



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

Processo n° 15578.000290/2008-90
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-003.072 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de setembro de 2016
Matéria PIS/COFINS
Recorrente NICCHIO CAFE S A EXPORTACAO E IMPORTACAO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/06/2004

Compensação. Ausência de comprovação da liquidez e certeza do crédito tributário. Fraude. Uso de interposta pessoa.

No pedidos de compensação, cumpre ao contribuinte comprovar a certeza e liquidez do crédito pleiteado. No caso dos autos, o contribuinte não se desincumbiu desse ônus. Ao contrário, restou comprovada a existência de simulação/dissimulação por meio de interposta pessoa, com o fim de afastar o pagamento da contribuição devida, razão pela qual é de se glosar os créditos decorrentes dos expedientes ilícitos, desconsiderando-se os negócios fraudulentos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/06/2004

Prova emprestada - admissão. Doutrina dos "frutos da árvore envenenada" - inaplicabilidade.

Não há que se falar em aplicação da doutrina dos "frutos da árvore envenenada" no caso concreto analisado, visto que a colheita dos depoimentos pessoais não se deu ilegalmente, não maculando as provas dali decorrente, e que constam dos autos outros elementos de prova aptos a embasar a glosa realizada.

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, vencido o Conselheiro Marcelo Costa Marques d'Oliveira.

(assinado digitalmente)

Luiz Augusto do Couto Chagas - Presidente.

(assinado digitalmente)

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Henrique Mauri, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Liziane Angelotti Meira, Maria Eduarda Alencar Câmara Simões (Relatora), Marcelo Giovani Vieira, Semíramis de Oliveira Duro, Valcir Gassen e Luiz Augusto do Couto Chagas (Presidente).

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o relatório constante da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (DRJ-RJI), às fls. 4.233 e seguintes dos autos:

Trata-se de reconhecimento de direito creditório de PIS/Cofins decorrentes do regime de não-cumulatividade no período de 02 a 06 de 2004 para fins de compensação.

A Delegacia de origem esclareceu que este processo “*é fruto de desmembramento do PAF 13767.000030/2003-57*”, e, ainda, que “*os créditos referidos se encontram informados em formulários (papel) apensados a estes autos às folhas 90, 91, 94, 96, 97, 99 a 195, 107 a 109, 107, 108, 114, 115, 128, 129, 130, 132, 133, 136, 137, 143, 141, 778. 780, 782*” (fl. 1046).

A autoridade fiscal decidiu (fls. 1056/1057) homologar parcialmente as compensações efetuadas, por entender que a contribuinte não possuía o direito creditório no montante declarado, argumentando por meio do Parecer SEORT/DRF/VIT/ES nº 1931/09 (fls. 1045/1057), em resumo, que:

1. o trabalho consistiu no confronto entre as rubricas e valores utilizados no cálculo das contribuições com os dados constantes dos livros contábeis e fiscais, balancetes, arquivos magnéticos e mapas demonstrativos;
2. efetuou a conferência entre os valores escriturados nos livros fiscais e no DACON, averiguou a regularidade dos fornecedores, e se deparou com um número considerável de empresas inativas e sem recolhimento de tributos;
3. a ausência de provas que unam a requerente aos seus fornecedores gera uma presunção de boa-fé em seu favor, todavia, isto não lhe pode garantir tais créditos, porque também foi vítima do procedimento ilegal;
4. não se questiona a existência de operações de venda, haja vista que as exportações indicadas foram confrontadas com o Siscomex-exportação, o que faz presumir o recebimento da mercadoria adquirida.
5. se questiona a inclusão das compras em debate no cálculo dos créditos a descontar dos valores devidos a título de PIS e Cofins não-cumulativos;
6. sendo Fisco e contribuinte vítimas, não é possível a socialização do prejuízo sofrido pelo adquirente, fazendo o Estado arcar com prejuízo dobrado;
7. não é de se duvidar que qualquer pessoa jurídica esteja sujeita a negociar com empresas irregulares, inclusive pagando e recebendo as mercadorias contratadas, mas se imagina ou, ao menos, é esperado que tais operações representem uma pequena parcela dos negócios firmados, no caso dos autos representam quase a totalidade;
8. como restou demonstrado, na hipótese relatada não houve incidência econômica tributária na maior parte das aquisições realizadas;

9. a ocorrência da incidência jurídica é duvidosa, uma vez que as pessoas jurídicas que poderiam realizar o aspecto material da hipótese de incidência (faturamento), aparentam ser meros instrumentos para realização de práticas legais;

10. do ponto de vista econômico, não houve qualquer oneração da cadeia produtiva em relação a tais operações;

11. não havendo tal oneração perde o sentido o dualismo cumulatividade x não-cumulatividade que justificou o escopo da alteração da legislação,

12. não ocorrendo a indesejada cumulatividade que ensejou a mudança da sistemática da apuração das contribuições em apreço não há que se falar em saldo credor passível de ressarcimento.

A Delegacia declarou tacitamente homologadas algumas das Dcomp, também homologou compensações com o crédito parcialmente reconhecido, mas não homologou o restante das Dcomp por insuficiência de crédito, tudo conforme explicitado às fls. 1.054 e seguintes.

Cientificada da decisão (fl. 1073), em 28/09/09, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 1119 e seguintes), em 26/10/09, onde alegou, em resumo, que:

1. com base em lampejo de dedução do correto e incorreto, ao seu livre arbítrio, o Parecerista elabora uma relação das empresas supostamente inidôneas que teriam fornecido mercadorias, que ao longo dos meses de fevereiro a julho, emitiram notas de vendas às manifestantes no valor de R\$ 16.243.423,02, nominando inclusive essas empresas e o total em cada mês, das mercadorias fornecidas;

2. sem sequer mencionar nos seus supostos entendimentos revestidos de legalidade, sobretudo de que o ato de fiscalizar o tributo federal é de competência exclusiva da União, e não da cadeia produtiva em suas várias etapas, que inclusive autoriza a qualquer empresa exercer suas atividades, podendo suspendê-la quando entender necessário;

3. faz um resumo de suas conclusões ponderando que "como não poderia deixar de ser, aos casos marginais aplica-se as soluções igualmente excepcionais", não citando entretanto quem é o marginal e qual base legal para a solução excepcional;

4. não corresponde aos fatos existentes, mas sim a suposições de que os fornecedores da manifestante, deixaram de recolher tributos ou que entregaram DIPJ como inativas, quando deveria dirigir sua fiscalização a essas empresas;

5. a responsabilidade solidária em matéria tributária somente se aplica em relação ao sujeito passivo, não podendo ser presumida ou resultar de acordo das partes, nem comporta benefício de ordem;

6. se solicitada, a Manifestante apresentaria todos os documentos que possui tais como CNPJ, registro no Sintegra, notas fiscais de compras e respectivos pagamentos, relativos aos fornecedores "imprestáveis";

7. a responsabilidade solidária em matéria tributária não pode ser presumida, então, deve ser provada; e se não foi provada, a compensação deve ser restaurada conforme proposta;

8. embora não fosse necessário, anexa todos os comprovantes das operações, contendo a nota fiscal de entrada, o comprovante de pagamento, o comprovante da Fazenda Federal e Estadual, comprovando que a empresa estava devidamente habilitada para exercer as suas atividades, documentos estes relacionados pelo Ilustre em seu parecer às folhas 858 e 859 do processo.

A inconformada requer, **em preliminar**, ilegitimidade do sujeito passivo e nulidade do procedimento fiscal, **no mérito**, insubsistência da cobrança e deferimento do pedido de ressarcimento e homologação das compensações efetuadas.

O processo fora baixado em diligência (fl. 2463) para a Unidade *a quo* examinar “*se há alguma repercussão no crédito aqui pleiteado dos mesmos fatos apurados*” nas operações “Tempo de Colheita” e “Broca”. A Delegacia de origem na “Informação Fiscal”, à fl. 4.012 e seguintes, afirma: “*A resposta a tal indagação é positiva*”. E, em resumo, justifica que:

1. a Nicchio Café lançou mão de um ardil, que consistiu na interposição fraudulenta de pseudo-atacadistas – empresas de fachada para dissimular vendas de café de pessoa física (produtor/maquinista) para empresas exportadoras e torrefadoras, gerando dessa forma, ilicitamente, créditos integrais de PIS/COFINS (9,25% sobre o valor da nota) na sistemática da não-cumulatividade que de outra forma, segundo a legislação vigente, não seriam cabíveis;

2. O TERMO DE ENCERRAMENTO DE AÇÃO FISCAL nº 0769/2011, com 378 páginas, referente ao processo nº 10783.722945/201131, que analisou os créditos de PIS/COFINS na compra de café da NICCHIO CAFÉ, no período de JULHO DE 2004 a DEZEMBRO 2010, mostrou detalhadamente a existência desse esquema, bem como de que a NICCHIO CAFÉ não só tinha consciência de que o café adquirido de pessoas físicas (produtores/maquinistas) era guiado em nome de empresa de fachada (pseudo-atacadista) como tinha participação no ilícito praticado;

3. a Empresa tinha pleno conhecimento que as notas fiscais dessas empresas laranjas eram ideologicamente falsas.

Após relato minucioso, os Auditores responsáveis pela diligência concluíram pela manutenção das glosas efetuadas no Parecer da Seort/DRF/Vitória.

Intimada do resultado da diligência, a contribuinte ratificou os termos de sua Manifestação de Inconformidade, adicionando (fls. 4124 e 4174), em resumo, que:

1. conforme se verifica nas reportagens anexadas à presente peça de informação (Does. 03 a 04), o Tribunal Federal da 2ª Região, analisando o Habeas Corpus nº 2012.02.01.0143115, decidiu pelo trancamento e consequente extinção da Ação Penal sobre os fatos em questão;

2. destaca-se que o Ministério Público sequer recorreu, tendo a r. decisão transitado em julgado;

3. a Informante agiu de acordo com a lei, não subsistindo qualquer fundamento para a glosa dos créditos;

4. a sociedade empresária ora Informante realizou aquisições de café em grão cru de pessoas jurídicas domiciliadas no País para posterior revenda e, com isso, auferiu licitamente os créditos de PIS/Pasep e Cofins não-cumulativos;
5. as aquisições de bens se deram por intermédio de fornecedoras (pessoas jurídicas) ativas no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), bem como no SINTEGRA Serviço Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços;
6. os documentos fiscais que atestam a circulação das mercadorias (notas fiscais) em momento algum foram declaradas inidôneas pelo fisco estadual;
7. o pagamento das mercadorias adquiridas era efetuado por meio de transferência bancária nas contas correntes que as empresas atacadistas de café mantinham nas mais tradicionais instituições financeiras brasileiras;
8. soa desarrazoado transferir ao particular o ônus de verificar e avaliar no mercado as situações fáticas que implicam na conclusão de que determinadas atacadistas de café estão enquadradas na categoria jurídica de "inaptas" por serem consideradas inexistentes de fato;
9. no ordenamento jurídico pátrio, somente a Secretaria da Receita Federal tem competência para erigir qualquer pessoa jurídica à categoria de "inapta" por se enquadrar na moldura fática do art. 41 da IN n. 748/2007;
10. pensar o contrário atentaria contra o princípio da legalidade e do devido processo legal, pois ninguém pode ter o CNPJ considerado inapto senão após regular procedimento administrativo instaurado pela autoridade competente e com base em método procedimental previamente normatizado;
11. se, de acordo com os autos do procedimento, os produtores rurais/maquinistas e corretores foram os articuladores do esquema ilícito, como conferir eficácia probatória às declarações dos protagonistas do malfadado esquema?
 1. não foi levada em conta pelo Fisco que produtores / maquinistas / corretores imputaram responsabilidade a outrem para se esquivarem das conseqüências funestas, hipótese plausível diante da realidade dos autos;
 2. não há comprovação de participação da recorrente na criação das chamadas "empresas de fachada";
 3. também não há comprovação de participação ou ingerência sobre as Corretoras;
 4. não tinha qualquer obrigação de verificar a cadeia anterior às Corretoras, mas mesmo assim fazia verificação superficial da regularidade fiscal das empresas;
 5. a informação sobre o produtor rural nas "notinhas" (corretora-produtor) era inserida pelas Corretoras, sem participação da recorrente;
 6. nos computadores da Nicchio, na perícia realizada, por ocasião da operação Broca, nada comprometedor fora encontrado;
 7. houve a lícita elisão fiscal, mas não a rechaçada evasão fiscal;
 8. verifica-se que a Fazenda tenta imputar à Inconformada responsabilidade com base em documentos subscritos por terceiros;

9. a Inconformada não pode ser responsabilizada por atos de terceiros, sob pena de violação do princípio constitucional da intranscendência;

10. a responsabilidade solidária não pode ser presumida, deve ser provada, como não foi provada, a compensação/ressarcimento deve ser deferida.

Ao analisar o caso, a DRJ-RJI entendeu por julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada, conforme decisão que restou assim ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/2004 a 30/06/2004

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-se os negócios fraudulentos.

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.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte foi intimado quanto à referida decisão em 08/08/2013 e, insatisfeito com o seu teor, interpôs em 04/09/2013, Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, resumidamente:

(i) preliminarmente - do trancamento da ação penal - decisão proferida nos autos do HC 2012.02.01.014311-5 - extinção da punibilidade;

(ii) preliminarmente - da nulidade dos elementos de convicção colhidos - aplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada;

(iii) preliminarmente - nulidade por cerceamento de defesa - depoimentos colhidos ao arrepio do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88 - necessidade de diligência para sanar o vício;

(iv) no mérito - da correta apuração dos créditos fiscais do PIS/COFINS não cumulativos pela fiscalizada - inconsistência dos autos de infração lavrados;

(v) no mérito - recorrente pessoa jurídica de direito privado - ausência de poder de polícia - princípio da reserva legal;

(vi) ausência da alegada interposição fraudulenta - inexistência de provas em relação à recorrente - operação absolutamente regular;

(vii) afastamento da responsabilidade solidária.

Ao final, requereu: preliminarmente, a invalidação de toda prova colhida no Procedimento Fiscal utilizado como fundamento para a glosa realizada, haja vista o vício originário capaz de atrair a aplicabilidade da "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada" (salvo se houver diligência para ouvir novamente as testemunhas sob a luz do contraditório), bem como dos atos praticados, em virtude do cerceamento de defesa na colheita da prova oral; caso o pedido acima não seja acolhido, o reconhecimento da idoneidade dos créditos apurados das contribuições ao PIS não-cumulativos, tornando-se insubsistente a cobrança do crédito tributário decorrente da glosa de tais créditos, por ser medida consentânea com o Estado de Direito.

Ato contínuo, em 22/03/2016, o contribuinte apresentou petição por meio da qual requereu a juntada aos autos de Parecer elaborado pelo jurista Joaquim Barbosa, o qual tratou sobre a prova emprestada no processo administrativo tributário (vide fls. 4332/4360).

Os autos, então, foram distribuídos para esta Turma Julgadora, para fins de análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Foi anexado ao presente processo o Proc. nº 15578.000844/2009-30, que versa sobre crédito de COFINS relativos aos meses de junho e julho de 2004.

Concluídos os procedimentos de compensação pela DRF, remanesceu saldo devedor relativo aos seguintes processos, os quais encontram-se apensados à presente demanda:

(1) 10783.004855/98-53 (apensado) - AI IRPJ - fato gerador 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/10/1995 e 30/11/1995;

(2) 10783.004856/98-16 (apensado) - AI CSLL - fato gerador: 31/07/1995, 31/08/1995 e 30/09/1996;

(3) 10783.721.282/2009-12 (apensado) - compensação - crédito de PIS/COFINS;

É o relatório.

Voto

Conselheira Maria Eduarda Alencar Câmara Simões:

O Recurso Voluntário é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

Do relato acima, extrai-se que o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, por meio do qual alegou, resumidamente:

- (i) preliminarmente - do trancamento da ação penal - decisão proferida nos autos do HC 2012.02.01.014311-5 - extinção da punibilidade;
- (ii) preliminarmente - da nulidade dos elementos de convicção colhidos - aplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada;
- (iii) preliminarmente - nulidade por cerceamento de defesa - depoimentos colhidos ao arrepio do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88 - necessidade de diligência para sanar o vício;
- (iv) no mérito - da correta apuração dos créditos fiscais do PIS/COFINS não cumulativos pela fiscalizada - inconsistência dos autos de infração lavrados;
- (v) no mérito - recorrente pessoa jurídica de direito privado - ausência de poder de polícia - princípio da reserva legal;
- (vi) ausência da alegada interposição fraudulenta - inexistência de provas em relação à recorrente - operação absolutamente regular;
- (vii) afastamento da responsabilidade solidária.

Os pontos acima serão devidamente analisados a seguir.

1. Preliminar - do trancamento da ação penal

Quanto ao ponto (i), alega o contribuinte, preliminarmente, que em decisão proferida nos autos do HC 2012.02.01.014311-5, foi determinado o trancamento da ação penal, com a consequente extinção da punibilidade.

Neste ponto, entendo que o fato de a ação penal ter sido trancada, com a consequente extinção da punibilidade na esfera criminal, não leva necessariamente ao reconhecimento do direito creditório objeto da presente demanda. Isso porque, é cediço que o trancamento na esfera penal pode ter se dado por diversas razões, e que as exigências para fins de condenação naquela esfera são distintas das exigências inerentes ao processo administrativo tributário.

Logo, entendo que não deverá ser acolhida a preliminar arguida pelo contribuinte.

Nesse sentido, inclusive, traz-se à colação passagem de decisão proferida por este Conselho conforme Acórdão nº 3201-002.226:

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXAME ADSTRITO ÀS CONDIÇÕES DA AÇÃO E ÀS CONDIÇÕES DE PROCEDIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE A INEXISTÊNCIA MATERIAL DO FATO. COISA JULGADA QUANTO AOS FATOS NARRADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA.

A sentença penal não faz coisa julgada quanto à materialidade dos fatos se estes não são objeto de apreciação e, portanto, não fundamentam o trancamento da ação penal, restrito à análise das condições da ação e de sua procedibilidade.

Realidade em que a extinção da ação penal inaugurada pelo Ministério Público Federal não foi motivada por eventual pronunciamento jurígeno excludente do envolvimento da recorrente com os fatos narrados na denúncia, mas em vista da impossibilidade de tipificação das condutas em crime contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) antes do lançamento definitivo do tributo (Súmula Vinculante do STF nº 24).

2. Preliminar - da nulidade dos elementos de convicção colhidos (aplicabilidade da doutrina dos frutos da árvore envenenada) - da nulidade por cerceamento de defesa (depoimentos colhidos ao arrepio do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88 - necessidade de diligência para sanar o vício)

Em razão da sua correlação, os pontos (ii) e (iii) serão analisados em conjunto.

Segue o contribuinte alegando que deveria ser invalidada toda a prova colhida no Procedimento Fiscal utilizado como fundamento para a glosa realizada, haja vista o vício originário capaz de atrair a aplicabilidade da "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada" (salvo se houver diligência para ouvir novamente as testemunhas sob a luz do contraditório), bem como dos atos praticados, em virtude do cerceamento de defesa na colheita da prova oral, da qual não teria participado.

Neste ponto, entendo que, no caso concreto aqui analisado, tampouco merece guarida os argumentos levantados pelo contribuinte. Isso porque, penso que a doutrina dos frutos da árvore envenenada não se aplica da forma pretendida pela Recorrente, consoante será esclarecido a seguir.

É inconteste que o contribuinte não participou neste caso concreto da colheita da prova oral. Cumpre-nos analisar, então, se a ausência de participação do mesmo naquela oportunidade tornam os depoimentos colhidos e as demais provas posteriormente obtidas imprestáveis para fins de embasar a glosa de créditos objeto da presente demanda.

Defende o contribuinte que a colheita de depoimentos pessoais sem a sua presença tornaria nula tal prova, bem como as demais provas daí decorrentes, face à aplicação da doutrina dos frutos da árvore envenenada.

A meu ver, contudo, para que tal doutrina seja aplicada, é essencial que a prova inicialmente colhida seja ilegal. Ou seja, as provas subsequentes deixarão de ter validade na medida em que a prova inicial tenha sido obtida ilegalmente. É o caso, por exemplo, de provas obtidas em razão de interceptação telefônica realizada ilegalmente, sem ordem judicial. Uma vez reconhecida a ilegalidade da interceptação telefônica, deverão ser desconsiderados também as demais provas colhidas.

No caso dos presentes autos, contudo, não se está diante de uma prova ilegal. Os depoimentos pessoais foram colhidos em procedimento regular de investigação realizado pela Polícia Federal na "operação broca" e "tempo de colheita". A ausência de participação da Recorrente naquela oportunidade da colheita de tais depoimentos não os torna ilegais.

O que se poderia cogitar, então, era se tais depoimentos, apesar de legais, poderiam ser utilizados como prova emprestada nos presentes autos, para fins de fundamentar a glosa aqui analisado. Se a glosa tivesse se embasado única e exclusivamente em depoimentos pessoais dos quais a Recorrente não tivesse participado, ou seja, em que não tenha exercido o contraditório, entendo que a glosa não poderia subsistir.

Acontece que, no caso dos presentes autos, a prova adotada pela fiscalização para fins de glosa do crédito lançado nas DCOMPs não decorreu unicamente dos depoimentos pessoais combatidos pela Recorrente, mas também de provas documentais obtidas. E, ainda que tais provas tenham sido obtidas em decorrência dos depoimentos pessoais colhidos, entendo que, como estes não foram ilegais, não acarretam a desconsideração das demais provas constantes dos autos. Até porque, percebe-se neste caso concreto que o contribuinte não logrou desconstituir as inúmeras provas constantes dos autos em seu desfavor.

Mencione-se, inclusive, que a autoridade fiscal sequer embasou a glosa em tal operação, tendo argumentado em seu parecer, em resumo, que:

1. o trabalho consistiu no confronto entre as rubricas e valores utilizados no cálculo das contribuições com os dados constantes dos livros contábeis e fiscais, balancetes, arquivos magnéticos e mapas demonstrativos;
2. efetuou a conferência entre os valores escriturados nos livros fiscais e no DACON, averiguou a regularidade dos fornecedores, e **se deparou com um número considerável de empresas inativas e sem recolhimento de tributos**;
3. a ausência de provas que unam a requerente aos seus fornecedores gera uma presunção de boa-fé em seu favor, todavia, isto não lhe pode garantir tais créditos, porque também foi vítima do procedimento ilegal;
4. não se questiona a existência de operações de venda, haja vista que as exportações indicadas foram confrontadas com o Siscomex-exportação, o que faz presumir o recebimento da mercadoria adquirida.
5. se questiona a inclusão das compras em debate no cálculo dos créditos a descontar dos valores devidos a título de PIS e Cofins não-cumulativos;
6. sendo Fisco e contribuinte vítimas, não é possível a socialização do prejuízo sofrido pelo adquirente, fazendo o Estado arcar com prejuízo dobrado;
7. não é de se duvidar que qualquer pessoa jurídica esteja sujeita a negociar com empresas irregulares, inclusive pagando e recebendo as mercadorias contratadas, mas se imagina ou, ao menos, é esperado que tais operações representem uma pequena parcela dos negócios firmados, no caso dos autos representam quase a totalidade;
8. como restou demonstrado, na hipótese relatada não houve incidência econômica tributária na maior parte das aquisições realizadas;

9. a ocorrência da incidência jurídica é duvidosa, uma vez que as pessoas jurídicas que poderiam realizar o aspecto material da hipótese de incidência (faturamento), aparentam ser meros instrumentos para realização de práticas legais;

10. do ponto de vista econômico, não houve qualquer oneração da cadeia produtiva em relação a tais operações;

11. não havendo tal oneração perde o sentido o dualismo cumulatividade x não-cumulatividade que justificou o escopo da alteração da legislação;

12. não ocorrendo a indesejada cumulatividade que ensejou a mudança da sistemática da apuração das contribuições em apreço não há que se falar em saldo credor passível de ressarcimento.

Ou seja, a glosa fora realizada face à constatação de que a maior parte das operações realizadas pela empresa se deram com empresas inativas e sem recolhimento de tributos. Logo, tendo em vista tratar-se de direito creditório, caberia à empresa comprovar que as operações realizadas foram, de fato, regulares.

Acontece que a empresa não conseguiu comprovar tal fato, limitando-se a alegar que cabia à Receita Federal fiscalizar as empresas com quem comercializava, declarando-as como inaptas, e não ao mesmo. Entendo que este argumento do contribuinte poderia até prosperar, caso as operações realizadas com empresas inativas ou que não possuíam substância representasse um percentual mínimo de suas operações. Não foi, contudo, o que constatou a fiscalização.

Ato contínuo, o processo fora baixado em diligência (fl. 2463) para a Unidade *a quo* examinasse se havia alguma repercussão no crédito aqui pleiteado dos mesmos fatos apurados nas operações "Tempo de Colheita" e "Broca". A Delegacia de origem, então, informou que:

1. a Nicchio Café lançou mão de um ardil, que consistiu na interposição fraudulenta de pseudo-atacadistas – empresas de fachada para dissimular vendas de café de pessoa física (produtor/maquinista) para empresas exportadoras e torrefadoras, gerando dessa forma, ilicitamente, créditos integrais de PIS/COFINS (9,25% sobre o valor da nota) na sistemática da não-cumulatividade que de outra forma, segundo a legislação vigente, não seriam cabíveis;

2. O TERMO DE ENCERRAMENTO DE AÇÃO FISCAL nº 0769/2011, com 378 páginas, referente ao processo nº 10783.722945/201131, que analisou os créditos de PIS/COFINS na compra de café da NICCHIO CAFÉ, no período de JULHO DE 2004 a DEZEMBRO 2010, mostrou detalhadamente a existência desse esquema, bem como de que a NICCHIO CAFÉ não só tinha consciência de que o café adquirido de pessoas físicas (produtores/maquinistas) era guiado em nome de empresa de fachada (pseudo-atacadista) como tinha participação no ilícito praticado;

3. a Empresa tinha pleno conhecimento que as notas fiscais dessas empresas laranjas eram ideologicamente falsas.

Foram juntados aos autos, então, vários elementos de prova obtidos nas referidas operações, que demonstram o conhecimento da Recorrente quanto ao esquema realizado.

É importante que se aponte que os elementos juntados aos autos não foram apenas os depoimentos pessoais colhidos, como também várias provas documentais, as quais não devem ser desconsiderados nesta oportunidade para fins de glosa dos créditos em análise. É o que se extrai da passagem da decisão da DRJ abaixo transcrita:

Entre as **provas documentais** as próprias notas fiscais da triangulação comercial (produtor rural/pessoa física à atacadista (ex. Colúmbia) à exportadora (ex. Nicchio Café) indicam a simulação. Veja-se, a título de exemplo, a “nota 6630” (fl. 3769), apreendida na Nicchio, onde ao lado do nome do produtor rural aparece R. Araújo / Mingo, comparar com a Nota fiscal nº 00875 (fl. 3774). Outro exemplo, a confirmação de pedido à fl. 3895, onde aparece a “venda” da WR da SILVA para a Nicchio, mas ali se registra o nome do produtor rural, que efetivamente realiza a venda.

De documentos recebidos da Polícia Federal, a planilha de saídas da Colúmbia (v. reprodução à fl. 4042) para a **Nicchio Café** 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 trata-se de **J Rigoti**, e o destino é a **Nicchio Café**. **J Rigoti** é produtor rural, que declarou negociar com **Nicchio Café**, através de corretora.

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. 3485 e ss), que detalha ganhos de Fernando Mattede e Flávio Tardin, sócios das ‘pseudo-empresas’ Do Grão e L&L, já citadas neste voto. O documento reproduzido mostra que a receita é claramente proveniente de venda de notas, observe-se nos nomes de pessoas responsáveis pelo crédito, que aparece o de Alair com o valor ao lado de R\$3.320,00. 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). O batimento da ‘contabilidade’ com a planilha da Empresa Do Grão, exibindo o controle do seu crédito contra Alair, demonstra a exatidão do valor de R\$3.320,00. Mais ainda, demonstra a razão do débito: para cada saca de café ‘vendida’ para a **Nicchio Café**, por exemplo, Alair torna-se devedor de Hum real, o que aparece como crédito da Do Grão. Alair, na verdade, é o primeiro nome de Alair Bergameschi, Produtor/Maquinista.

Outro fato revelado pelo “Colúmbia Saídas” constante de arquivo da Colúmbia apreendido pela Polícia Federal diz respeito a manobra para eliminar “estoque a descoberto”. Neste caso, a Colúmbia emite simplesmente a nota fiscal, não havendo qualquer movimentação de mercadorias. Em seu depoimento à Polícia Federal, já citado, Thiago Gava confirmou a existência da manobra.

O papel fictício das “atacadistas” na negociação direta entre produtor rural e a **Nicchio Café** evidencia-se em muitos documentos nos autos.

Diante do acima exposto, tendo em vista existirem outros elementos de prova além dos depoimentos pessoais combatidos pelo contribuinte, deverão ser afastadas as preliminares de nulidade alegadas pelo mesmo.

3. Mérito - da correta apuração dos créditos fiscais do PIS/COFINS não cumulativos pela fiscalizada - inconsistência dos autos de infração lavrados

No mérito, o contribuinte alega que a apuração dos créditos fiscais do PIS e da COFINS teriam sido realizados pela fiscalizada corretamente, razão pela qual haveria inconsistência nos autos de infração lavrados.

Em princípio, é importante que se esclareça, consoante relatado acima, que se está diante de glosa de créditos realizados em pedidos de compensação. Não se está diante de autos de infração.

De outro norte, caso fossem desconsiderado o esquema desbaratado pela Polícia Federal, de fato, a conclusão poderia ser de que os créditos apurados pela Recorrente estariam corretos. Contudo, diante da identificação do esquema fraudulento do qual restou demonstrado nos autos que a Recorrente tinha pleno conhecimento, não há como se acolher o pleito do contribuinte aqui formulado.

Destaque-se, inclusive, que este Conselho já teve a oportunidade de se manifestar sobre este mesmo tema e em relação ao mesmo contribuinte, tendo concluído pelo não provimento do Recurso Voluntário no que tange ao mérito, conforme decisões a seguir colacionadas:

Acórdão nº 3402-002.869

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

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

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

Acórdão nº 3301-002.773

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade quando o auto de infração preenche os requisitos legais, o processo administrativo proporciona plenas condições à interessada de contestar o lançamento e inexistente qualquer indício de violação às determinações contidas no art. 142 do CTN ou nos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235, de 1972.

NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Não há que se falar em nulidade da decisão de primeira instância quando ela foi proferida por autoridade competente, sem preterição do direito de defesa e elaborada com observância do disposto no art. 31 do Decreto 70.235/72.

ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, de 2009, este Conselho Administrativo não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária, pelo que não se conhece de argumentos como o de suposto caráter confiscatório da multa de ofício.

PIS E COFINS. REGIME NÃO-CUMULATIVO. AQUISIÇÃO DE INSUMOS DE PESSOA FÍSICA. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE PESSOA JURÍDICA. SIMULAÇÃO. GLOSA DE CRÉDITO.

Constatado que o negócio jurídico efetivo foi celebrado com fornecedor pessoa física, deve-se glosar o crédito de PIS e COFINS apropriado na operação, em conformidade com o art. 3º, §3º, I da Lei nº 10.833/03.

INTERPOSIÇÃO DE TERCEIRO. SIMULAÇÃO. FRAUDE E CONLUIO. MULTA QUALIFICADA.

A interposição simulada de terceiro alheio ao negócio jurídico, com o escopo de reduzir o montante do tributo configura fraude e conluio (Lei nº 4.502/64, arts. 72 e 73), justificando aplicação de multa qualificada (Lei nº 9.430/96, art. 44, §1º).

MULTA ISOLADA. ART. 74, § 15 E 16 DA LEI 9430/96. RETROATIVIDADE BENÍGNA. APLICAÇÃO.

Deve se afastar a exigência das multas isoladas aplicadas com base nos § 15 e 16 do art. 74 da Lei nº 9.430/96 em face da aplicação da retroatividade benígna prevista no art. 106, II, "a" do CTN, tendo em vista sua revogação pelo art. 27, inc. II, da Lei nº 13.137/2015.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Importante ressaltar, inclusive, que, no caso específico ora analisado cabia à Recorrente comprovar o direito ao crédito, o que não logrou fazer. Consoante constou da decisão recorrida:

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.

Conclui-se, portanto, que está correto o procedimento adotado pela fiscalização que entendeu por glosar os créditos fiscais de PIS/COFINS objeto do Recurso Voluntário aqui analisado.

4. Mérito - recorrente pessoa jurídica de direito privado - ausência de poder de polícia - princípio da reserva legal

Também no mérito, o contribuinte argumenta que caberia à Receita Federal realizar a fiscalização das empresas irregulares, declarando-as formalmente inaptas, não cabendo à mesma realizar tal fiscalização, visto que despida do poder de polícia.

Consoante já mencionado anteriormente, este argumento apresentado pelo contribuinte poderia até prevalecer, caso se estivesse diante de uma hipótese na qual a glosa se referisse a apenas um percentual mínimo das operações realizadas. Não foi, contudo, o que se observou a fiscalização neste caso concreto.

Ademais, verifica-se que a Recorrente limitou-se a alegar que cabia ao Fisco fiscalizar as empresas com as quais atuava, contudo, não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que demonstrasse a regularidade das empresas com as quais atuava.

Repise-se que se trata de pedido de compensação, em relação ao qual cabia ao contribuinte comprovar o seu direito creditório.

5. Ausência da alegada interposição fraudulenta - inexistência de provas em relação à recorrente - operação absolutamente regular

O contribuinte alega ainda que inexistiria provas em relação à mesma no que concerne à interposição fraudulenta.

Consoante analisado nos tópicos anteriores, constam dos autos vários elementos de prova que comprovam a participação da Recorrente quanto à interposição fraudulenta. Não há que se falar, pois, em inexistência de provas, a qual apenas poderia ser cogitada na hipótese de restarem desconsideradas todas as provas constantes dos presentes autos, o que não foi o caso, consoante analisado no tópico relativo às nulidades.

6. Afastamento da responsabilidade solidária

Por fim, alega o Recorrente que não deveria responder solidariamente pelas falhas relativas exclusivamente a terceiros (empresas irregulares/inaptas).

Tampouco merece guarida os argumentos do contribuinte neste ponto, visto que a responsabilidade solidária decorre de expressa previsão constante do art. 124 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

E, ao contrário do que defendeu a Recorrente, o interesse comum apto a ensejar a aplicação do dispositivo acima transcrito restou devidamente comprovado na hipótese dos autos.

7. Análise dos processos anexados/apensados

Há de se mencionar, ainda, as consequências que advirão do julgamento desta lide aos processos anexados/apensados à presente demanda.

Conforme acima relatado, foi anexado ao presente processo o Proc. nº 15578.000844/2009-30, que versa sobre crédito de COFINS relativos aos meses de junho e julho de 2004. Nesse contexto, as conclusões aqui dispostas deverão ser estendidas ao referido processo anexado, glosando-se por consequência o crédito tributário ali indicado.

De outro norte, encontram-se apensos ao processo principal ora analisado (Proc. nº 15578.000290/2008-90) os seguintes processos, em que remanesceram débitos a serem exigidos:

- (1) 10783.004855/98-53 - AI IRPJ - fato gerador 31/07/1995, 31/08/1995, 30/09/1995, 31/10/1995 e 30/11/1995;
- (2) 10783.004856/98-16 - AI CSLL - fato gerador: 31/07/1995, 31/08/1995 e 30/09/1996;
- (3) 10783.721.282/2009-12 - compensação - crédito de PIS/COFINS;

No caso dos dois primeiros processos (Processos 10783.004855/98-53 e 10783.004856/98-16), embora esta Seção não tenha competência para julgá-los, visto que tratam de débitos de IRPJ e CSLL, respectivamente, o apensamento realizado não traz nenhum prejuízo ao julgamento da presente demanda. Isso porque, os referidos processos já foram definitivamente julgados pela Seção competente, tendo sido apensados não para fins de julgamento, mas para fins de acompanhamento dos reflexos decorrente do julgamento do processo principal, uma vez que são os débitos dos referidos processos apensos que se pretende ver cancelados por meio da compensação objeto do presente processo.

Quanto ao processo nº 10783.721.282/2009-12, este foi formalizado tendo em vista o Parecer SEORT nº 1931/2009 exarado no Processo nº 15578.000290/2008-90, para fins de cadastramento dos débitos declarados nas DCOMPs apresentadas neste processo.

Logo, os débitos dispostos nestes três processos apensos deverão ser cobrados de acordo com o teor da decisão aqui proferida.

Da conclusão

Diante do acima exposto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

É como voto.

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões - Relatora