ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 13982.001088/2010-01

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº	13982.001088/2010-01
Recurso nº	Especial do Contribuinte
Acórdão nº	**9303-005.845 – 3ª Turma**
Sessão de	17 de outubro de 2017
Matéria	PIS COFINS
Recorrente	COMERCIO ATACADISTA E VAREJISTA PROGRESSO LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 31/12/2004, 31/01/2005, 30/04/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/09/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 28/02/2007, 30/04/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/10/2007

PROVA EMPRESTADA. INFORMAÇÃO FORNECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE

No presente caso, o Fisco Federal obteve apenas informações sobre supostas fraudes cometidas pela Contribuinte com base em informações coletadas pelo Ministério Público Estadual, a partir das informações iniciou-se o procedimento de fiscalização, preservados os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições de regência, conforme o previsto no artigo 125 do Decreto-lei nº 5.844, de 1943 e artigo 2º do Decreto-lei nº 1.718, de 1979.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Tatiana Midori Migiyama e Vanessa Marini Cecconello, que lhe deram provimento. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Tatiana Midori Migiyama.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Demes Brito - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros:Rodrigo da Costa Pôssas, Andrada Márcio Canuto Natal, Tatiana Midori Migiyama, Charles Mayer de Castro Souza, Demes Brito, Jorge Olmiro Lock Freire, Valcir Gassen e Vanessa Marini Cecconello.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial de divergência interposto pela Contribuinte com fundamento no artigo 67 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF 256, de 22 de junho de 2009, contra acórdão nº**3801-001.869**, proferido pela 1º Turma Especial Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que possui a seguinte ementa:

> *"ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO Data do fato gerador: 31/12/2004, 31/01/2005, 30/04/2005, 31/08/2005, 30/09/2005, 30/11/2005, 31/12/2005, 31/01/2006, 28/02/2006, 31/03/2006, 30/09/2006, 30/11/2006, 31/12/2006, 28/02/2007, 30/04/2007, 30/06/2007, 31/07/2007, 31/10/2007*
>
> *PIS. COFINS. PRAZO DE DECADÊNCIA. DOLO.*
>
> *Nos casos em que comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o prazo decadencial desloca-se daquele previsto no art.150 para as regras estabelecidas no art.173 (ambos do CTN), onde ficou constatado que, sob as regras deste último, não ocorreu a decadência para os fatos geradores supra indicados.*
>
> *NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.*
>
> *O direito ao contraditório e à ampla defesa é exercido após a instauração da fase litigiosa do processo administrativo fiscal, com a impugnação ao lançamento, não cabendo cogitar-se de cerceamento do direito de defesa no curso da ação fiscal.*
>
> *MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. DUPLICAÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA DE OFÍCIO. LEGITIMIDADE. Constatado que na conduta da fiscalizada existem as condições previstas nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, cabível a duplicação do percentual da multa de que trata o inciso I do art.44 da Lei nº 9.430/96.*
>
> *ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. FORÇA PROBANTE.*

Escrituração da contabilidade da empresa somente faz prova a seu favor nos casos em que, além de observadas as disposições legais, os fatos nela registrados estejam comprovados por documentos hábeis e idôneos.

NOTA FISCAL. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE AFASTADA. Afastada a presunção de veracidade das notas fiscais apresentadas como provas das operações comerciais da empresa, a esta cabe fornecer outros documentos, hábeis e idôneos, a fim de comprová-las.

NOTAS FISCAIS INIDÔNEAS. GLOSA DE CRÉDITOS DA NÃO CUMULATIVIDADE

Cabe à contribuinte apresentar à fiscalização a documentação, hábil e idônea, apta a comprovar o pagamento das aquisições de mercadorias, e que o dispêndio corresponde à contrapartida de algo recebido, e em assim não o fazendo, é de se concluir, aliado a outras evidências, que as supostas aquisições não foram efetivamente recebidas/adquiridas. Assim, correto o procedimento fiscal em glosar de créditos da não cumulatividade, relativos às citadas aquisições, contabilizadas pelo contribuinte.

Recurso Voluntário Negado

Transcrevo, inicialmente, excerto do relatório da decisão de primeiro grau:

Em consulta à Descrição dos Fatos e Enquadramento(s) Legal (is) e ao Termo de Verificação Fiscal, verifica-se que as autuações se deram em razão da constatação da falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS e da Cofins, que ocorreu devido a glosa de créditos da não cumulatividade aproveitados pela contribuinte, nos períodos fiscalizados. Foram glosados os créditos relativos as aquisições da empresa Tozzo e Cia Ltda, que não foram efetivamente recebidas/adquiridas pela interessada.

Relata a Autoridade Fiscal que a empresa autuada logrou proveito de esquema fraudulento engendrado pela empresa Tozzo e Cia Ltda, ao utilizar-se de notas fiscais graciosas (notas referentes) emitidas por esta empresa.

Assim descreve .a motivação da ação fiscal e como o tal esquema era realizado: Por meio do Oficio n° 01809012171920000001(fls. 167), de 16 de outubro de 2009, a D. Juiza Substituta Dra. Lizandra Pinto de Souza disponibilizou para a Receita Federal do Brasil os dados obtidos quando da busca e apreensão na empresa Tozzo & Cia Ltda os quais se encontravam sob custódia da ForçaTarefa do Ministério Público de Santa Catarina. Da mesma forma foram encaminhados cópia da decisão de busca e apreensão (dos autos n° 018.09.0187900, dos termos de apreensão e exibição e do pedido de compartilhamento de dados(fls. 169/182/199/218).

O Ministério Público de Santa Catarina descreveu para a Receita Federal do Brasil as ocorrências do dia 17 de setembro de 2009,na cidade de Chapecó (SC), quando grupo de Força Tarefa integrado por agentes do Ministério Público de Santa Catarina e da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina apoiados pelos órgãos de segurança (Policias Civil, Militar e

Rodoviária Federal), deram cumprimento a mandados de busca e apreensão relativos a chamada "Operação Nota Referente ATZO", tendo como alvo a empresa Tozzo & Cia Ltda.

Os documentos apreendidos pelo Ministério Público de Santa Catarina revelam que os responsáveis pela empresa Tozzo & Cia Ltda organizaram esquema de vendas sem notas fiscais com a conseqüente emissão de notas fiscais e duplicatas simuladas para outros destinatários.

O esquema fraudulento de vendas operava-se da seguinte forma: Parte das mercadorias vendidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda eram entregues por motoristas funcionários, utilizando caminhões próprios, a destinatários que não desejavam receber nota fiscal (com intuito de revender as mercadorias também sem nota fiscal, sonegando os tributos e permitindo a permanência em regimes de tributação favorecidos como é o caso do SIMPLES).

Estas entregas sem nota fiscal eram acompanhadas de um documento paralelo denominado de "Pedido ATZO".

Por outro lado. para manter a regularidade do estoque de mercadorias e para beneficiar interessados em registrar créditos de ICMS, os responsáveis pela empresa Tozzo & Cia Ltda simulavam a venda de mercadorias com a emissão de notas fiscais para destinatários que não correspondiam aos verdadeiros adquirentes/recebedores das mercadorias. Tais notas fiscais eram denominadas pelos envolvidos de "Nota Referente", pois correspondia (ou se "referiam') a uma entrega de mercadoria sem nota fiscal, ou seja, referia-se a um "Pedido ATZO". Sendo assim, as vendas sem nota fiscal (Pedido ATZO) geravam uma nota fiscal ideologicamente falsa (Nota Referente) contendo um destinatário.

A fim de manter o controle financeiro do esquema fraudulento, a Tozzo & Cia Ltda, simulava a emissão de duplicatas que eram registradas e quitadas via Caixa, dando uma aparência de regularidade para todas as operações.

O esquema fraudulento acima mencionado pode ser comprovado pela leitura dos depoimentos prestados ao Ministério Público de SC por pessoas ligadas (funcionários e prestadores de serviço) a empresa Tozzo & Cia Ltda, conforme excertos dos autos do processo judicial n° 018.09.0217192. (Fls. 238 a 258).

Ainda nesta senda, o Ministério Público de SC, por meio do Oficio 942/09/CIE/MP, (fls. 165), encaminhou à Receita Federal do Brasil cópia do oficio n° 3708/09 do Instituto de Criminalística, (fls. 168), contendo informações apreendidas durante a operação realizada no dia 17 de setembro de 2009 na cidade de Chapecó.

Da análise dos documentos recebidos, constatou-se que a empresa PROGRESSO logrou proveito do esquema fraudulento já multicitado, visto que aquela (PROGRESSO) foi beneficiária de notas fiscais graciosas (notas referentes) emitidas pela empresa Tozzo & Cia Ltda.

A conclusão de que a empresa PROGRESSO se beneficiou do esquema acima relatado, qual seja, a de receber notas fiscais graciosas (notas referentes) é o fato de que o relatório resultante do exame em mídia de armazenamento computacional, e que está adunado às fls. 0319 a 339, discrimina a existência de vendas da empresa Tozzo & Cia que tiveram desconto de 0,01 % (parâmetro apontado nos depoimentos acima citados) e que apresentavam como adquirente (destinatário) da mercadoria a empresa PROGRESSO.

Em relação ao procedimento fiscal, relata a Autoridade Fiscal:Ao amparo do Mandado de Procedimento Fiscal Diligência n° 09203002010001615 (fls. 124) foi efetuada diligência junto à empresa PROGRESSO a fim de obter em meio magnético os seguintes elementos: arquivos de registros contábeis; notas fiscais de entrada; livro registro de entradas relativos ao período de 2004 até 2008. O contribuinte atendeu o requestado de forma regular, conforme documento a fls. 128 a 164.

Constatada utilização de notas fiscais "graciosas", propôs-se inicio de ação fiscal a fim de verificar as irregularidades na apuração de recolhimento de tributos administrados peia Receita Federal do Brasil.

Identificadas pela fiscalização as notas fiscais que teriam sido utilizadas indevidamente pela empresa fiscalizada (as com destaque do desconto de 0,01%), a mesma foi regularmente intimada para comprovar com documentação hábil e idônea o recebimento das mercadorias e o efetivo pagamento das mesmas (fls. 029 a 073).

Em resposta, a empresa afirmou que não tinha como comprovar documentalmente a efetiva quitação das operações representadas por estas notas. Diz a Autoridade Fiscal que essa alegação da empresa confirma os indícios apurados durante a operação de busca e apreensão realizada pelo Ministério Público de Santa Catarina e pela Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina. E conclui que, em sendo assim, a empresa "não logrou êxito na comprovação da efetiva aquisição/recebimento das mercadorias supostamente vendidas pela Tozzo e Cia Ltda." que foram listadas no anexo ao termo fiscal.

Em relação ao motivo do agravamento da multa de oficio, diz: A fiscalizada utilizou-se de notas fiscais cujo destinatário foi simulado pelo emitente afim de beneficiar-se do creditamento dos tributos inerentes à operação, bem como para aumentar o custo dos bens vendidos, reduzindo desta forma o lucro liquido que serve de base de cálculo do imposto de renda e para a contribuição social, bem como do PIS e da COFINS a pagar. (neste caso por meio do aproveitamento de créditos indevidos)".

Inconformada com tal decisão, a Contribuinte interpõe o presente Recurso, requerendo que se digne em determinar a reforma necessária do acórdão recorrido, a fim de se declarar a nulidade do lançamento com o seu conseqüente cancelamento.

Para respaldar a dissonância jurisprudencial, a Contribuinte aponta como paradigmas os acórdãos n^{o}s **CSRF/01-05.978** e **3401-01.794** (Prova emprestada). Em seguida,

o Recurso teve seguimento parcial, especialmente quanto a possibilidade ou não de utilização de prova emprestada tributária.

A Fazenda Nacional, apresentou contrarrazões, requerendo que seja negado provimento ao Recurso Especial da Contribuinte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demes Brito - Relator

O Recurso foi tempestivamente apresentado e atende os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

A matéria divergente posta a esta E.Câmara Superior, diz respeito especialmente quanto a possibilidade ou não de utilização de prova emprestada tributária.

Com efeito, o Ministério Público de Santa Catarina descreveu para a Receita Federal do Brasil as ocorrências do dia 17 de setembro de 2009, na cidade de Chapecó (SC), quando grupo de força-tarefa integrado por agentes do Ministério Público de Santa Catarina e da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina apoiados pelos órgãos de segurança (Policias Civil, Militar e Rodoviária Federal), deram cumprimento a mandados de busca e apreensão relativos a chamada "Operação Nota Referente ATZO", tendo como alvo a empresa Tozzo & Cia Ltda.

Os documentos apreendidos pelo Ministério Público de Santa Catarina revelam que os responsáveis pela empresa Tozzo & Cia Ltda organizaram esquema de vendas sem notas fiscais com a conseqüente emissão de notas fiscais e duplicatas simuladas para outros destinatários.

Ao amparo do Mandado de Procedimento Fiscal Diligência n° 09203002010001615 (fls. 124) foi efetuada diligência junto à empresa PROGRESSO a fim de obter em meio magnético os seguintes elementos: arquivos de registros contábeis; notas fiscais de entrada; livro registro de entradas relativos ao período de 2004 até 2008. O contribuinte atendeu o requestado de forma regular, conforme documento a fls. 128 a 164. Constatada utilização de notas fiscais "graciosas", propôs-se o inicio de ação fiscal a fim de verificar as irregularidades na apuração de recolhimento de tributos administrados peia Receita Federal do Brasil.

Identificadas pela fiscalização as notas fiscais que teriam sido utilizadas indevidamente pela empresa fiscalizada (as com destaque do desconto de 0,01%), a mesma foi regularmente intimada para comprovar com documentação hábil e idônea o recebimento das mercadorias e o efetivo pagamento das mesmas

A Contribuinte devidamente cientificada, lavrou-se auto de infração após a constatação da falta/insuficiência de recolhimento da contribuição para o PIS e da Cofins, que ocorreu devido a glosa de créditos da não cumulatividade aproveitados pela Contribuinte, nos períodos fiscalizados. Foram glosados os créditos relativos as aquisições da empresa Tozzo e Cia Ltda, que não foram efetivamente recebidas/adquiridas pela interessada.

Sem maiores digressões, quanto a divergência posta a esta E. Câmara Superior, sobre a utilização de prova emprestada no processo tributário, tanto o Superior Tribunal de Justiça - STJ, quanto o Supremo Tribunal Federal - STT, entendem ser plenamente validas, desde que seja exercido o direito ao contraditório e ampla defesa.

Nesta direção, o próprio Código de Processo Civil, tornou usual a prova emprestada, conforme preceitua o art. 372: *"O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório"*.

No caso em espécie, chama atenção a construção dos argumentos expendidos no voto vencido, apesar de ser vencido, merece ressalvas e reparos.

Transcrevo fragmentos do voto vencido. *In verbis*:

> *"Veja-se, por conseguinte, que para se preservar incólume o princípio do contraditório, é indispensável que a parte do segundo processo tenha participado em contraditório do processo em que se produziu a prova que se visa aproveitar para fundamentar o direito pretendido. Em outras palavras, é essencial que a parte contra a qual a prova será utilizada tenha sido parte do processo onde a prova foi produzida.*
>
> *No caso sob análise, tem-se que o Recorrente não participou do processo original, no qual foram produzidas as provas emprestadas. Inexistiu o contraditório. Veja-se que o agente fiscal assumiu como fato oponível ao Recorrente toda uma cadeia de provas, depoimentos e investigações havidas em processo de terceiro, estranho à Recorrente. Ao assim proceder, deixou de assegurar a participação da Recorrente na atividade probatória destinada à formação do convencimento do julgador.*
>
> ***E, o que é mais grave: toda a autuação fiscal foi embasada tão somente nas provas emprestadas de processo de terceiro. A documentação contábil e fiscal da Recorrente foi totalmente desconsiderada, e o agente fiscal não empenhou esforços para demonstrar, especificamente e particularmente no que tange à Recorrente, de que esta, de fato, era copartícipe da fraude deflagrada no processo investigatório envolvendo a empresa Tozzo & Cia. Ltda.***

Quanto assertiva da Relatora do voto vencido de que: *"A documentação contábil e fiscal da Recorrente foi totalmente desconsiderada, e o agente fiscal não empenhou esforços para demonstrar, especificamente e particularmente no que tange à Recorrente"*.

Se faz necessário, corrigir este argumento baseado em falsa premissa, consta junto aos autos, fls.122/2007, todas as notas e documentos que comprovam a fraude perpetuada.

Ora, o fisco deveria considerar notas inidôneas?

Já se demonstra uma contradição do voto vencido, assim como, argumentos da Contribuinte, que sustentam que não houve ampla defesa, considerando que a prova

emprestada violou o devido processo legal, princípio do contraditório e do direito à ampla defesa.

Prossegue:

[...]

"Entendo não ser necessário, aqui, enveredar na discussão em torno da deficiência do depoimento testemunhal como meio probatório no âmbito tributário. Até porque, a prova testemunhal pode ser deveras importante para certificar determinados acontecimentos. ***Porém, embasar um auto de infração em prova testemunhal emprestada de processo em que a Recorrente sequer foi intimada como parte interessada, e mais, em situação que poderia ser solucionada pela análise de documentos financeiros e provas periciais, pode ser mesmo temerário, além de não coadunar com o devido processo legal".***

De fato, há uma impropriedade desvirtuada em tal conclusão, o Auto de Infração não foi motivado por testemunhas, todo procedimento, foi amparado pelo Mandado de Procedimento Fiscal Diligência n° **09203002010001615.** Todo contraditório, ampla defesa, procedimento de instauração de fiscalização, tudo foi ampara na estrita legalidade do devido processo legal, não há o que se falar em ilegalidade ou nulidade de prova emprestas.

Sem reparos a decisão recorrida.

No que tange o argumento de que a prova emprestada foi colhida sem o devido processo legal, não coaduna com a realidade dos fatos, a operação conjunta com o Ministério Público e demais autoridades, foram arquitetadas dos ditames de lei. Em nenhum momento, do modo açodado a Fazenda Nacional solicitaria documentos, e com base em informações de uma operação, lavraria um auto de infração com fundamento de dados fornecidos por terceiros.

Houve comprovadamente, um procedimento legal, a Autoridade Fiscal, por meio do Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência n° **09203002010001615,** requisitou informações acerca da contabilidade e escrita fiscal da Contribuinte, o que em via reflexa, proporcionou total ampla defesa.

Para validar minha convicção de que não houve qualquer ilegalidade quanto ao lançamento, verifico ás fls.212, junto ao **TERMO DE INTIMAÇÃO FISCAL SAFIS/DRF/JOA-SC N° 141/2010,** o seguinte:

"No exercício das atribuições do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, com base no que dispõem os arts. 911, 927 e 928 do Decreto n° 3.000 de 26/03/1999 c/c art. 11 da Lei 8.218/1991, ***INTIMAMOS*** *o contribuinte acima identificado a apresentar, no prazo de 20 (vinte) dias contados do recebimento desta Intimação, os documentos a seguir especificados, todos referentes ao período de janeiro/2004 a dezembro/2008:*

1. Arquivos de Registros Contábeis, em meio magnético, na forma prevista no item 4.1 do Anexo Único do ADE COFIS n° 15, de 23/10/2001, validados pelo programa SINCO - ARQUIVOS CONTÁBEIS; 2. Notas Fiscais de

Entrada, em meio magnético, formatadas e validadas pelo programa SINCO - NOTAS FISCAIS, respeitando o disposto no Ato Declaratório Exeçutivo Cofis n° 15 de 23 de outubro de 2001; 3. Notas Fiscais de Entrada, em meio magnético, no formato SINTEGRA; 4. Arquivos eletrônicos pontendo a imagem de impressão".

Portanto, não há o que se invalidar ou anular o auto de infração, com o fundamento de que não houve ampla defesa.

Quanto a utilização de prova emprestada em matéria tributaria, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, nos autos do REsp nº **81.094 - MG** (1995/0063138-5) entendeu que não há qualquer ilegalidade no lançamento efetuado, ainda mais se a autuação realizada pelo Fisco Federal obedeceu às formalidades legais, dando direito de ampla defesa ao contribuinte. *In verbis:*

"TRIBUTÁRIO. IR. LANÇAMENTO. AUXÍLIO E PROVA EMPRESTADA. ART. 199, DO CTN.

1. Todos os órgãos da Administração Federal, Estadual, Municipal e Autárquica estão obrigados à prestação mútua de assistência e cooperação na fiscalização dos tributos respectivos.

2. No lançamento do Imposto de Renda pode o Fisco Federal valer-se de documentos, informações, laudos, autos de infração etc..., levados a efeito pela fiscalização estadual.

3. Cabe à autora provar os fatos constitutivos de seu direito alegados na inicial, que poderão ser contestados pelo réu em juízo.

4. Apelo improvido" (fl. 164).

Aponta divergência jurisprudencial com acórdão proferido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, em que foi adotado o entendimento de não ser válido o auto de infração lavrado pelo Fisco Federal, relativo ao imposto de renda, baseado em prova emprestada de lançamento efetuado pelo Fisco Estadual.

Cinge-se a controvérsia à possibilidade do Fisco Federal constituir o crédito tributário, pelo auto de infração, a título de Imposto de Renda, tendo como suporte lançamento efetuado pelo Fisco Estadual.

O artigo 199 do Código Tributário Nacional prevê a mútua assistência entre as entidades da Federação em matéria de fiscalização de tributos, in verbis :

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Como se vê, a lei preconiza a assistência mútua entre as entidades tributantes e estabelece que a utilização de informações e o aproveitamento

de atos de fiscalização entre as pessoas jurídicas de direito público deva ser realizado através de lei ou de convênio. Tal requisito se manifesta por meio do artigo 658 do Regulamento do Imposto de Renda - Decreto nº 85.450/80 - atualmente art. 936 do Decreto nº 3.000/99 - que dispunha:

"Art. 658. São obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Regulamento e permitindo aos fiscais de tributos federais colher quaisquer elementos necessários à repartição, todos os órgãos da Administração Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista (Decreto-lei nº 5.844/43, artigo 125, e Decreto-lei nº 1.718/79, artigo 2º)".

Com pequenas alterações redacionais, a regra foi mantida no RIR ora em vigor, que assim preconiza:

"Art. 936. Todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como as entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhes forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições deste Decreto e permitindo aos Auditores Fiscais da Receita Federal colher quaisquer elementos necessários à repartição (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 125, e Decreto-lei nº 1.718, de 1979, art. 2º)".

Assim, não há qualquer ilegalidade no lançamento efetuado, ainda mais se a autuação realizada pelo Fisco Federal obedeceu às formalidades legais, dando direito de ampla defesa ao contribuinte. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se pode negar valor probante à prova emprestada coligida mediante a garantia do contraditório (RTJ 559/265).

No caso, a faculdade de cooperação entre os fiscos federal, estadual e municipal não resultou em prejuízo da autonomia dos respectivos lançamentos fiscais, pois efetivada em face da legislação do imposto de renda e sua disciplina. Destaco ainda que o artigo 7º do Código Tributário Nacional fixa a indelegabilidade da competência tributária, vez que esta é atribuição constitucional. Admite o dispositivo, entretanto, que as funções de arrecadar e fiscalizar tributos sejam transferidas de uma pessoa de Direito Público para outra.

O tributarista Hugo de Brito Machado, depois de acentuar que o dispositivo estava em harmonia com o disposto no § 3º do art. 18 da CF de 1946, assim escreve: "Tal ressalva, a rigor, tem a finalidade de afastar qualquer dúvida sobre a possibilidade de atribuição, pelo titular da competência tributária, de funções da Administração Tributária. Delegando as funções de arrecadar e fiscalizar tributos, não estará o ente público delegando competência tributária, mas simples funções administrativas" (Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. I, Ed. Atlas S/A, S. Paulo, 2003, p. 154). Conclui-se, portanto, que tal dispositivo não é óbice para a utilização da prova emprestada, ou seja, elementos coligidos pelo Fisco Estadual utilizados pelo Fisco Federal. Cabe ao contribuinte, no momento apropriado, no processo administrativo fiscal, apresentar a sua defesa, com os devidos

esclarecimentos sobre os fatos. Assim, estarão sendo preservados os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório.

Ademais, não há dúvidas de que os entes estatais devem organizar-se para otimizar a fiscalização tributária no intuito de aprimorar a arrecadação. A utilidade do dispositivo do Código Tributário Nacional é inquestionável, pois representa simplificação da atuação fiscalizatória, evitando repetição de diligências, economia de recursos e tempo.

Ante o exposto, ***conheço apenas em parte do recurso especial e, neste particular, nego-lhe provimento".***

Neste sentido, as informações fornecidas pelo Ministério Público Catarinense transferidas para o fisco, foram no sentido de noticiar as supostas fraudes, com essas informações, a Fazenda Nacional de modo legal iniciou o procedimento fiscalizatório. Até porque os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, bem como entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista são obrigados a auxiliar a fiscalização, prestando informações e esclarecimentos que lhe forem solicitados, cumprindo ou fazendo cumprir as disposições de regência, conforme o previsto no artigo 125 do Decreto-lei nº 5.844, de 1943 e artigo 2º do Decreto-lei nº 1.718, de 1979.

Diante de tudo que foi exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso da Contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Demes Brito

Declaração de Voto

Conselheira Tatiana Midori Migiyama

Considerando que essa Conselheira havia pedido vista para melhor analisar os autos do processo, peço vênia ao ilustre Conselheiro Demes Brito para apresentar meu entendimento acerca da lide posta em Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

Recorda-se que a autuação acusou a falta de recolhimento do PIS e da Cofins pelo sujeito passivo, eis que a autoridade fiscal havia glosado os créditos das contribuições aproveitados pelo sujeito passivo.

Vê-se que foram glosados os créditos relativos as aquisições de mercadorias de empresa "terceira" - Tozzo e Cia Ltda, sendo presumido, para tanto, que o sujeito passivo autuado logrou proveito de esquema fraudulento engendrado por terceiro – "Tozzo e Cia Ltda, ao utilizar-se de notas fiscais supostamente graciosas.

Cabe lembrar que a motivação da autuação foi decorrente de Oficio n° 0180901217192000001 expondo a disponibilização para a Receita Federal do Brasil de dados obtidos de busca e apreensão na empresa Tozzo & Cia Ltda, os quais se encontravam sob custódia da Força Tarefa do Ministério Público de Santa Catarina.

Ademais, insurjo que o Ministério Público de Santa Catarina descreveu ainda para a Receita Federal do Brasil as ocorrências do dia 17 de setembro de 2009, na cidade de Chapecó (SC), quando grupo de Força Tarefa integrado por agentes do Ministério Público de Santa Catarina e da Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina apoiados pelos órgãos de segurança (Policias Civil, Militar e Rodoviária Federal), deram cumprimento a mandados de busca e apreensão relativos a chamada "Operação Nota Referente ATZO", tendo como alvo a empresa Tozzo & Cia Ltda.

Após essas breves considerações, passo a discorrer sobre o cerne da lide – qual seja, sobre a possibilidade ou não de utilização de prova emprestada para esse caso.

Depreendendo-se da análise dos autos, vê-se que a autoridade fiscal traz como motivação para a lavratura do auto de infração os documentos originários dos autos

018.09.018790-0 – que **AINDA** tramita perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó – especialmente depoimentos colhidos na fase de inquérito policial.

Cabe trazer somente com esses documentos que se pode presumir que o sujeito passivo se envolveu espontaneamente na operação supostamente "fraudulenta", **MAS** também poder-se-ia EXTRAIR que TAIS DOCUMENTOS não eram de conhecimento do sujeito passivo até a lavratura do auto de infração e envolve conduta de terceiro. Tal como "implora" o sujeito passivo.

Inegável ainda que os documentos considerados como suportes ao auto de infração foram produzidos em fase de inquérito policial. E, nessa fase, é de se lembrar aos operadores de direito que não é, a rigor, oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa nessa fase.

Ventiladas essas considerações, pela análise dos autos, tenho que resta claro para essa Conselheira que as informações fornecidas pelo Ministério Público Catarinense transferidas ao fisco, não serviram somente para noticiar as supostas fraudes e iniciar o procedimento fiscalizatório, mas para tratá-las como "verdadeiras", eis que todas as documentações contábeis e fiscais fornecidas pelo sujeito passivo foram desconsideradas e não analisadas.

Inegável, assim, que não ocorreu o respeito ao contraditório e à ampla defesa, que também merece o sujeito passivo. Lembrando que nem havia sido objeto de investigação.

Ademais, toda a prova colhida no procedimento investigatório foi fornecida a autoridade fiscal com base somente em declarações e depoimentos prestados, e não provas documentais. Lembrando que o processo penal se encontra em tramitação no judiciário e envolve terceiro, e não o sujeito passivo. Como pode ter havido o contraditório nesse caso se os documentos de investigação não envolviam o sujeito passivo?

Com a devida vênia ao relator, entendo que o fisco não poderia "de pronto" e de forma "definitiva" considerar as notas emitidas como inidôneas, sem nem ao menos, analisar as documentações contábeis e fiscais fornecidas pelo sujeito passivo.

Com efeito, constata-se que o sujeito passivo foi condenado, sem ter sido oportunizado o direito ao contraditório e à ampla defesa e ainda com documentações decorrentes de investigação NÃO ENVOLVENDO propriamente o sujeito passivo, MAS SIM terceiro.

Sendo assim, entendo que não há como se admitir a prova emprestada nesse caso, eis que tais "provas" ENVOLVEM diretamente terceiro, e não o sujeito passivo. E ainda, em todas as fases em que o sujeito passivo obteve a oportunidade de demonstrar documentos que atestavam o crédito ora combatido nesse processo administrativo, foi "ignorado" por nem terem sidos os documentos analisados.

Cabe ainda recordar o art. 372 do Código de Processo Civil:

"*Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório."*

Tal dispositivo reforça a importância de se observar o contraditório para que o juiz possa admitir a utilização de prova produzida em outro processo.

Não é demais trazer que esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais posiciona que a utilização em um processo administrativo federal, de prova produzida em outro processo, é aceita até como homenagem à economia processual, ao não se repetir atos e procedimentos. NO ENTANTO, entende que o emprego dessa prova emprestada deve respeitar algumas condições, conforme consignado em ementa (Grifos meus):

"*Acórdão 3402-004.290:*

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA EMPRESTADA. REQUISITOS. ADMISSIBILIDADE.

Conceitua-se prova emprestada como aquela prova produzida no âmbito de outra relação jurídica processual, sendo apresentada para formar a convicção do julgador quanto à veracidade do fato que se pretende provar.

Tal forma de prova é tradicionalmente aceita âmbito do processo administrativo. ***Contudo, para resguardar os direitos fundamentais dos contribuintes, somente é admitida a prova emprestada para basear auto de infração se cumpridos dois requisitos de admissibilidade cumulativamente, quais sejam: i) que a prova tenha sido originalmente produzida sob o crivo do contraditório; e i) que o sujeito passivo da obrigação tributária, cujos interesses são postos em análise pela prova emprestada no processo administrativo, tenha participado do referido contraditório original, ou seja, seja do parte no processo do qual a prova foi transladada.***

Ora, no caso vertente, resta claro que a "prova" emprestada não foi produzida sob o crivo do contraditório, eis que foram construídas em processo de investigação e fica por óbvio mais evidente que a "prova" emprestada não envolvia diretamente o sujeito passivo, mas sim terceiro. O que, por conseguinte, cabe afastar a admissão da prova emprestada no presente processo.

Vê-se ainda que, em outro julgado, destacou-se a impossibilidade de **utilização direta da conclusão da prova emprestada em outro processo, devendo servir somente para fins de instrução**, conforme consignado em ementa abaixo:

"*Acórdão 3301-003.630:*

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROVA EMPRESTADA. CONCLUSÕES OBTIDAS DO PROCEDIMENTO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO. OBRIGATORIEDADE DE SUA DEMONSTRAÇÃO PARA EFEITO DE IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE.

Com relação ao uso de provas emprestadas para instrução do lançamento fiscal, o que se admite é o uso de documentos e provas colhidos em outro regular procedimento fiscal, e não o empréstimo, unicamente, das conclusões daquele procedimento.

Dessa forma, ainda que os autos tivessem sido instruídos com as provas citadas, ***haveria a fiscalização que analisá-las e demonstrar a caracterização das irregularidades que determinou o cometimento da infração e consequente imposição da penalidade lançada."***

Ora, no caso em comento, é de se perceber que a autoridade fiscal não somente instruiu os autos com as informações da prova emprestada, mas as considerou como "verdadeira". Eis que não analisaram os documentos fornecidos pelo sujeito passivo que, a seu ver, atestavam a liquidez do crédito glosado.

Nos termos do art. 2º da Lei 9.784/99, tem-se que a administração pública deverá observar, dentre outros, os princípios da ampla defesa e contraditório. O que, nesse caso, não ocorreu.

É de se insurgir ainda as lições do Prof. Nelson Nery (in Princípios do Processo Civil na Constituição Federal) que prova emprestada é *"aquela que, embora produzida em outro processo, se pretende produza efeitos no processo em questão. Sua*

validade como documento e meio de prova, desde que reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, é admitida pelo sistema brasileiro".

O ilustre professor enfatiza que sua validade deve ser reconhecida por sentença transitada em julgado. Recordo que o caso vertente trata de "prova" envolvendo terceiro e que ainda tramita no judiciário.

Além do posicionamento desse Conselho, é de se frisar ainda o entendimento do STF pela rejeição da prova emprestada quando não há observância do contraditório e da ampla defesa (Grifos meus):

> "*A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão**, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do contraditório, traduzindo-se em prova ilícita"**. (STF, Rcl n. 11243, Rel. Min. Gilmar Mendes, 08.06.2011, Tribunal Pleno).*

Em vista de todo o exposto e forte nessas argumentações, voto por dar provimento ao recurso especial interposto pelo sujeito passivo.

É o meu voto.

(Assinado digitalmente)

Tatiana Midori Migiyama