



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

Processo nº 10783.720364/2012-45
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-002.784 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria Pedido de Ressarcimento - Cofins
Recorrente NICCHIO SOBRINHO CAFÉ S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/07/2009 a 30/09/2009

COFINS. NÃO-CUMULATIVIDADE. PEDIDO DE RESSARCIMENTO E COMPENSAÇÃO. GLOSAS EFETUADAS NO PROCESSO DE LANÇAMENTO. DECISÕES INTERDEPENDENTES.

Mantidas as glosas no julgamento do processo de lançamento fiscal, referentes ao mesmo período de apuração, por consequência, devem ser indeferidos os pedidos de ressarcimentos e compensações advindos dos créditos glosados.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator. Vencida a Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões que dava provimento.

Andrada Márcio Canuto Natal - Presidente relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andrada Márcio Canuto Natal, Francisco José Barroso Rios, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, José Henrique Mauri, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões, Luiz Augusto do Couto Chagas, Semíramis de Oliveira Duro e Valcir Gassen.

Relatório

Por economia processual, adoto o relatório elaborada na decisão recorrida, abaixo transcrito:

Trata-se de pedido de reconhecimento de direito creditório (ressarcimento) de Cofins do 3º trimestre de 2009, no valor de **R\$1.101.826,53** (*um milhão, cento e um mil, oitocentos e vinte e seis reais e cinquenta e três centavos*), oriundo do sistema de não-cumulatividade (fls. 2/31).

A autoridade fiscal decidiu pela improcedência do pedido, conforme Despacho Decisório de fl. 37, com fundamento na **Informação Fiscal SEFIS/DRF/VIT/ES nº 11/2012**, às fls. 32/36, onde alega que:

1. NICCHIO SOBRINHO CAFÉ foi objeto de procedimento de auditoria amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº **07.2.01.00-00-2011-01479-2** que teve como escopo a verificação de pretensos créditos, oriundos principalmente da aquisição de café para revenda, deduzidos contabilmente dos valores devidos das contribuições não cumulativas para o PIS/COFINS, bem como utilizados na compensação de tributos e contribuições mediante pedido de ressarcimento/compensação por meio de PER/DCOMP;
2. a auditoria fiscal comprovou à sociedade que a Empresa autuada apropriou-se de créditos integrais fictos decorrentes da compra de café, razão pela qual foram objeto de glosas;
3. a Empresa autuada lançou mão de um ardil disseminado por todo o estado do Espírito Santo e de Minas Gerais, que consiste na interposição fraudulenta de pseudo-atacadista para dissimular vendas de café de pessoa física para empresas exportadoras e torrefadoras, gerando créditos ilícitos;
4. as investigações originadas na operação fiscal "TEMPO DE COLHEITA", deflagrada pela DRF/Vitória, em outubro de 2007, resultaram na comunicação de tais fatos ao Ministério Público Federal;
5. em 01/06/2010, deflagrou-se a operação BROCA parceria do Ministério Público, Polícia Federal, e Receita Federal, onde foram cumpridos mandados de busca e apreensão em 74 locais, dentre os quais os estabelecimentos da NICCHIO SOBRINHO CAFÉ;
6. a criação e utilização dessas meras figuras formais, travestidas de atacadistas de café em grão, provocaram e provocam notável distorção no mercado de café, beneficiando torrefadoras e grandes exportadoras;
7. na NICCHIO SOBRINHO CAFÉ, o valor das notas fiscais em nome dessas empresas de fachada - "laranjas" - ultrapassou o valor de **R\$256 MILHÕES**;

8. provas e documentos produzidos durante os trabalhos fiscais constam do processo fiscal nº 10783.720371/2012-47, desse modo, a Informação Fiscal e Despacho Decisório, bem como o aludido processo serão cientificados simultaneamente à Empresa, por se tratarem do mesmo objeto, qual seja: análise, glosa e recomposição dos créditos a descontar.

Devidamente cientificada, em 12/03/2012 (fl. 53), a interessada apresentou, às fls. 59 e seguintes, em 11/04/2012, a correspondente Manifestação de Inconformidade, onde alegou, na mesma linha da impugnação nos autos do PAF nº 10783.720371/2012-47, em resumo, que:

1. se impõe a nulidade da decisão, pois houve cerceamento do direito de defesa e do contraditório, vez que a atuada não pode participar da produção da prova, o que gera a invalidade do MPF;
2. a Autoridade Administrativa em momento algum oportunizou à empresa o direito de participar da colheita dos depoimentos prestados pelos produtores rurais, corretores e maquinistas;
3. o mesmo raciocínio se aplica aos documentos que a Receita diz ter recebido do Ministério Público;
4. 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;
5. 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;
6. não há atribuição legal, nem possibilidade de a empresa exportadora verificar a atuação da empresa intermediária, pois tal procedimento cabe à Receita Federal;
7. as empresas citadas como supostamente laranjas procediam por intermédio de corretores de café, vendendo para todo mercado brasileiro, sendo a Impugnante uma das adquirentes;
8. 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;
9. 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;
10. a cadeia produtiva do café a ser exportado pressupõe três etapas;
11. 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;

12. 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;
13. 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";
14. 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;
15. nesse caso, a recorrente/adquirente tem direito ao aproveitamento do crédito integral, se a venda decorre de ato não-cooperativo;
16. 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;
17. a autoridade fiscal desconsiderou uma das etapas do processo produtivo do café, mais especificamente, a 2ª etapa;
18. 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;
19. se os fornecedores da impugnante deixaram de recolher tributos ou apresentaram declarações falsas não cabe a esta qualquer responsabilidade;
20. responsabilidade solidária aplica-se somente ao sujeito passivo e decorre sempre de lei, não podendo ser presumida;
21. a impugnante, se solicitada, entregaria os documentos de registros de CNPJ e Sintegra a respeito dos seus fornecedores, e, ainda, notas fiscais e comprovantes de pagamento;
22. a responsabilidade solidária não pode ser presumida, deve ser provada, como não foi provada, a compensação/ressarcimento deve ser deferida;
23. não há prova de dolo, e, além disso, a multa de 150% viola os princípios da proporcionalidade e do não-confisco.

A inconformada cita legislação, doutrina e jurisprudência e, com base na argumentação expendida, requer:

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

2. deferimento da juntada de documentos que acompanham a Manifestação de Inconformidade;
3. reforma da decisão exarada e reconhecimento integral do crédito de ressarcimento pleiteado, visando homologação da compensação declarada;
4. reconhecimento integral do direito creditório de PIS/Cofins decorrente das aquisições de cooperativa.

Ao julgar referida manifestação de inconformidade, a 17ª Turma da DRJ/Rio de Janeiro proferiu o Acórdão nº 12-55228, de 25/04/2013, com a seguinte ementa:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/07/2009 a 30/09/2009

Fraude. Dissimulação. Desconsideração. Negócio Ilícito.

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.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/07/2009 a 30/09/2009

Nulidade

Não padece de nulidade a decisão, lavrada 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.

Juntada de Novas Provas

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Não concordando com referida decisão o contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 17.180 em diante, por meio do qual apresenta basicamente os mesmos argumentos colocados em sua manifestação de inconformidade e que podem ser assim resumidos.

- nulidade do auto de infração e processo administrativo fiscal em face do cerceamento ao amplo direito de defesa. Argumenta que não foram observados o art. 5º, inc. LIV e LV da CF e os art. 2º, inc. X, 3º, inc. III, e 38 da Lei nº 9.784/99. Isto porque os depoimentos pessoais de testemunhas colhidos e utilizados foram realizados à sua revelia. Afirmar que a fiscalização parte "de constatações fáticas particulares, pontuais e unilaterais para, com isso, construir uma 'conclusão generalizada' sobre o mercado e a empresa fiscalizada. Cita doutrina e jurisprudência do CARF para fundamentar as suas razões;

- nulidade da decisão recorrida por ter se valido de provas ilícitas. De acordo com o recorrente a decisão se valeu, em alguns de seus trechos, de provas colhidas no inquérito policial que embasou a ação penal da Operação Broca, autos nº 2008.50.05.005.38-3, ação que fora trancada por força do HC nº 2012.02.01.014311-5, impetrado diretamente no TRF da 2ª Região. Transcreve ementa do citado HC a qual afirma a inexistência de crime de estelionato e de quadrilha;

- que deve ser mantido o seu direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e Cofins, uma vez que foram cumpridos, por parte do recorrente, todos os requisitos necessários à utilização dos referidos créditos, quais sejam, "a) aquisição de mercadorias de fornecedoras enquadradas na situação jurídica 'ativa' na RFB; b) emissão de nota fiscal de venda e registro das mesmas na contabilidade da empresa interessada; c) pagamento integral no preço via TED na conta corrente que as fornecedoras mantinham nos bancos mais tradicionais do País e d) real ingresso da mercadoria no estoque da adquirente". Relaciona, por amostragem, o nome de uma série de fornecedoras que estariam regulares na época da aquisição das mercadorias. Cita jurisprudência do STJ no sentido de que a obrigatoriedade de verificar a idoneidade de documentos e de regularidade da empresa é do fisco e não do contribuinte;

- afirma que "não há 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 lhes foram vendidas". Que na condição de compradora, a regra era a utilização do "corretor de café" para intermediar as operações de compra e venda, não sendo comum um relacionamento comercial entre o produtor e o adquirente do café. Desta forma, não havia preocupação da empresa em buscar maiores informações a respeito da fornecedora, sendo que todas as operações de compra estão devidamente registradas na contabilidade e escrita fiscal, fazendo prova em seu favor;

- sustenta que a Receita Federal, está tentando de maneira oblíqua fazer com que o recorrente repare o erário por obrigações tributárias que seriam de responsabilidade de suas fornecedoras de café. Defende que a legislação do PIS/Cofins não atribui como requisito para manutenção dos créditos tributários "ter ou não ter a vendedora armazém, imóvel próprio ou alugado, quantidade mínima ou máxima de funcionários, etc.". Cita doutrina para concluir que cabe ao fisco o ônus de provar o fato constitutivo do lançamento e também a improcedência do fato impeditivo de seu direito ao crédito, com base no art. 9º do Decreto nº 70.235/72;

- que enquanto a Receita Federal não declarar a inidoneidade, ou inaptidão, das pessoas jurídicas, atribuição que lhe é exclusiva, não há que falar em invalidade das aquisições dos créditos tributários efetuados, uma vez que foram adquiridos de empresas com seu funcionamento regular perante o cadastro do CNPJ;

- não há prova de fraude ou dolo, e, além disso, a multa de 150% viola os princípios da proporcionalidade e do não-confisco;

- cita a legislação de regência no sentido de garantir o direito ao aproveitamento integral do crédito nas aquisições de café das cooperativas. Cita, o que segundo ele seriam as três etapas de beneficiamento do café, para concluir que na aquisição das cooperativas ele não atua na 2ª etapa, que seria o beneficiamento propriamente dito, e nesta condição a aquisição do café das cooperativas seria integralmente tributada gerando por consequência direito ao integral aproveitamento dos créditos de PIS e Cofins;

- insiste na realização de 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 atacadistas de café nas Receitas Federal e Estadual, no período em que ocorreram aquisições de bens". Segundo a defesa a diligência também seria importante para "conferência da legalidade das aquisições provenientes do estado de Minas Gerais, principalmente do Município de Manhuaçu".

É o relatório.

Voto

Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais pressupostos legais de admissibilidade, por isso deve ser conhecido.

Conforme o que tudo dos autos consta, a glosa de créditos de Cofins realizadas no presente processo é decorrência da fiscalização realizada no contribuinte a qual gerou o processo administrativo fiscal nº 10783.720371/2012-47, no qual houve toda a glosa dos créditos e recomposição de toda a apuração do PIS e da Cofins no regime da não-cumulatividade, gerando os correspondentes autos de infração. De forma que o destino do julgamento do presente processo é totalmente dependente do que for decidido no processo nº 10783.720371/2012-47. Mantido os lançamentos naquele processo, forçoso é manter o indeferimento do pedido de ressarcimento e a não homologação das compensações constantes do presente processo. Da mesma forma a anulação de glosas constantes naquele processo gerariam efeitos correspondentes no presente processo, de acordo com o período de apuração a que se refere.

Esclareço ainda que os argumentos de defesa utilizados pelo contribuinte no processo nº 10783.720371/2012-47, são idênticos aos utilizados no presente processo. De forma que já analisei aquele processo, proferindo voto pela manutenção do lançamento, o qual peço *vênia* para transcrevê-lo abaixo, utilizando-o como razão para negar provimento ao presente recurso voluntário.

(...)

Nulidade do Lançamento

O recorrente solicita a nulidade dos autos de infração e do processo administrativo fiscal em face do cerceamento ao amplo direito de defesa. Argumenta que não foram observados o art. 5º, inc. LIV e LV da CF e os art. 2º, inc. X, 3º, inc. III, e 38 da Lei nº 9.784/99. Isto porque os depoimentos pessoais de testemunhas colhidos e utilizados foram realizados à sua revelia.

Esclareço que não vislumbrei nos autos de infração constantes do presente processo, qualquer mácula que pudessem torná-los nulos.

Prescreve o art. 59 do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 8.748/93:

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;

Todos os atos praticados no presente processo foram executados por pessoa competente e sem preterição do direito de defesa.

Cumpre verificar que foram observados os requisitos fundamentais à validade do ato administrativo. Art. 10, inc. III e IV do Decreto 70.235/72:

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

(...).

III- a descrição do fato;

IV- a disposição legal infringida e a penalidade aplicável.

Por sua vez, assim dispõe o art. 142 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Verifica-se que constam adequadamente descritos os fatos apurados pela autoridade, a fundamentação legal, a matéria tributável, os valores apurados e os fatos motivadores da autuação, permitindo ao contribuinte conhecer todos os elementos componentes da ação fiscal e, assim, propiciando-lhe todos os meios para livre e plenamente manifestar suas razões de defesa. Não há nem incerteza e nem falta de liquidez na autuação, pois o valor exigido está apontado e a matéria tributável devidamente caracterizada e fundamentada. A análise de mérito destas questões podem levar à improcedência do lançamento e não a sua nulidade.

O contribuinte insiste que houve cerceamento ao seu amplo direito de defesa e que não teriam sido observados o art. 5º, inc. LIV e LV da CF e os art. 2º, inc. X, 3º, inc. III, e 38 da Lei nº 9.784/99. Vejamos o que dispõe estes dispositivos constitucionais e legais.

Constituição Federal

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

Lei nº 9.784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

(...)

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

(...)

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Vê-se que a Constituição Federal garante no processo administrativo o contraditório e ampla defesa e que ninguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ora o contribuinte está exercendo o seu direito de ampla defesa. O Decreto nº 70.235/72, o qual regulamenta o processo administrativo tributário, garante duas instâncias administrativas para apresentação da defesa ao lançamento fiscal. Para tanto foi apresentada impugnação ao lançamento e agora, diante de improcedência da impugnação, está sendo apreciado o recurso voluntário. E nem há que se falar que o contribuinte esteja sendo privado de seus bens ou de sua liberdade, sem o devido processo legal, pois o objeto do presente processo é a exigência de crédito tributário e seus consectários legais, cuja exigibilidade está suspensa até a trânsito em julgado do presente processo.

Não foi negado acesso ao contribuinte de nenhum elemento de prova constante do presente processo. Tanto é que ele faz referência aos depoimentos pessoais utilizados para compor a convicção da acusação fiscal. No caso a lei não determina que é direito do acusado de participar da tomada de depoimentos e demais diligências realizadas previamente ao lançamento fiscal. Ficaria até impraticável a realização da fiscalização nos contribuintes, caso eles tivessem que obrigatoriamente estar presentes em todos os atos fiscalizatórios. Não houve qualquer afronta aos dispositivos legais da Lei nº 9.784/99, acima citados. No presente caso, o contribuinte está exercendo o seu direito de defesa de forma plena.

O fato de os autos de infração terem sido lavrados após colhidos os depoimentos de terceiros e coleta de provas e informações diversas, mas sem intimação prévia do contribuinte, não implica em qualquer ilegalidade. O contencioso administrativo só se inicia, nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72 com a apresentação da impugnação ao lançamento por parte do contribuinte. Inclusive, nos termos da 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".

Portanto afasto a preliminar de nulidade do auto de infração.

Nulidade de Decisão Recorrida

O contribuinte pede a nulidade da decisão recorrida por ela ter se valido de provas ilícitas. De acordo com o recorrente a decisão se valeu, em alguns de seus trechos, de provas colhidas no inquérito policial que embasou a ação penal da Operação Broca, autos nº 2008.50.05.005.38-3, ação que fora trancada por força do HC nº 2012.02.01.014311-5, impetrado diretamente no TRF da 2ª Região. Transcreve ementa do citado HC a qual afirma a inexistência de crime de estelionato e de quadrilha.

O objetivo do julgamento no processo administrativo é aferir a legalidade dos atos administrativos, para que estes coadunem-se o mais próximo possível com a legislação tributária. O art. 31 do Decreto nº 70.235/72 que regula o processo administrativo fiscal, assim dispõe sobre o conteúdo da decisão de 1ª instância:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de

Por sua vez, o art. 59, inc. II do mesmo decreto aborda as situações quanto à nulidade dos atos administrativos:

Art. 59 São nulos:

(...);

II os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Vê-se que a decisão *a quo* foi proferida por autoridade competente, está devidamente fundamentada e aborda todas as razões de defesa suscitadas pelo contribuinte em sua impugnação. Não houve preterimento do direito de defesa, tanto é que o contribuinte em seu recurso voluntário denota perfeita compreensão do que foi decidido.

Quanto a afirmativa de que a decisão teria sido embasada em elementos de prova declarados ilícitos pelo TRF da 2ª Região no HC nº 2012.02.01.014311-5, concluo que esta afirmação não está correta. Neste sentido é relevante transcrever o trecho do recurso voluntário:

(...)

"Não obstante tais transcrições serem um absurdo por si só, é imperioso registrar que esses elementos probatórios encaixam-se no conceito de prova ilícita, pois ação penal na qual se encontra vinculada (autos nº 2008.50.05.00538-3) foi trancada, isto é, extinta, por força da decisão proferida no HC n. 2012.02.01.014311-5, impetrado diretamente no colendo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. (Doc 02).

No referido habeas corpus, a egrégia Primeira Turma Especializada do TRF da 2ª Região afirmou categoricamente a inexistência de crime de estelionato, bem como afastou com todo acerto a existência de crime de quadrilha. Eis a ementa do acórdão, cuja relatoria foi confiada ao eminente e culto Des. ANTÔNIO IVAN ATHIE (doc. 02):

EMENTA: Princípio da especialidade. Ações visando redução e/ou não recolhimento de tributos não configura estelionato, face estarem tipificadas na Lei 8137/90. Artigo 12 do Código Penal. Tampouco existe eventual crime de quadrilha antes de existir o próprio crime que, em tese, fora praticado. Adaptação do voto do relator neste sentido, adotando a tese desenvolvida pelo Des. Abel Gomes, no julgamento. Ordem concedida, estendida aos demais acusados, para trancar a ação penal.

(...)

Da leitura da ementa resta claro que não houve qualquer declaração de que as provas obtidas e disponibilizadas à Receita Federal sejam ilícitas. A conclusão é evidente no sentido de que, pelo princípio da especialidade das penas, o crime que

pode ter sido praticado pelos acusados é o previsto na Lei nº 8.137/90, ou seja, crime contra a ordem tributária. Portanto a ação penal que tratava dos crimes de estelionato e formação de quadrilha foi extinta. Claro que o crime contra a ordem tributária de que trata a Lei nº 8.137/90 não era objeto daquela ação penal, pois nestes casos, a denúncia só pode ser oferecida após a constituição definitiva do crédito tributário, a qual se dá após o trânsito em julgado dos processos de lançamento fiscal.

Desta forma, afasto a preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pelo contribuinte em seu recurso voluntário.

Mérito - Glosa dos Créditos de PIS e Cofins nas Aquisições de Pseudo-Atacadistas.

O contribuinte argumenta em sua defesa que deve ser mantido o seu direito ao aproveitamento dos créditos de PIS e Cofins, uma vez que foram cumpridos, por parte do recorrente, todos os requisitos necessários à utilização dos referidos créditos, quais sejam, "a) aquisição de mercadorias de fornecedoras enquadradas na situação jurídica 'ativa' na RFB; b) emissão de nota fiscal de venda e registro das mesmas na contabilidade da empresa interessada; c) pagamento integral no preço via TED na conta corrente que as fornecedoras mantinham nos bancos mais tradicionais do País e d) real ingresso da mercadoria no estoque da adquirente". Relaciona, por amostragem, o nome de uma série de fornecedoras que estariam regulares na época da aquisição das mercadorias. Cita jurisprudência do STJ no sentido de que a obrigatoriedade de verificar a idoneidade de documentos e de regularidade da empresa é do fisco e não do contribuinte. Afirma que "não há 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 lhes foram vendidas". Que na condição de compradora, a regra era a utilização do "corretor de café" para intermediar as operações de compra e venda, não sendo comum um relacionamento comercial entre o produtor e o adquirente do café. Desta forma, não havia preocupação da empresa em buscar maiores informações a respeito da fornecedora, sendo que todas as operações de compra estão devidamente registradas na contabilidade e escrita fiscal, fazendo prova em seu favor.

Toda esta argumentação já havia sido apresentada na sua impugnação e foi rebatida de forma didática pela decisão recorrida. Da análise dos elementos apresentados pelo contribuinte em sua defesa constato que o conjunto de provas trazidos pela fiscalização são contundentes no sentido de que a recorrente efetivamente participou conscientemente de um esquema fraudulento para burlar a legislação tributária, sobretudo o aproveitamento de créditos de PIS e Cofins de maneira indevida.

As inúmeras notas fiscais de aquisição de café apresentadas pelo contribuinte e sua escrituração contábil e fiscal não afasta a acusação fiscal, ao contrário, o aproveitamento dos créditos depende efetivamente de todos os elementos apresentados pelo contribuinte, quais sejam: a) aquisição de mercadorias; b) emissão de nota fiscal de venda por parte do vendedor e seu registro na contabilidade do adquirente; c) pagamento do preço; e d) real ingresso da mercadoria no estoque da adquirente. Ora, a acusação fiscal não nega estes fatos, ao contrário concorda que foram realizados, mas relata com detalhes impressionantes, que tudo isto foi orquestrado para simular a verdadeira operação engendrada na compra do café, ou seja, foi colocado artificialmente entre o produtor rural e os verdadeiros adquirentes do produto, empresas atacadistas que só existiam para emissão de nota fiscal intermediária para permitir o aproveitamento indevido de créditos de PIS e Cofins.

Longe de escorada em simples presunção, como argúi a Recorrente, a autuação encontra suporte fático, restando comprovada a simulação nas operações de compra às pessoas jurídicas atacadistas, já que de fato eram realizadas aos produtores pessoas físicas. O Termo de Encerramento da Ação Fiscal, fls. 1660/1962, é bastante detalhado e não há razão ao contribuinte em afirmar que não foi cumprido o art. 9º do Decreto nº 70.235/72.

Por economia processual e considerando que o contribuinte não rebateu especificamente as conclusões decorrentes do acórdão recorrido, transcrevo abaixo parte do voto, no qual fica evidente sua participação no esquema de fraude. Portanto com base no § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/99, utilizo partes da própria decisão recorrida como razões de decidir.

(...)

No quadro legal de regime não-cumulativo, que então se instituía, passou a ser tributariamente interessante adquirir bens e serviços de pessoa jurídica, e não diretamente de pessoa física/ produtor rural. Assim, optar por uma pessoa jurídica, no caso atacadista de café, em detrimento de um produtor rural - pessoa física, pode situar-se de fato no domínio do assim chamado planejamento tributário do adquirente. Embora, claro, a introdução de um elo a mais na cadeia produtiva eleve os custos desse adquirente, pois aquele atacadista intermediário, além de seus custos operacionais normais, deverá recolher as contribuições incidentes sobre as receitas auferidas nas suas alíquotas normais (1,65% e 7,6%), podendo se creditar no percentual de apenas 35% do crédito, calculado com as mesmas alíquotas.

Evidencia-se, então, que a aquisição da mercadoria da Pessoa Jurídica, ao invés da aquisição direta do produtor rural, embora, resulte para o adquirente creditamento integral, o seu custo de aquisição necessariamente será maior. De qualquer forma, a escolha por uma forma, ou outra, poderá fazer parte de um planejamento tributário, sem qualquer óbice legal.

Situação bem diferente é aquela em que a pessoa jurídica atacadista introduz-se nesta cadeia sob os auspícios do adquirente, sob uma aparência de regularidade formal, apenas para gerar crédito para o comprador; porque, neste caso, o procedimento só gera uma vantagem global apreciável, para ambos, se este atacadista não cumprir com ônus tributário que lhe será próprio. Tal situação nada tem de planejamento tributário, tratando-se de pura fraude fiscal. As provas dos autos militam a favor de que esta situação tenha de fato ocorrido.

Deve-se notar, em primeiro lugar, que as pessoas jurídicas atacadistas, fornecedoras do contribuinte autuado, constituídas como visto quase todas já em pleno regime da não-cumulatividade, estiveram, quase sempre, em situação irregular no período em que foram fiscalizadas, seja por omissão em relação as suas obrigações acessórias, seja em relação ao pagamento de tributos...

(...)

No conjunto as empresas deste quadro movimentaram **R\$ 1,75 bilhão de Reais** mas praticamente nada recolheram de PIS/Cofins, no período de 2003/2007. A este quadro de incompatibilidade entre volume financeiro movimentado e total recolhido de tributos, acrescentado de situação de omissão e inatividade declarada - *inapta, nula, baixada ou suspensa* -, junta-

se mais um fato, constatado em diligências nas empresas, **nenhuma das empresas diligenciadas possui armazéns, nenhum funcionário contratado e, nenhuma estrutura logística.**

Ora, tudo que se espera de uma empresa atacadista de café é a existência de uma estrutura que a capacite movimentar grandes volumes de café. Ofende, portanto, a qualquer limite de razoabilidade a inexistência de depósitos, funcionários e logística, encontrando, ao invés disso, escritórios estabelecidos *em pequenas salas comerciais de acomodações acanhadas.*

A fiscalização exemplifica a exiguidade e precariedade das instalações constatadas nas empresas diligenciadas, com a fotografia do estabelecimento da JC BINS (v. fl. 1675), cujo nome fantasia é Cafeeira Colatina, um imóvel de minguados 40 m², com equipamentos e material de escritório: uma mesa, um armário, meia dúzia de pastas, telefone, fax e um computador. Vale sublinhar, contudo, que este mesmo atacadista de café movimentou mais de 149 milhões de Reais apenas no período de 2006 a 2007 (fls. 1674/1675).

A fiscalização fornece outro exemplo de precariedade das instalações, com a fotografia do estabelecimento da Nova Brasília Comércio de Café Ltda (fl. 1678), onde o mesmo quadro de exiguidade das instalações constatadas nas empresas diligenciadas se repete, um imóvel de minguadas dimensões, com equipamentos e material de escritório: duas mesas, duas cadeiras, um armário, meia dúzia de caixas, telefone, fax e um computador. A Empresa, dotada de tal patrimônio, movimentou mais de 300 milhões de Reais, apenas no período de 2007 a 2009. **Como fornecedora da Nicchio Sobrinho teria negociado mais de 8 milhões de Reais**, apenas no curto período de janeiro a agosto de 2009 (fl. 1679).

Tudo indica até aqui que as autodenominadas "atacadistas" são empresas de fachadas, que se prestaram a uma simulação/dissimulação de uma operação de compra e venda de café, pois financeiramente movimentavam grandes somas, mas não tinham como operar com as mercadorias. Além do fato de ter, como se viu, um existência fantasmagórica do ponto de vista da tributação, descumprindo obrigações acessórias e também a principal, consistente em pagar tributo. É cedo, porém, enunciar esta hipótese como provada, embora seja inegável sua plausibilidade.

A impugnante alega que se o esquema ocorreu, não foi com sua conivência, que procurava tão somente adquirir café de pessoas jurídicas, afirmando nada ter a ver com qualquer fraude, ou prejuízo que as atacadistas, seus fornecedores, tenham perpetrado contra o Erário. Não é bem assim, como se verá na sequência.

Antônio Gava, inicialmente sócio e depois administrador da **Colúmbia**, no depoimento que se encontra às fls. 230/232 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.(destaquei)

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, agora de Alexandre Pancieri, sócio da **Do Grão**, encontra-se apoio para a hipótese de uma ação coordenada no sentido de fraudar a Fazenda Nacional. Todavia, o apoio desta vez vem no sentido de esclarecer outro aspecto da situação sob suspeita: a de que as empresas (ou pelo menos algumas delas) eram previamente montadas, não nasciam de um acordo livre das vontades dos sócios para atuar na mercado, mas eram engendradas por terceiros interessados:

Indagado pela fiscalização, ALEXANDRE PANCIERI confirmou figurar no quadro societário da DO GRAO como interposta pessoa e revelou que, na verdade, é classificador de café na FONTE RICA, corretora de seu irmão Paulo Pancieri Júnior. Assegurou que DO GRAO foi constituída a pedido de LUIZ FERNANDO MATTEDE. (fl. 1687)

Destacamos a afirmação do sócio da Empresa Do Grão, cujo quadro societário compunha-se de apenas dois sócios, que a empresa fora criada "**a pedido**" do Sr. Luiz Fernando Mattede. A Empresa, dessa forma constituída, movimentou milhões, entre 2003/2006, mas não recolheu absolutamente nada aos cofres públicos a título de tributo, no período. Entre 2006 e 2008, a **Do Grão teria negociado cerca de 9 milhões de Reais em café com a Nicchio Sobrinho**. Porém, toda a estrutura empresarial da Do Grão restringe-se a uma pequena sala em Colatina.

Vale notar que o Sr. Luiz Fernando Mattede Tomazi, citado no depoimento de Alexandre Pancieri, era um dos administradores da Do Grão, exercendo a função mediante procuração. Foi também um dos sócios fundadores da Acádia Comércio e Exportação Ltda, o outro era Flávio Tardin Faria, que, aliás, era o outro administrador da Do Grão. A Acádia Comércio e Exportação Ltda apresentou recolhimento nulo entre 2003/2009.

Luiz Fernando Mattede Tomazi é ainda um dos sócios fundadores da L&L Comércio e Exportação de Café Ltda (fl. 1688), empresa que movimentou milhões entre 2003 e 2006, e apresentou recolhimento ZERO no período. Entre 2008 e 2009, a **Do Grão teria negociado cerca de 12 milhões de Reais em café com a Nicchio Sobrinho**.

Fato notável é que as empresas Do Grão, Acádia e L&L funcionam no mesmo prédio (Av. Silvio Ávidos, Ed. Silver Center) , e ainda têm a

companhia de mais quatro empresas fiscalizadas na mesma operação: Colúmbia, JC Bins, Stange's Corretagem e a V Munaldi - ME. Fato apenas curioso não se tratassem de "atacadistas de café", atividade que por sua própria natureza exige espaço, funcionários e logística sofisticada. Quanto a esta última empresa citada V Munaldi - ME, no depoimento de seu titular de direito Vilson Munaldi (fl. 1689) à Fiscalização é declarado **que o verdadeiro proprietário é o Sr. Altair Braz Alves**.

O Sr. **Altair Braz Alves** confirmou o depoimento de Vilson Munaldi, admitindo ser o verdadeiro proprietário da V Munaldi - ME, embora figurasse o nome daquele 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. 275/278. Na sequência, 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. 276).

Em resposta à intimação da autoridade fiscal, as empresas Colúmbia, Acácia, Do Grão e L&L confirmam a dedução acima (v. fls. 248 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. 289, **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.

Por exemplo, no depoimento do **corretor de café** Arylson Storck de Oliveira, às fls. 412/414, textualmente se declara:

*"(...)ligava para as exportadoras com o objetivo de vender café de produtor rural e era informado de que não havia a menor possibilidade de que as exportadoras adquirissem café de pessoa física, **que as exportadoras respondiam ao declarante que somente estavam aceitando café de pessoa jurídica**" (item 2)*

"a maioria dos sócios ou titulares das empresas constituídas para guiar café para as exportadoras e Indústrias são ex-

funcionários das próprias exportadoras do Estado do Espírito Santo" (item 3)

"pela emissão da nota fiscal para guiar o café para as exportadoras as interpostas empresas recebem um determinado valor por saca de café, que o 'mercado de nota fiscal' chegou a tal ponto que há uma disputa para ver quem vende a sua nota fiscal por um menor preço por saca de café " (item 4).(gn)

O depoimento esclarece que as próprias exportadoras **somente estavam aceitando café de pessoa jurídica**, isto é, recusavam o café da pessoa física. Na verdade continuavam a comprar dos produtores rurais, apenas utilizavam pessoas jurídicas para "guiar o café", expressão, que neste caso, não passa de eufemismo para a prática simulatória/dissimulatória.

Noutro depoimento (fls. 449/454), do corretor Luciano Arpini Gobbi, o depoente afirma que houve uma fase em que o produtor rural guiava diretamente o café para as exportadoras e indústrias e recebia diretamente o pagamento, mas depois estas empresas, **exportadoras e indústrias, passaram exigir que o café fosse descarregado nelas com nota fiscal de pessoa jurídica.**

No depoimento do corretor João Carlos de Abreu Zampier (fls. 441 e seguintes, item 12), identifica-se os intermediários como empresas laranjas, cuja finalidade é vender nota fiscal:

Que o declarante afirmou que o mercado de café se "prostituiu" porque alguns corretores começaram a negociar café dispensando a cobrança da comissão de corretagem, e devido ao aparecimento de empresas laranjas que entraram no mercado de café vendendo nota fiscal para ganhar um percentual sobre as vendas de café; (gn)

Em mais um depoimento, de um outro corretor - Valério Antônio Dallapícula - , novamente de modo muito explícito é descrita a fraude (fls. 529/534), 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 com outras "empresas"; (gn)*

(...)

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. 307/308):

(...)

*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, Acádia, 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 atuada 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. 322/323):

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 COMISSÁRIA) 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 COLÚMBIA, (...) 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).*

E, finalmente, o depoimento do produtor rural Américo Barbosa Martins (fls. 295/296):

(...) após concretizar a negociação, o café negociado por Junior Pretti é guiado por meio de nota fiscal de produtor do declarante em nome da COLUMBIA, e poucas vezes em nome da C DÁRIO ME, WR DA SILVA LTDA ME e WG DE AZEVEDO BRASIL COFFEE, (...);

(...) após a descarga do café o corretor Junior Pretti informa ao declarante que o café foi descarregado/armazenado nos armazéns do (...), NICCHIO SOBRINHO e (...), em Colatina, e (...), em Vitória;

O produtor rural (Américo Barbosa Martins) afirma que "do total dos recursos depositados na conta corrente do declarante por cada operação de venda de café é descontado o valor de R\$1,00 por saca;-que o declarante afirma que-o-próprio Junior Pretti dizia que esta quantia seria destinada à própria COLUMBIA". Júnior Pretti aí referido é o corretor encarregado, no caso, da transação real e direta do produtor rural com a Nicchio Sobrinho (e

outras empresas), mas que também operava contatos entre a real adquirente e o pseudo adquirente do café do produtor rural, pois o **produtor rural afirma na seqüência que "não conhece e nunca negociou com a COLÚMBIA, (...), ou seus sócios, sendo que o único contato do declarante na negociação do café era com o corretor Júnior Pretti"** (fl. 296).

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, Acádia, 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, Acádia, 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. 258, 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. 258, item 3, *fine*)

Em outro momento ainda, relatam as empresas citadas Do Grão, Acádia, 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. 259/260, itens 6 e 7).

Claro está que as empresas fornecedoras da empresa, ora autuada, tais como Do Grão, Acádia, 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. Veja, por exemplo, o depoimento (fls. 539/541) de Thiago de Resende Gava, assistido por Advogado, sócio de fato da Colúmbia, admitindo que a W R da SILVA (para quem trabalhou) "***nunca comprou nem vendeu um grão de café..***", esclarecendo ainda a finalidade de toda a engrenagem montada:

"que o objetivo das operações realizadas desta forma é proporcionar um ganho maior para as empresas exportadoras e/ou torrefadoras de café, pois se fosse emitida nota fiscal do produtor rural diretamente para as empresas exportadoras, estas não teriam direito ao crédito de tributos de 9,25% sobre o valor da compra de café. Que além disso as empresas exportadoras/torrefadoras teriam que recolher o valor referente ao FUNRURAL sobre a nota fiscal do produtor rural (..)"

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. 423, 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. 259, item 5). Observar também o que declara a Colúmbia à fl. 32, item b: "*para a nossa empresa o que importa não é o preço da saca de café, mas sim a quantidade de sacas, já que a nossa remuneração (é)pelo número de sacas*".

A face financeira da simulação consistiu, conforme demonstrou a Fiscalização, quase sempre na abertura de contas-correntes pela real compradora (Indústria ou exportadora, por exemplo, Nicchio Sobrinho) em nome de uma "atacadista" (por exemplo, V. Munaldi), mas para ser movimentada por um procurador, corretor ou pelo próprio produtor rural (exemplo, Fernando Plantikow Neto):

Por exemplo, a conta nº 52.191-4 aberta em nome da V. MUNALDI no SICOOB - unidade de BAIXO GUANDÚ - ES, era movimentada pelo produtor/maquinista FERNANDO PLATIKOW NETO. Indagada sobre a origem dos depósitos na citada conta da V. MUNALDI, Adriana Lopes Dal Cól Soares, então tesoureira da unidade do SICOOB, esclareceu que, em sua maioria, eram da NICCHIO SOBRINHO (fl. 1709)(gn)

Às fls. 1723/1724, no Termo de Encerramento Fiscal, há uma lista fornecida pela própria Colúmbia de contas-correntes abertas em seu nome, mas movimentadas por outras pessoas.

Como prova documental (v. fl. 1731), 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. 1731, onde aparece o nome Mazolini (produtor rural) seguida do nº 999 (pedido) e da abreviação "Col" de Colúmbia. O diálogo reproduzido na sequência, fl. 1732), 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. 904/908 e estão recheados de expressões análogas às citadas. No trecho citado no Termo de Encerramento Fiscal (fl. 1732) 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. 909. 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. 1103/1374 dos autos, e no relatório da Autoridade Fiscal conclui-se que:

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. 1594 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. 1.613).

De documentos recebidos da Polícia Federal (fls. 224/225), a planilha de saídas da Colúmbia (v. fl. 1759 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 **Edmar Muller**, e o destino é a **Nicchio Sobrinho**. **Edmar Muller**, 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. 304/305).

A Fiscalização comprovou que a própria **Nicchio Sobrinho** depositava os recursos que a Colúmbia necessitava para o pagamento exato aos produtores rurais (fls. 1765/1766). Comparar a planilha de fl. 1764 (Razão Analítico da própria Nicchio Sobrinho) com a planilha de fls. 1765/1766: 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.

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 às fls. 1771/1772):

(...) 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.

Do Ministério Público do Espírito Santo - Grupo GETPOT - a fiscalização recebeu e analisou um relatório financeiro correspondendo a uma espécie de livro caixa ("caixa 2"), documento apreendido na Operação Acácia deflagrada "com o objetivo de coibir sonegação fiscal de ICMS" (fl. 223), que detalha ganhos das 'pseudo-empresas' Do Grão e L&L, Acácia e D'Cristo. O documento reproduzido (fl. 1866) mostra que a receita é claramente proveniente de venda de notas. O total de ganho no fechamento geral relativo à Empresa Do Grão corresponde à diferença desses créditos (provenientes de pessoas físicas) contra as despesas (nada a ver com compra de café) (vide fl. 3706).

Documento ainda mais conclusivo - se isso é possível - quanto ao efetivo uso do esquema pela **Nicchio Sobrinho** é o que transcreve conversas efetuadas mediante MSN. Neste voto, parte de tais diálogos já foi citada. Um dos diálogos é travado entre funcionário do setor financeiro da **Nicchio Sobrinho** e o corretor Edson Pancieri Filho da Clonal Corretora, que confirmou a conversa (fls. 432 e ss) e entregou o arquivo correspondente (fl. 435). Ali são tratados pagamentos da Nicchio Sobrinho a produtor rural. Ocorre que o pagamento ali registrado (R\$59.722,00) é depositado na conta de **WR da Silva** (vide cópia do extrato do Razão analítico à fl. 1719) no valor de R\$59.800,00 (2 X 29.900); onde a diferença deve-se a quebra de peso (fl. 1719). Examine-se o que diz Weverton Rosa da Silva (WR DA SILVA):

Que a WR DA SILVA não é empresa comercial de café, muito menos atacadista, conforme consta no contrato social;

Que na verdade a WR DA SILVA fornece NOTA FISCAL para guiar o café do PRODUTOR RURAL para as empresas exportadoras e indústrias, que são as reais compradoras do café dos produtores rurais;

Que pela operação de fornecimento da nota fiscal a WR DA SILVA recebe R\$0,30 (trinta centavos) a R\$0,50 (cinquenta centavos) por saca de café;

Que o declarante afirmou que as empresas exportadoras e indústrias (para as quais a WR DA SILVA guia o café) compram o café diretamente do produtor rural ou, mais frequentemente, por intermédio de corretores ou corretoras;

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.

Ressalte-se que a mecânica desvendada pela Fiscalização extrapola os limites do estado do Espírito Santo e atinge outros membros da Federação, particularmente, atinge Minas Gerais, onde as autoridades fiscais também diligenciaram e colheram provas que apontam para a mesma conclusão: as empresas "atacadistas" são chamadas no último ato para representar a cena final, sem qualquer participação efetiva do ponto de vista comercial (capítulo 6, do Termo de Encerramento Fiscal, item 5.10).

Finalmente, a impugnante tenta fazer crer que não há liame algum entre a recorrente e algumas empresas atacadistas, seus fornecedores, assim, os créditos derivados das aquisições destas empresas não poderiam ser glosados. Alega que se os fornecedores da impugnante deixaram de recolher tributos ou apresentaram declarações falsas não cabe a esta qualquer responsabilidade. No entanto, a alegação não procede porquanto a caracterização daqueles fornecedores como empresa atacadista sem capacidade operacional, com existência fantasmagórica do ponto de vista fiscal, mas com movimento apreciável de recursos restou incontroverso. Além disso, encontram-se bem definidas como empresas criadas com o propósito de vender nota fiscal, não com o propósito de comercializar café, logo, não seria crível - contrariando o que afirma seus próprios sócios e administradores - que teria vendido café somente para a Nicchio Sobrinho.

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 mascararam uma aquisição fictícia de

mercadorias, impondo-se afastar a faculdade de a interessada calcular crédito de PIS/Cofins na incidência não-cumulativa.

A alegação da contribuinte de que não é possível concluir que teve conhecimento da prática ilícita de fornecedores não prevalece diante dos depoimentos e da prova robusta reunida pela Autoridade Fiscal. Da mesma forma, a alegação de que responsabilidade solidária aplica-se somente ao sujeito passivo, decorre de lei e não pode ser presumida é irrelevante, pois não há imputação de solidariedade. Nem a Fiscalização está responsabilizando a autuada por tributos que não foram pagos por seus fornecedores, nem está aplicando penalidade por infração cometida por terceiros, mas essencialmente glosou créditos da não-cumulatividade, que entendeu indevidos, porque decorrentes de negócios inexistentes, meramente simulados, enfim, imputou responsabilidade por atos cometidos pela própria autuada.

A infração tributária cometida, independente da repercussão penal dos mesmos atos, consistiu basicamente em se apropriar de créditos fiscais indevidamente, pois já se explicou, neste voto, que a compra de café diretamente de pessoa física dá ao comprador um direito de crédito presumido, correspondente a 35% do crédito que seria devido se o negócio fosse realizado com pessoa jurídica.

(...)

O contribuinte, em seu recurso voluntário, não contestou especificamente nenhum destes argumentos. Como disse combateu genericamente a acusação de que não teria provas no processo de sua participação. A única questão específica que argumentou nesta parte, em relação à decisão recorrida, é que ela teria utilizado provas ilícitas, situação esta que já foi explicitada neste voto na análise da preliminar de nulidade da decisão da DRJ.

Mérito - Direito à Manutenção do Crédito na Aquisição de Café das Cooperativas.

Após fazer um diagnóstico bem detalhado das aquisições efetuadas diretamente de pessoas físicas, produtores rurais de café, conforme tópico anterior, a fiscalização concluiu que nestas aquisições a recorrente faz jus ao crédito presumido do PIS e Cofins nos termos do art. 8º da Lei nº 10.925/2004. Portanto, nestas aquisições de café in natura diretamente dos produtores rurais, mas com intermédio da interposição fraudulenta de pseudo-atacadistas, a adquirente beneficia este café in natura para venda no mercado externo. Conclui-se assim que o contribuinte exerce a produção agroindustrial, consistente no exercício cumulativo das atividades de padronizar, beneficiar, preparar e misturar tipos de café para definição de aroma e sabor (blend) ou separar por densidade dos grãos, com redução dos tipos determinados pela classificação oficial, relativamente aos produtos classificados no código 09.01 da NCM (art. 6º da IN SRF nº 660/2006).

A partir daí, ao analisar os créditos decorrentes das aquisições de café oriundos de cooperativas de produção rural, a fiscalização conclui que as vendas deveriam ter sido efetuadas com suspensão da incidência do PIS e da Cofins e que o contribuinte somente teria direito ao crédito presumido, efetuando a glosa dos créditos integrais apropriados pelo recorrente. Assim se pronuncia a fiscalização:

(...)

Desse modo, a NICCHIO SOBRINHO preenche os requisitos estabelecidos para a aplicação da suspensão nas compras de café efetuadas com as cooperativas, a saber:

- a) apura IRPJ com base no lucro real;
- b) exerce atividade agroindustrial definida no art. 6º, II; e
- c) utiliza o café adquirido com suspensão como insumo na fabricação de produtos de que trata o inciso I do art. 5º.

Portanto, efetuou-se a glosa dos créditos integrais sobre tais aquisições e apurou-se o crédito presumido previsto no art. 8º da Lei nº 10.925/2004.

(...)

Em atendimento ao Termo de Início da Ação Fiscal, no qual o contribuinte foi intimado a detalhar o seu processo produtivo, a empresa assim se pronunciou (fl. 6):

(...)

Item 2.7 - Informamos que a empresa é uma produtora na concepção da lei, uma vez que em relação aos produtos classificados no código 0901.11.10 (Café em grãos), adota o exercício cumulativo das atividades de padronizar, beneficiar, preparar e misturar tipos de café para definição de aroma e sabor (blend) e separar por densidades de grãos, com redução dos tipos determinados pela classificação oficial.

(...)

Agora, após o lançamento consumado, o contribuinte quer alterar totalmente a realidade antes afirmada. Agora ele não é mais um típico beneficiador de café na concepção da lei. De forma inusitada ele agora já adquire o grão beneficiado e é somente um revendedor de café que nesta condição não tem mais direito ao crédito presumido e sim ao crédito integral. Que sua principal atividade é a revenda de café já beneficiado. Para tanto traz como prova, uma amostra das notas de aquisição das cooperativas, nas quais não consta o carimbo indicativo da suspensão do PIS e da Cofins. Junto com esta pretensa prova, apresenta como se fosse uma realidade óbvia do mercado as três etapas da comercialização do café: 1ª) a compra do produto *in natura*; 2ª) o beneficiamento transformando o café *in natura* em "café cru em grão"; e 3ª) a revenda do "café cru em grão" pela recorrente no máximo exercendo sobre o produto algum rebeneficiamento, o qual não atingiria as condições cumulativas previstas no art. 6º da IN SRF nº 660/2006. Contrariando o que declarou expressamente, em resposta ao Termo de Início de Ação Fiscal, agora ele afirma que atua na 3ª etapa, o que caracteriza simples revenda. Muito oportuno esta mudança, não fosse uma necessidade essencial de fazer prova efetiva em seu favor.

O ônus da prova, na caso é do contribuinte, primeiro porquê ele altera uma realidade antes por ele afirmada e confirmada pela fiscalização. Segundo porque estamos falando de apuração de crédito de PIS e Cofins, cuja certeza e liquidez deve ser comprovada por quem afirma. Veja o que dispõe os art. 333, inc. I do CPC e 170 do CTN:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

(...)

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.(destaquei)

Quanto ao que ele diz ser as três etapas do processo produtivo do café, não vejo qualquer óbice de que qualquer contribuinte, ou membro da cadeia produtiva do café, realize as três conjuntamente, ou somente duas delas, ou até mesma uma em cada elo. Esta situação relatada como óbvia, da realidade do mercado, longe de ser um elemento de prova contundente, não passa de uma afirmação banal, que não traz nenhuma utilidade que possa alterar a realidade fática e a consequente utilização da legislação tributária.

Portanto, entendo correta a apuração realizada pela fiscalização e confirmada pelo acórdão recorrido. Vejamos o que diz a legislação a respeito da suspensão do PIS e Cofins e o consequente aproveitamento do crédito presumido.

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)

I - de produtos de que trata o inciso I do § 1º do art. 8º desta Lei, quando efetuada por pessoas jurídicas referidas no mencionado inciso; (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - de leite in natura, quando efetuada por pessoa jurídica mencionada no inciso II do § 1º do art. 8º desta Lei; e (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

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)

§ 1º O disposto neste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

I - aplica-se somente na hipótese de vendas efetuadas à pessoa jurídica tributada com base no lucro real; e (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

II - não se aplica nas vendas efetuadas pelas pessoas jurídicas de que tratam os §§ 6º e 7º do

art. 8º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 2º A suspensão de que trata este artigo aplicar-se-á nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal - SRF. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) (Destaquei)

Da leitura desse dispositivo, entendo que a suspensão não é uma mera opção dos contribuintes, ao contrário, estando atendidas as condicionantes impostas pela lei, a suspensão do PIS e Cofins é obrigatória. Note que o § 2º da Lei autoriza que a Secretaria da Receita Federal estabeleça termos e condições para aplicação da suspensão. Neste sentido foi editada a IN SRF nº 660/2006, a qual regulamentou a suspensão das contribuições e o aproveitamento do crédito presumido. Para melhor clareza, transcreve-se abaixo trechos essenciais da referida instrução normativa:

DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Art. 1º Esta Instrução Normativa disciplina a comercialização de produtos agropecuários na forma dos arts. 8º, 9º e 15 da Lei nº 10.925, de 2004.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS CONTRIBUIÇÕES DOS PRODUTOS VENDIDOS COM SUSPENSÃO

Art. 2º Fica suspensa a exigibilidade da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda:

I - de produtos in natura de origem vegetal, classificados na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) nos códigos:

a) 10.01 a 10.08, exceto os códigos 1006.20 e 1006.30;

b) 12.01 e 18.01;

II - de leite in natura;

III - de produto in natura de origem vegetal destinado à elaboração de mercadorias classificadas no código 22.04, da NCM; e

IV - de produtos agropecuários a serem utilizados como insumo na fabricação dos produtos relacionados no inciso I do art. 5º.

§ 1º Para a aplicação da suspensão de que trata o caput, devem ser observadas as disposições dos arts. 3º e 4º.

§ 2º Nas notas fiscais relativas às vendas efetuadas com suspensão, deve constar a expressão "Venda efetuada com suspensão da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS", com especificação do dispositivo legal correspondente.

DAS PESSOAS JURÍDICAS QUE EFETUAM VENDAS COM SUSPENSÃO

Art. 3º A suspensão de exigibilidade das contribuições, na forma do art. 2º, alcança somente as vendas efetuadas por pessoa jurídica:

I - cerealista, no caso dos produtos referidos no inciso I do art. 2º;

II - que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel, no caso do produto referido no inciso II do art. 2º; e

III - que exerça atividade agropecuária ou por cooperativa de produção agropecuária, no caso dos produtos de que tratam os incisos III e IV do art. 2º.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, entende-se por:

I - cerealista, a pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar produtos in natura de origem vegetal relacionados no inciso I do art. 2º;

II - atividade agropecuária, a atividade econômica de cultivo da terra e/ou de criação de peixes, aves e outros animais, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.023, de 12 de abril de 1990; e

III - cooperativa de produção agropecuária, a sociedade cooperativa que exerça a atividade de comercialização da produção de seus associados, podendo também realizar o beneficiamento dessa produção.

§ 2º Conforme determinação do inciso II do § 4º do art. 8º e do § 4º do art. 15 da Lei nº 10.925, de 2004, a pessoa jurídica cerealista, ou que exerça as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel de leite in natura, ou que exerça atividade agropecuária e a cooperativa de produção agropecuária, de que tratam os incisos I a III do caput, **deverão estornar os créditos referentes à incidência não-cumulativa da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, quando decorrentes da aquisição dos insumos utilizados nos produtos**

agropecuários vendidos com suspensão da exigência das contribuições na forma do art. 2º.

§ 3º No caso de algum produto relacionado no art. 2º também ser objeto de redução a zero das alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, nas vendas efetuadas à pessoa jurídica de que trata o art. 4º prevalecerá o regime de suspensão, inclusive com a aplicação do § 2º deste artigo.

DA APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO

Art. 4º Aplica-se a suspensão de que trata o art. 2º somente na hipótese de, cumulativamente, o adquirente:

I - apurar o imposto de renda com base no lucro real;

II - exercer atividade agroindustrial na forma do art. 6º; e

III - utilizar o produto adquirido com suspensão como insumo na fabricação de produtos de que tratam os incisos I e II do art. 5º.

(...)

§ 3º É vedada a suspensão quando a aquisição for destinada à revenda.

DO CRÉDITO PRESUMIDO DO DIREITO AO DESCONTO DE CRÉDITOS PRESUMIDOS

Art. 5º A pessoa jurídica que exerça atividade agroindustrial, na determinação do valor da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins a pagar no regime de não-cumulatividade, pode descontar créditos presumidos calculados sobre o valor dos produtos agropecuários utilizados como insumos na fabricação de produtos:

I - destinados à alimentação humana ou animal, classificados na NCM:

a) no capítulo 2, exceto os códigos 02.01, 02.02, 02.03, 0206.10.00, 0206.20, 0206.21, 0206.29, 0206.30.00, 0206.4, 02.07, 0210.1;

b) no capítulo 4;

c) nos códigos 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99;

d) **nos capítulos 8 a 12, 15 e 16;** (Redação original)

e) nos códigos 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09 e 2209.00.00;

f) no capítulo 23, exceto o código 23.09.90.

g) no capítulo 3, exceto os produtos vivos deste capítulo;

h) no capítulo 16;

II - classificados no código 22.04, da NCM.

§ 1º O direito ao desconto de créditos presumidos na forma do caput aplica-se, também, à sociedade cooperativa que exerça atividade agroindustrial.

§ 2º É vedado às pessoas jurídicas de que tratam os incisos I a III do caput do art. 3º a utilização de créditos presumidos na forma deste artigo.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo também em relação às mercadorias relacionadas no caput quando, produzidas pela própria pessoa jurídica ou sociedade cooperativa, forem por ela utilizadas como insumo na produção de outras mercadorias.

DA ATIVIDADE AGROINDUSTRIAL

Art. 6º Para os efeitos desta Instrução Normativa, entende-se por atividade agroindustrial:

I - a atividade econômica de produção das mercadorias relacionadas no caput do art. 5º, excetuadas as atividades relacionadas no art. 2º da Lei nº 8.023, de 1990; e

II - o exercício cumulativo das atividades de padronizar, beneficiar, preparar e misturar tipos de café para definição de aroma e sabor (blend) ou separar por densidade dos grãos, com redução dos tipos determinados pela classificação oficial, relativamente aos produtos classificados no código 09.01 da NCM.

DOS INSUMOS QUE GERAM CRÉDITO PRESUMIDO

Art. 7º Geram direito ao desconto de créditos presumidos na forma do art. 5º, os produtos agropecuários:

I - adquiridos de pessoa jurídica domiciliada no País, com suspensão da exigibilidade das contribuições na forma do art. 2º;

*II - adquiridos de pessoa física residente no País;
ou*

*III - recebidos de cooperado, pessoa física ou
jurídica, residente ou domiciliada no País.*

(...)

Verifica-se que a Instrução Normativa editada pela Receita Federal, em atendimento à exigência do § 2º do art. 9º da Lei nº 10.925/2004, estabeleceu alguns regramentos para o cumprimento da suspensão nas aquisições de café para beneficiamento e fica evidente que a suspensão na aquisição era obrigatória da simples leitura do seu art. 4º acima transcrito, pois a recorrente preenche todas as suas condições conforme constatou a fiscalização. A ausência da expressão "Venda efetuada com suspensão da Contribuição para o PIS/PASEP e da COFINS" em algumas das notas fiscais de aquisição não são suficientes para fazer prova de que o produto não foi adquirido com suspensão. Pode ter havido somente um descumprimento de uma obrigação acessória, a qual a recorrente poderia ter exigido a sua correção no momento do recebimento da mercadoria.

Em seu recurso o contribuinte afirma "da impossibilidade jurídica de aproveitamento do crédito presumido em duplicidade na cadeia do café". Em síntese aduz que tendo a cooperativa já aproveitado do crédito presumido nas aquisições do café do produtor rural este crédito só pode ser aproveitado uma vez, cabendo o crédito integral para a recorrente que adquiriu o café da cooperativa. Correta a primeira afirmação de que não há previsão legal para aproveitamento do crédito presumido em duplicidade. Isto decorre da própria sistemática do sistema de créditos. No caso o § 2º do art. 3º da IN nº 660/2006, acima transcrito, prevê que nestas situações, quando a cooperativa utilizou-se do crédito presumido na aquisição do produtor rural e efetuou a venda com suspensão, caso dos autos, ela deve estornar estes créditos apropriados na aquisição. Portanto a segunda afirmação não é verdadeira de que a recorrente poderia apropriar-se integralmente do crédito de PIS e Cofins.

Assim correta a glosa dos créditos integrais apropriados pelo contribuinte e a manutenção do crédito presumido apropriado pela fiscalização.

Mérito - Multa Qualificada de 150%

Neste ponto o contribuinte afirma que não há prova de fraude ou dolo, e, além disso, a multa de 150% viola os princípios da proporcionalidade e do não-confisco.

Penso que a questão da existência de fraude ou dolo já foi enfrentada na questão de mérito inicial, pois a exigência do presente lançamento só se sustenta ante a comprovação da prática simulatória de adquirir o produto diretamente de produtores rurais com a inserção fictícia do pseudo-atacadista. O dolo restou caracterizado e enseja a qualificação da penalidade nos exatos termos do art. 44, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a
totalidade ou diferença de imposto ou contribuição
nos casos de falta de pagamento ou recolhimento,
de falta de declaração e nos de declaração*

inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

§ 1º O **percentual de multa** de que trata o inciso I do caput deste artigo **será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da lei nº 4.502**, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. *(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)*

Por sua vez assim dispõe a Lei nº 4.502/64:

Art . 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art . 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art . 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

O procedimento sistemático de contribuir para a emissão dessas notas fiscais e depois se utilizar dos créditos básicos do PIS e Cofins, que como se sabe são superiores ao crédito presumido a que faz jus (este foi reconhecido pela fiscalização, cabe ressaltar), caracteriza o dolo, consistente na intenção de impedir ou ao menos retardar o conhecimento, por parte do Fisco, de todas as características essenciais do fato gerador, com vistas a reduzir o montante do tributo devido e evitar ou diferir o seu pagamento. Daí a fraude, cominada com a multa no percentual de 150%.

Quanto à argumentação de inconstitucionalidade da norma em decorrência do suposto caráter confiscatório da multa aplicada, é necessário lembrar que este Conselho não é competente para se pronunciar a este respeito, conforme Súmula CARF nº 2:

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

Pedido de Diligência

O contribuinte insiste na realização de 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 atacadistas de café nas Receitas Federal e Estadual, no período em que ocorreram aquisições de bens". Segundo a defesa a diligência também seria importante para "conferência da legalidade das aquisições provenientes do estado de Minas Gerais, principalmente do Município de Manhuaçu".

Também neste caso concordo com a decisão recorrida. No meu entendimento as questões que o contribuinte colocam para ser diligenciadas não são pertinentes, pois já estão exaustivamente demonstradas no lançamento fiscal, ou por intermédio de sua defesa. Não há nenhum questionamento quanto à existência das notas fiscais emitidas pelos fornecedores. A fiscalização reconhece a sua existência tendo sido elas utilizadas para o cálculo matemático das glosas e dos lançamentos - sendo que o contribuinte não impugnou qualquer questão relativa a estes cálculos, restringindo a discussão somente quanto ao direito ao crédito. Da mesma forma não há relevância quanto a existência dos pagamentos, depósitos bancários e cadastro ativo ou não nas Receitas Federal e Estadual. De igual forma a fiscalização não negou a existência dos pagamentos, depósitos bancários e as situações cadastrais. Assim também a fiscalização não diferenciou os tipos de operações em conformidade com o local de sua aquisição, seja em Colatina, Manhuaçu ou outro município qualquer.

Em conclusão nego o pedido de diligência por entender que constam dos autos todos os elementos necessários para realizar o julgamento.

Multas Isoladas

Observa-se que não houve impugnação específica quanto à aplicação das multas isoladas em decorrência da não homologação das compensações declaradas ou do indeferimento dos pedidos de ressarcimento. Certo que se no mérito as glosas e o próprio lançamento fossem afastados haveria também o consequente afastamento destas multas, o que não é o caso.

Porém, embora não contestadas especificamente no recurso voluntário, parte das multas isoladas foram aplicadas com base nos § 15 e 16 do art. 74 da Lei nº 9.430/96. Estes dispositivos legais foram revogados pelo art. 27, inc. II da Lei nº 13.137/2015, retirando tal penalidade do ordenamento jurídico. Desta forma entendo que a aplicação desta penalidade deve ser excluída do lançamento tributário, em face do disposto no art. 106, inc. II, "a" do CTN.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido

fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, somente para afastar a exigência das multas isoladas aplicadas com base nos § 15 e 16 do art. 74 da Lei nº 9.430/96, mantendo intacto o restante do crédito tributário exigido no presente processo.

(...)

(Fim da transcrição do voto)

Portanto, pelas mesmas razões do voto proferido no processo de lançamento fiscal nº 10783.720371/2012-47, acima transcrito, voto por negar provimento ao Recurso Voluntário para manter o indeferimento do ressarcimento solicitado e a não homologação das compensações correspondentes.

Andrada Márcio Canuto Natal - Relator