entrada para caucionar as vendas**, solicitavam a emissão das notas com valores acima do mercado, inclusive acima da pauta fiscal, que via de regra já é mais elevada que o preço comercial. Todas as empresas fizeram e fazem uso desta prática, podendo-se destacar **Nicchio Sobrinho**, ...

Algumas empresas Exportadoras/Indústrias comprovadamente, pelo que foi registrado até agora, efetivamente participaram da montagem e do uso do esquema fraudulento. Há prova documental neste sentido, e os depoimentos também convergem perfeitamente para este ponto.

(...)

Em mais um depoimento, de um outro corretor – Valério Antônio Dallapícula -, novamente de modo muito explícito é descrita a fraude (fls. 757 e 758), afirma, por exemplo, que os reais compradores (exportadoras e indústrias) perguntavam aos produtores quem iria “guiar” o café, muitas vezes elas mesmas indicando um nome, denunciando até uma reunião entre as reais compradoras e os corretores para passar “orientações”, entre as quais, a de pulverizar o café guiado em várias empresas, diminuindo o volume da Colúmbia, a de não mencionar o nome do produtor rural no fechamento das operações, nem deixar pistas (telefone, e-mail, MSN):

Que a interposição de uma pessoa jurídica **para mascarar a operação de compra de café** das empresas acima relacionadas diretamente do produtor rural iniciou-se com as próprias compradoras de café, que no início as notas fiscais do produtor eram trocadas pela nota fiscal da interposta pessoa **dentro do próprio armazém da empresa compradora**, que nessas operações **o corretor recebia das compradoras o nome da interposta pessoa jurídica** pelo qual o café do produtor rural era guiado para dentro do seu armazém;(gn)

(...)

Que então se criou um círculo vicioso: **o comprador satisfeito com o café sendo guiado em nome de uma pessoa jurídica passou a solicitar que os corretores indicassem “empresas”** para que os produtores rurais guiassem o café;

(...)

Que confirma a ocorrência de uma **reunião na NICCHIO SOBRINHO, na qual o declarante estava presente**, juntamente com outros corretores, onde foi dito que os corretores teriam de **diminuir a quantidade de café guiado em nome da COLÚMBIA**, pulverizando

(...)

Há, nos autos, outros depoimentos de corretores todos convergindo para os pontos acima destacados.

As declarações dos produtores rurais esclarecem pontos adicionais e confirmam outros já sublinhados por corretores. É o caso do depoimento do produtor rural/maquinista Sr. Fernando Plantikow Neto (fls. 769/770):

(...)

4) (...) que realizava venda de café de sua propriedade e de seus familiares, assim como, intermediava a venda de café de meeiros e pequenos produtores rurais da região diretamente com as seguintes empresas que por ora se recorda: (...), NICCHIO SOBRINHO e (...);

5) Que, a partir de um determinado momento, o declarante se recorda que os compradores dessas empresas, (...), (...) e Sr Edinho (Nicchio Sobrinho) indicaram que o declarante procurasse as ‘empresas’ Do Grão, Colúmbia, Acácia, L&L, dentre outras, para que guiasse o café do produtor rural para uma dessas empresas listadas; que, ao depois, era efetuada a troca da nota fiscal do produtor rural pela nota fiscal de uma das empresas indicadas guiando o café para a (...) Nicchio Sobrinho e (...);

(...)

7) Que o declarante afirmou que é descontado um determinado valor, que chegava a **R\$1,00, do produtor rural, para pagar o fornecedor da nota fiscal que guiou o café** para as empresas acima citadas;

8) Que o declarante afirmou que a troca de nota fiscal do produtor rural ocorria em um determinado ponto, previamente estabelecido, sendo que um moto boy comparecia para efetuar a troca;

(...) (gn)

Nota-se aí, na citação expressa à Nicchio Sobrinho pelo produtor rural/maquinista, o papel ativo da autuada na operação, fato que refuta a hipótese de fraude sem sua participação, exceto se é admitida a teoria conspiratória, onde “atacadistas”, corretores do ramo e produtores rurais de café conspiram com o único propósito de prejudicar a contribuinte, ora impugnante. Mas diante da convergência irresistível dos depoimentos de personagens, que atuam com funções distintas na cadeia produtiva, a teoria conspiratória revela-se mera fantasia. O exame de mais um depoimento firma mais ainda esta convicção. Trata-se do depoimento do produtor rural Jarbas Alexandre Nicoli, a descrição detalhada torna inteiramente plausível a hipótese de uma intermediação fictícia com a participação ativa dos reais adquirentes (indústrias e exportadores) (fl. 822/824):

1) Que o declarante informou que é produtor de café na região de Jaguaré, com uma produção anual média em torno de 10.000 (dez mil) sacas, sendo a mesma em parceria/meação;

2) Que o declarante afirmou que a comercialização de seu café, produzido em meação, é feita por intermédio de corretores localizados em Colatina;

3) Que Paulo Zache, Junior Preti (RP COMISSARIA) e Fernando Alvarenga (CASA DO CAFE) são corretores de café em Colatina e que com quem o declarante, preponderantemente, mantém contato para a venda do café;

4) Que o declarante afirmou **nunca** ter negociado pessoalmente com a **COLUMBIA, (...) V. MUNALDI (...) ACÁDIA, DO GRÃO;**

(...)

6) Que o declarante afirmou que os corretores acima citados, por intermédio de FAX, repassavam o nome da empresa que deveria constar na nota fiscal do produtor rural;

7) Que o declarante afirmou que nunca pagou qualquer tipo de remuneração ou valor de corretagem para os corretores acima citados;

(...)

10) Que a partir de 2003, ainda por intermédio de corretores de café da região de Colatina, o declarante não mais conseguia vender sua produção diretamente para exportadores e indústrias, sendo o declarante orientado pelos mesmos corretores a guiar seu café em nome de outras pessoas tais como: COLUMBIA e V. MUNALDI;

(...)

12) Que os corretores informavam ao declarante que as notas fiscais de produtor rural seriam trocadas quando o motorista chegasse nas redondezas de Colatina, que preferencialmente se dava em um posto de gasolina; que neste momento o próprio motorista ligava para determinado número de telefone, fornecido pelo corretor, comunicando a sua chegada a fim de possibilitar o recebimento da nota fiscal para o local onde o café era descarregado; (gn).

A fiscalização intimou vários outros produtores rurais para esclarecer pontos dos negócios respectivos, dos resultados obtidos concluiu-se, em resumo, que (1) os produtores rurais desconhecem as pessoas jurídicas que constam como destinatárias das suas próprias notas fiscais. Ou seja, eles negociavam o café com a adquirente Nicchio Sobrinho e outros compradores, mas nas notas eram substituídos pela Colúmbia, Do Grão, Acácia, L&L, Miranda Com. Exp. e Imp. de Café e outras pseudo-empresas; (2) as notas eram ou preenchidas pelos reais compradores (Exportadoras e Indústrias), ou preenchidas pelo produtor com dados que lhes eram fornecidos pela Nicchio Sobrinho; (3) o café era retirado da propriedade rural pela Nicchio Sobrinho, e nos seus armazéns descarregado, (4) Sr. Carlos Henrique, genro do Sr. Nicchio Sobrinho, participa ativamente no setor de compra da Nicchio Sobrinho.

Repita-se: as 'pseudo-empresas' que constam nas notas fiscais de venda dos produtores rurais não participam da negociação, são desconhecidas dos produtores rurais, mas aparecem no momento de preenchimento da Nota Fiscal por exigência do real comprador.

*Quando a Autoridade Fiscal requisita às Empresas Do Grão, Acácia, L&L e Colúmbia informar se era do “**pleno conhecimento**” dos comerciantes, exportadores e indústrias, ou seja, dos compradores de que apenas forneciam a nota fiscal, para respaldar operação, que na verdade se dava entre real comprador e produtor rural, a resposta corrobora o que já está fartamente provado: “**Sim. Os grandes atacadistas, assim como os Torradores e os Exportadores tinham e tem pleno conhecimento de que as notas fiscais são vendidas, como também sabem que nossa empresa nunca recolheu nenhum valor de PIS e Cofins. Vale dizer que eles até incentivaram a abertura de varias empresas (...)**”. (v. por exemplo fl. 859, item 2). Acrescenta, em outro momento, que “regra geral, é o **comprador** (torrador, exportador ou atacadista) diretamente por si ou por meio do Corretor que o assessorou no negócio, que **determina qual empresa vai faturar, ou melhor, emitir a nota Fiscal** para guiar o produto da lavoura para os depósitos dos compradores”. (v. por exemplo fl. 859, item 3, fine)*

*Em outro momento ainda, relatam as empresas citadas Do Grão, Acácia, L&L e Colúmbia, que após fiscalização da Receita, as Torrefadoras passaram a exigir que os antigos maquinistas, “que antigamente faziam uso da nossa empresa para guiar o café, constituíssem empresas suas para guiar o café”. E assim, explicam, **surgiram outras atacadistas**, “que na verdade são a personificação jurídica dos antigos maquinistas”. Estas novas empresas “passaram a fazer os mesmos atos que os Grandes Atacadistas, Torradores e Exportadores, ou seja, comprar notas de pessoas jurídicas para acobertar as compras feitas diretamente dos produtores, já que os Maquinistas, só compram café dos produtores rurais de suas comunidades locais” (fls. 861, itens 6 e 7).*

Claro está que as empresas fornecedoras da empresa, ora autuada, tais como Do Grão, Acácia, L&L, Colúmbia e outras arroladas nestes autos, não operam no mercado de compra-venda de café, mas atuam em outro ‘mercado’, a saber, ‘mercado de compra-venda de nota fiscal’. Esta conclusão sobejamente demonstrada por farto suporte documental presente nos autos, é constantemente ratificada nos depoimentos dos próprios envolvidos na fraude.

*Empresas como Nova Brasília, Colúmbia, Do Grão, Acácia, L&L, V. Munaldi, e outras funcionam como ‘**laranjas**’, termo, aliás, corriqueiramente empregado no meio, como se registra no depoimento dos corretores. Por exemplo, em seu depoimento Devanir Fernandes dos Santos “afirmou que as empresas exportadoras e Indústrias, compradoras de café, para os as quais o declarante atua como corretor de café, tem **pleno conhecimento de que as empresas que constam nas notas fiscais como vendedoras de café são laranjas**” (fl. 786, item 5).*

Quanto ao preço da nota fiscal vendida, até final de 2003 era de 1%, o valor de Hum Real por saca de café vigorou entre 2004 e 2006, pois conforme explicaram Do Grão, Acácia, L&L e

Colúmbia “quando abriram muitas empresas novas, o preço foi caindo” para R\$ 0,50 ou R\$ 0,30 (v. fl. 860, item 5).

Como prova documental (v. fl. 1928), a Fiscalização cita dois cadernos contendo anotações de Edson Everaldo Bortolozzo (o citado Edinho), comprador da Nicchio Sobrinho. No caderno de compra da Nicchio Sobrinho aparecem o nome do produtor rural e o nome da empresa “atacadista” contratada para guiar o café, isto é, para vender a falsa nota fiscal. Observe-se o exemplo destacado à fl. 1928, onde aparece o nome Mazolini (produtor rural) seguida do nº 999 (pedido) e da abreviação “Col” de Colúmbia. O diálogo reproduzido na seqüência, fl. 1929), confirma a real compra e já fecha a simulação. No caso a compra é do produtor rural Ocimar Gomes, mas a nota fiscal deveria ser da Ypiranga. No diálogo “Edinho” da Nicchio Sobrinho adverte o corretor duas vezes, primeiro com a expressão “acorda” e depois, mas diretamente, com “e se espalhar já sabe que acontece”. Os diálogos mais completos encontram-se reproduzidos às fls. 1216/1229 e estão recheados de expressões análogas às citadas. No trecho citado no Termo de Encerramento Fiscal (fl. 1220) aparece o número do pedido (nv 112):

edinns (14:18:27): café do ocimar fica fechado

edinns (14:18:31): qual firma?

edinns (14:19:24): acorda

Sidnei VG (14:19:31): Ypiranga

edinns (14:19:38): nv 112

Sidnei VG (14:19:46): Agradecido...

edinns (14:19:57): e se espalhar já sabe que acontece

Na nota fiscal da Nicchio Sobrinho aparece todo o combinado no diálogo, vide sua reprodução à fl. 1221. O suposto vendedor é a Ypiranga, mas o número nv 112, referente ao pedido fechado do corretor com o produtor rural, aparece no canto inferior esquerdo do engendrado documento, e o transportador é o próprio Ocimar Gomes, o produtor rural! A prova da simulação/dissimulação é cabal.

Entre outras provas documentais, há as planilhas de “controle diário de compras”, que foram anexadas nos e-mails de Edson Bortolozzo (o Edinho) para os dirigentes da Nicchio Sobrinho. As planilhas encontram-se às fls. 1364/1729 dos autos, e no relatório da Autoridade Fiscal conclui-se que: [negritos da Relatora]

Essas planilhas de compras foram anexadas aos emails e encaminhadas por EDSON BORTOLOZZO aos dirigentes da empresa: SÉRGIO NICCHIO, JORGE NICCHIO, MAXWEL NICCHIO, NICCHIO JÚNIOR, PEDRO NICCHIO e outros. É mais um tipo de documento, onde restou, portanto, **comprovado que os dirigentes da empresa tinham pleno conhecimento acerca das compras de café de produtores/maquinistas documentadas com notas de empresas laranjas. (gn)**

Também a planilha de fl. 1939 demonstra a existência da operação fictícia, pois ao lado da quantidade de sacas registra-se o valor de R\$1,30, que representa a aludida remuneração por saca do (pseudo) atacadista para “guiar” o café. As notas fiscais citadas na planilha (2ª coluna) simulam a venda de “PJ” para outra PJ, encobrindo a venda real do produtor rural para a PJ:

Por exemplo, a planilha mostra que no dia 26/05/2010 foi emitida a nota fiscal nº 4843 com 180 sacas de café ao preço unitário de R\$234,00 para a NICCHIO SOBRINHO, referente à compra NV 0684/10 – Confirmação nº 0197/10. Compulsando a nota fiscal nº 4843, da RODRIGO SIQUEIRA, que fora apresentada pela NICCHIO SOBRINHO em atendimento à intimação fiscal, verifica-se que se trata de venda de Domingos Perim que conduziu o seu próprio veículo de placa MPO 1651 até o armazém da NICCHIO SOBRINHO (fl. 1.939).

De documentos recebidos da Polícia Federal (fls. 730/731), a planilha de saídas da Colúmbia (v. fl. 1907 e ss) para a Nicchio Sobrinho deixa claro a distinção entre o vendedor ficto (a própria Colúmbia) e o vendedor real, pessoa física/produtor rural. A origem da mercadoria é o produtor rural, no caso Jarbas Alexandre Nicoli, e o destino é a Nicchio Sobrinho. Jarbas Alexandre Nicoli, no entanto, declarou que sua produção é negociada diretamente com Nicchio Sobrinho, mas que em determinado ponto era efetuada a troca das notas fiscais (fls. 822/824).

A Fiscalização comprovou que a própria Nicchio Sobrinho depositava os recursos que a Colúmbia necessitava para o pagamento exato aos produtores rurais. Comparar a planilha de fl. 1977 (Razão Analítico da própria Nicchio Sobrinho) com a planilha de fls. 1978: É curioso notar que a “venda” do café para a Colúmbia, e a “revenda” desta para a Nicchio Sobrinho eram efetuadas pelo mesmo preço, situação comercialmente muito heterodoxa. [grifos da Relatora]

Antonio Gava (já citado sócio da Colúmbia) confirmou a mecânica de pagamentos da Nicchio Sobrinho aos produtores rurais e, simultaneamente, aos (pseudo) atacadistas (reproduzido parcialmente à fl. 1921):

(...) QUE, para pagar a NICCHIO SOBRINHO, mais precisamente para os sócios SÉRGIO, MAXUEL e JORGE, foi orientado por eles a vender nota fiscal, com vistas a possibilitar o creditamento das contribuições PIS e COFINS por parte da empresa. QUE, esclarecendo melhor, passou a fornecer a nota fiscal de sua empresa, em virtude da compra de café da NICCHIO SOBRINHO diretamente para o produtor; QUE, ficou acertado com os sócios da NICCHIO SOBRINHO que seria abatida da dívida de R\$0,80 a R\$1,00 por saca de café guiada por sua empresa (...). QUE, fazia contatos com SÉRGIO, MAXUEL e JORGE por telefone, (...) QUE, para pagamento dos produtores rurais de café adquirido pela empresa NICCHIO SOBRINHO, os sócios dessa empresa depositavam os valores em uma conta da COLÚMBIA e lhe mandavam posteriormente uma relação dos

produtores de café que deveriam ser pagos, com os respectivos montantes discriminados (...).

O depoimento resume com coerência tudo o que a documentação extensa amalhada pela Fiscalização (e também pela Polícia Federal e pelo Ministério Público) e constante dos autos confirma.

O papel fictício das "atacadistas" na negociação direta entre produtor rural e a Nicchio Sobrinho evidencia-se em muitos documentos nos autos. Mas, apenas os diálogos transcritos bastariam para refutar a tese de conspiração, ainda mais que se compatibilizam perfeitamente com todo o resto do conjunto probatório, inclusive notas fiscais, pagamentos via transferências eletrônicas, e depoimentos de corretores e produtores rurais.

(...)

Nessa esteira, ao contrário do que alega a recorrente, o Fisco provou o fato constitutivo do seu direito, demonstrando que a escrituração das notas fiscais não estava lastreada numa aquisição real da pessoa jurídica. De forma que não procede a alegação da recorrente de que a autoridade administrativa não teria provado a inveracidade dos fatos registrados na sua contabilidade. Tampouco, poder-se-ia dizer que a recorrente não teria praticado a fraude diante de tantas provas coletadas pela fiscalização.

Também as "confirmações de corretagem" juntadas pela recorrente não são suficientes para afastar a caracterização da fraude, respaldada num robusto quadro probatório relativamente ao ano de 2011, mormente quando se referem a aquisições do ano de 2005.

"4 - A declaração de idoneidade de pessoa jurídica depende de declaração formal da Receita Federal do Brasil. Validade dos créditos de PIS/COFINS adquiridos de pessoas jurídicas com CNPJ ativo. Posicionamento do colendo STJ."

Alega a recorrente que o sistema normativo brasileiro atribui à Receita Federal o dever exclusivo de declarar a inidoneidade das pessoas jurídicas operantes no país, sendo que, enquanto, essa declaração não for formalmente expressada, não haveria que se falar em invalidade das aquisições dos créditos tributários decorrentes das aquisições de mercadoria.

Não obstante a legislação mencionada pela recorrente acerca da inidoneidade de documentos fiscais emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ foi declarada inapta, há outras formas de inidoneidade desses documentos, como por exemplo, a do caso presente, no qual houve a simulação de uma operação, materialmente inexistente, com a pessoa jurídica no intento de obter o crédito integral das contribuições não cumulativas.

Nesse sentido, dispunham o art. 45, §4º da Instrução Normativa nº 1005/2010 e o art. 43, §4º da Instrução Normativa nº 1.183/2011, vigentes à época dos fatos, que: "§ 4º A inidoneidade de documentos em virtude de inscrição declarada inapta não exclui as demais formas de inidoneidade de documentos previstas na legislação, nem legitima os emitidos anteriormente às datas referidas no § 3º."

"5 - Da indevida glosa dos decorrentes de aquisição de mercadoria de cooperativas."

Em relação às aquisições de cooperativas, a fiscalização apurou o crédito presumido previsto no art. 8º da Lei nº 10.925/2004, porque a contribuinte exerce a atividade de beneficiar, padronizar, preparar e separar por densidade dos grãos, com redução dos tipos determinados pela classificação oficial. De outra parte, entende a recorrente que teria direito ao aproveitamento integral dos créditos das contribuições sociais não cumulativas nessas aquisições.

A decisão de primeira instância manteve a decisão da fiscalização, em síntese, sob os seguintes fundamentos:

- A suspensão da incidência das contribuições é **obrigatória** quando ocorre a situação tipificada no art. 9º, III da Lei nº 10.925/04:

*Art. 9º A incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins **fica suspensa** no caso de venda: (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vide art. 37 da Lei nº 12.058, de 13 de outubro de 2009)(Vide art. 57 da Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)*

III - de insumos destinados à produção das mercadorias referidas no caput do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoa jurídica ou cooperativa referidas no inciso III do § 1º do mencionado artigo. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

- Em consequência disso, fica vedado o aproveitamento integral dos respectivos créditos, nos termos do art. 3º, §2º, II das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, e há somente o direito ao crédito presumido nos termos do art. 8º da Lei nº 10.925/04.

- A incúria do fornecedor (cooperativa agropecuária) ou do adquirente (pessoa jurídica agroindustrial) no cumprimento de suas respectivas obrigações acessórias não poderia alterar a substância do regime de suspensão.

- Não há qualquer prova, cuja produção incumbiria à impugnante, onde reste evidenciado tratar-se de café que tenha simplesmente comprado e revendido no mesmo estado, conforme alegado, que ensejasse a vedação à suspensão.

- A “teoria das três etapas” defendida pela impugnante, embora possa esclarecer alguma particularidade do mercado de café, não pode alterar a legislação de regência com fins tributários, que inclusive considera a hipótese de beneficiamento pela cooperativa da produção de seus cooperados, sem qualquer prejuízo à eficácia do regime de suspensão da exigibilidade das contribuições.

Em sede de recurso voluntário a questão é a mesma daquela já bem esclarecida pela decisão de primeira instância, cujos fundamentos adoto como fundamento de decidir, nos termos do art. 50, §1º da Lei nº 9.784/99, para manter a glosa do crédito integral em face do direito a somente o crédito presumido das contribuições sociais.

Quanto à solução de consulta mencionada pela recorrente, em nada lhe favorece, pois se refere a fatos ocorridos "No período entre o início da produção de efeitos do art. 8º da Lei n.º 10.925/2004 (01/08/2004) e da publicação da IN SRF nº 636/2006 (04/04/2006)", portanto, anteriores à produção de efeitos da suspensão da exigibilidade das contribuições de que trata o presente processo.

"6 - Do indeferimento do pedido de diligência. Nulidade do v. acórdão e do processo administrativo".

Alega a recorrente que, ao contrário do entendimento do v. acórdão, seria necessário baixar o processo em diligência para (i) conferir todas as compras da recorrente, sobretudo as notas fiscais dos fornecedores, (ii) os comprovantes de pagamento das operações via depósito bancário na conta corrente das empresas, bem como (iii) os cadastros das pessoas jurídicas atacadas de café nas Receitas Federal e Estadual, no período em que ocorreram aquisições de bens.

O julgador de primeira instância indeferiu o pedido de diligência ou perícia tendo em vista que:

(...)

Os pedidos para apresentação de provas suplementares, de diligências ou de perícias devem ser inadmitidos, uma vez que a apresentação de provas documentais deve ser efetivada no momento da impugnação, justificando-se a juntada em outro momento, quando cumpridas as exigências dispostas no § 4º, artigo 16, do Decreto nº 70.235/1972:

(...)

Diligências ou perícias adicionais são desnecessárias, pois se encontram presentes circunstâncias fáticas das infrações à legislação tributária suficientemente caracterizadas e legalmente tipificadas na peça de autuação. As provas acostadas nos autos reputam-se aptas a formar a convicção do julgador, assim, diligências ou perícias apenas procrastinariam a solução do contencioso, fato incompatível com o ideal de celeridade processual e segurança jurídica. Neste sentido, dispõe o artigo 18 do Decreto nº 70.235, de 1972:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícia, quando entendê-las necessárias, **indeferindo as que considerar prescindíveis, ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.** (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993)

(...)

A decisão acima não merece qualquer reparo. Muito menos em segunda instância o pedido da recorrente poderia ser deferido, pois, além de estar preclusa a produção de provas nesse momento processual, nos termos do art. 16, §4º do Decreto nº 70.235/72, seria da recorrente o ônus da prova do alegado, em conformidade com o art. 16 do Decreto nº 70.235/72 e art. 36 da Lei nº 9.784/99.

Também os quesitos formulados pela recorrente não ajudariam na solução da demanda, sendo, portanto, prescindíveis, eis que era parte do esquema a emissão das notas fiscais pela pessoa jurídica intermediária e a passagem do dinheiro pela sua conta para dar aparente realidade à operação e que a regularidade formal das inscrições dessas pessoas jurídicas perante os Fiscos não altera os fatos apurados.

Assim, entendo que deve ser indeferido o pedido de diligência ou perícia da recorrente.

"7 - Solução da consulta n. 65 e PARECER/PGFN/CAT/Nº 1425/2014 - Cosit confirma o direito ao crédito integral das aquisições feitas por cooperativas."

A Solução da Consulta Cosit nº 65, de 10 de março de 2014, em nada altera a situação do crédito presumido sobre as aquisições da recorrente com cooperativas, pelo contrário, a confirma quando conclui:

(...)

13. Pelo exposto, conclui-se que:

14. A aquisição de produtos junto a cooperativas não impede o aproveitamento de créditos no regime de apuração não cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, observados os limites e condições previstos na legislação.

15. Até dezembro de 2011, a pessoa jurídica exportadora de café submetida ao regime de apuração não cumulativa tinha direito ao cálculo de créditos em relação às aquisições de café de cooperativas, observados os limites e condições legais. Não havia direito à apuração de créditos nas aquisições com suspensão previstas no art. 9º, I e III, da Lei nº 10.925, de 2004, nem nas aquisições feitas por empresa comercial exportadora que tenha adquirido o produto com o fim específico de exportação.

16. A partir de 2012, não é possível a apuração de créditos em relação às aquisições de café, tendo em vista a suspensão prevista no art. 4º da Lei nº 12.599, de 2012, e, posteriormente, a redução da alíquota a 0 (zero) prevista no art. 1º, inciso XXI, da Lei nº 10.925, de 2004. Ressalve-se as hipóteses de crédito presumido previstas nos arts. 5º e 6º da Lei nº 12.599, de 2012.

(...) [grifos desta Relatora]

Inclusive o próprio PARECER/PGFN/CAT/Nº 1425/2014, em seu item 55, citado pela recorrente, manifesta concordância expressa com esse entendimento da Cosit.

"8 - Da indevida aplicação da multa de 75% (art. 44 da Lei n. 9.430/96) e 150% (§§ 16 do art. 74 da Lei n. 9.430/96) sobre o pedido de ressarcimento e compensação indevido/indeferido. Aplicação do princípio da proibição do non bis in idem. Incidência do princípio da proibição do confisco."

Sustenta a recorrente que teria havido *bis in idem* na exigência concomitante da multa qualificada prevista no art. 44 da Lei n. 9.430/96 e daquela prevista no do art. 74 da Lei nº 9.430/96, na redação vigente à época dos fatos, exigida em outro processo. No entanto, são multas que tutelam bens completamente distintos, não havendo que se falar em *bis in idem*. A primeira é aplicável em face da falta de recolhimento espontâneo pela contribuinte e a segunda em face do pedido de ressarcimento indevido, sendo que ambas foram qualificadas em face da fraude.

Não pode ser conhecida no presente processo a alegação de inconstitucionalidade da punição pelo pedido incorreto de ressarcimento ou de compensação,

vez que a referida multa é objeto de exigência em outro processo administrativo, no qual a recorrente teve ou terá a oportunidade de apresentar a sua defesa.

Por fim, também não pode ser conhecido o argumento da recorrente de lesão ao princípio constitucional do não confisco em face da aplicação da multa de ofício qualificada. No caso, verificar a eventual existência de confisco seria equivalente a reconhecer a inconstitucionalidade da multa, o que é vedado a este Conselho, salvo nas hipóteses autorizadas pelo seu Regimento Interno.

O entendimento no sentido de que descabe ao julgador administrativo examinar alegação de inconstitucionalidade consta, inclusive, da Súmula nº 2 do Carf, aprovada pelo Pleno e pelas Turmas da CSRF, nas sessões realizadas em 8 de dezembro de 2009 e 29 de novembro de 2010, divulgada pela Portaria Carf nº 52, de 2010:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Assim, por todo o exposto acima, voto no sentido de **negar provimento ao recurso voluntário**.

É como voto.

(Assinatura Digital)

MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA - Relatora

Declaração de Voto

Conselheiro DIEGO DINIZ RIBEIRO

Conforme já relatado trata-se de Auto de Infração que redundou a exigência de PIS e COFINS contra a Recorrente. Segundo a acusação fiscal, a Recorrente teria arquitetado um esquema fraudulento que, dentre outras medidas, teria implicado a criação de empresas para intermediar a compra de café entre seus produtores e a Recorrente. Este suposto ardil teria por escopo gerar créditos (não-cumulatividade) de PIS e COFINS para a Recorrente.

Não obstante, ainda segundo se constata dos autos, este suposto esquema fraudulento teria sido apurado mediante um trabalho conjunto realizado entre a Polícia Federal e a Receita Federal do Brasil, trabalho este deflagrado a partir de depoimentos/testemunhos de produtores de café e intermediadores. Em outros termos, tais declarações colhidas unilateralmente pela Receita Federal do Brasil e, em grande, em outros processos administrativos que não o aqui tratado, configuraram o marco deflagrador do presente processo administrativo e de todas as demais “provas” aqui apuradas. É exatamente aí que se encontra a nulidade absoluta a macular o processo administrativo em epígrafe.

Para se chegar à sobredita conclusão, insta desde já destacar que a natureza predominantemente inquisitorial de um procedimento fiscalizatório por parte do Fisco não lhe atribui um poder, ou melhor, um dever-poder absoluto, até porque inexistem direitos absolutos (seja ele do Fisco ou do contribuinte) no ordenamento jurídico nacional¹.

O que se quer dizer com isso é que, apesar da fiscalização ter o dever-poder de ouvir depoimentos/testemunhos em sede fiscalizatória – **o que não se limita pelo presente voto** –, não pode fazê-lo com portas cerradas, como se estivesse conduzindo um processo inquisitório de idos medievais². Em tempo de pós-modernidade não se pode olvidar que mesmo um procedimento inquisitorial está inserido e, portanto, **contextualizado**, em um *Estado Democrático de Direito*, devendo, pois, respeitar os valores e limites próprios deste modelo de comunidade histórica, dentre os quais destacamos o devido processo legal e seus consectários lógicos, i.e., o contraditório e a ampla defesa.

Logo, não há vedação para que a fiscalização, em fase inquisitorial, colha declarações/depoimentos que venham contribuir com a apuração dos fatos em cotejo e objeto de fiscalização. O que não se admite é que tais declarações sejam colhidas sem a substancial participação do contribuinte fiscalizado ou do interessado. Assim, em situações como essa, é dever da fiscalização intimar o contribuinte para que (i) lhe seja dado ciência do dia e local em que as declarações serão colhidas, bem como para que, nesta oportunidade, (ii) lhe seja franqueada a possibilidade dele (contribuinte) também realizar questionamentos ao declarante/depoente.

¹ Convém lembrar que mesmo o direito a vida, o mais importante bem jurídico salvaguardado pelo direito, não constitui um direito absoluto. Nesse esteio, basta a leitura do art. 5º, inciso XLVII, alínea “a” da CF, bem como algumas excludentes de ilicitude próprias do direito penal, mais precisamente a legítima defesa e o estado de necessidade, para afastar esse tipo de “fundamentalismo”.

² A clássica obra de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, já tratou disso em 1764, ano da sua publicação.

Nem se alegue que a ulterior intimação do contribuinte para se manifestar a respeito das declarações colhidas **unilateralmente** pelo Fisco seria suficiente para pretensamente legitimar as garantias fundamentais aqui tratadas. Por se tratar de uma prova dinâmica, a colheita de declarações/testemunhos também pressupõe um contraditório dinamizado, ou seja, que garanta, **na realização do ato (colheita dos depoimentos)**, a oportunidade para que a parte interessada efetivamente participe da produção da prova, ou seja, do seu processo de enunciação. Simplesmente permitir que o contribuinte se manifeste a respeito das declarações já enunciadas, ou seja, depois de já produzidas e materializadas de forma documental, é apequenar indevidamente as garantias aqui tratadas e reduzi-la a uma questão de forma³.

Ademais, não há que se falar em incidência da súmula n. 46 deste Tribunal Administrativo⁴. Referido enunciado sumular é passível de convocação quando o Fisco, munido previamente de documentos **formados e apresentados pelo contribuinte fiscalizado** (v.g., notas fiscais, livros e demais documentos fiscais), lavra a autuação exclusivamente com base em tais documentos. De fato, nesta hipótese não há que se falar, ao menos em tese, em ofensa ao devido processo legal e seus consectários lógicos, já que referida documentação é de conhecimento prévio do contribuinte, já que por ele produzido. Não é esse, todavia, o caso dos autos, já que as provas aqui debatidas – e que deflagraram **todo** o procedimento fiscalizatório que se seguiu – são testemunhais e, portanto, produzidas no bojo do processo fiscalizatório do presente processo administrativo ou, o que é ainda mais grave, em outro processo administrativo onde a Recorrente sequer figura como parte.

Não obstante, ainda em relação às limitações do caráter inquisitorial das declarações/depoimentos colhidos em sede de processo administrativo fiscal, convém destacar que tais balizas devem ser aqui prestigiadas (no âmbito tributário) com um maior rigor, na medida em que tais declarações são colhidas (processo de enunciação) pela parte diretamente interessada no seu resultado (enunciado), quer dizer, pelo Fisco. O Fisco colhe as declarações para, eventualmente, delas se aproveitar ulteriormente na lavratura de uma exigência fiscal e multa. Fundamental, portanto, que o processo de produção desta prova também seja franqueado ao contribuinte interessado, de modo a existir um contraponto minimamente válido aos interesses do Fisco enquanto parte.

Tal fundamentação também serve para aqueles testemunhos/depoimentos acostados nos autos na qualidade de prova emprestada. Ressalte-se, desde que já, que **entendemos perfeitamente válida a utilização de prova emprestada no processo administrativo fiscal**, haja vista o disposto no art. 30 do Decreto 70.235/1972, arts. 24 e 64 do Decreto 7.574/2011 e, ainda, o que prevê o art. 332 do Código de Processo Civil, o qual se aplica aqui subsidiariamente.

³ Acontece que o *due process of law* trata-se de uma garantia fundamental que vai para muito além de forma. Como já dito, é um dos pilares essenciais para a material existência de um Estado Democrático de Direito. Logo, deve ser tutelado sob uma perspectiva eminentemente substancial. Nesse sentido:

O princípio do devido processo legal, contudo, não pode e não deve ser entendido como mera forma de proceduralização do processo, isto é, da atuação do Estado-juiz em determinados modelos avalorativos, neutros, vazios de qualquer sentido ou finalidade mas, muito além disto, ele diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado. É o que parcela da doutrina acaba por denominar “legitimação” pelo procedimento, no sentido de que é pelo processo devido (e, por isto não é qualquer processo que se faz suficiente) que o Estado Democrático de Direito terá condições de realizar amplamente suas finalidades.(...). O princípio do devido processo legal, neste contexto, é amplo o suficiente para se confundir com o próprio Estado Democrático de Direito. (BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil – volume 01*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.) (grifos do Autor).

⁴ Súmula CARF nº 46

O lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, nos casos em que o Fisco dispuser de elementos suficientes à constituição do crédito tributário.

A validade, todavia, quanto ao uso da prova emprestada no processo administrativo não lhe afasta de certas limitações. Nesse sentido, o primeiro aspecto a se destacar é que a prova emprestada é utilizada no processo onde será aproveitada com a **mesma natureza probatória** que lhe fora atribuída no processo em que produzida. Assim, em se tratando de um testemunho/depoimento emprestado, referida prova, embora se materialize documentalmente, mantém a natureza de prova testemunhal, motivo pelo qual é imprescindível que se dê oportunidade para que o contribuinte interfira no seu processo de produção (enunciação) e não para que apenas fale a seu respeito após a sua juntada nos autos no qual será emprestada (enunciado)⁵. A única exceção admissível ocorreria na hipótese do testemunho/depoimento ter sido produzido no processo de origem **com** a efetiva participação do contribuinte^{6 7} contra a qual o testemunho/depoimento será direcionado no processo para o qual a prova será emprestada, sob pena de nulidade da prova emprestada, bem como de todas as provas daí derivadas (*fruits of the poisonous tree*)⁸.

Em não se tratando da exceção alhures não haveria que se falar em permissão para o uso da prova emprestada. Neste caso, deveria a fiscalização novamente colher os depoimentos que ela (fiscalização) entendesse pertinentes à apuração dos fatos fiscalizados, oportunizando ao contribuinte a possibilidade de conteudisticamente participar da produção da enunciação da referida prova, conforme já mencionado anteriormente.

Dito isso e analisando o caso decidendo é possível constatar que os depoimentos/testemunhos foram fundamentais para a autuação do Recorrente e para a derivação das demais provas acostadas no presente processo administrativo. Fazendo um exercício de abstração e imaginando inexistir nos autos tais declarações, o que se encontraria aqui seriam os seguintes elementos de prova:

- notas fiscais de saída regularmente emitidas pelas empresas intermediárias para a Recorrente;

⁵ Neste diapasão: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil – volume 02*. 10ª. ed. Salvador: JusPodivm. 2015, pp. 131/132.

⁶ Ainda que na qualidade de interessado, haja vista o teor do disposto no art. 3o., inciso II da lei n. 9.784/99.

⁷ Quando se fala em “efetiva participação” o que se quer dizer é que o Fisco deverá oportunizar ao contribuinte/interessado a possibilidade de interferir ativamente no processo de construção do testemunho que será colhido, o que consiste em franquear ao contribuinte a possibilidade de realizar perguntas ao depoente.

⁸ A teoria dos frutos da árvore envenenada já vem sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal de longa data, conforme se observa do julgado cuja ementa segue abaixo transcrita:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

(STF, HC 69912, segundo, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1993, DJ 25-03-1994 PP-06012 EMENT VOL=01738-01 PP=00112 RTJ VOL=00155-02 PP=00508).

- registro de entradas das referidas notas fiscais pela Recorrente;

- pagamento das mercadorias retratadas em tais notas fiscais, o que foi feito pela Recorrente em favor das empresas intermediárias por meio de depósito bancário;

- empresas intermediárias idôneas à época dos fatos aqui narrados, bem como existentes, em sua maioria, muito antes do benefício fiscal que teria sido gozado pelo Recorrente⁹, o que afastaria a ilação de que tais intermediárias teriam sido criadas com o propósito exclusivo de permitir o gozo do aludido benefício; e, por fim

- registro e utilização regular do crédito de PIS e COFINS aqui debatido.

Percebe-se, portanto, que as provas acima referidas e que, em princípio, atestavam a licitude da operação perpetrada pela Recorrente só foram retiradas deste contexto a partir dos depoimentos/testemunhos já mencionados e que, a nosso ver, encontram-se calcados de notória ilegalidade.

Por tais razões, voto para reconhecer a nulidade das provas produzidas no processo em epígrafe e, por conseguinte, do próprio processo em si considerando, razão pela qual dou provimento ao recurso voluntário aqui interposto.

É como declaro meu voto.

(Assinatura Digital)

Diego Diniz Ribeiro

⁹ É o caso das seguintes empresas: Columbia Comércio de Café Ltda.; Acácia Comércio de Exportação Ltda.; Do Grão Exp. Imp. Ltda.; Nova Brasília Comércio de Café; JC Bins; V Munaldo ME.

Documento assinado digitalmente em 02/02/2016 por MARIA APARECIDA MARTINS DE PAULA, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por DIEGO DINIZ RIBEIRO, Assinado digitalmente em 03/02/2016 por ANTONIO CARLOS ATULIM

Impresso em 03/02/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA