



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

Processo n° 15578.000805/2009-32
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-003.414 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2018
Matéria compensação
Recorrente TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007

NÃO CUMULATIVIDADE. CRÉDITOS. PESSOA INTERPOSTA. COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. OPERAÇÕES TEMPO DE COLHEITA E BROCA.

Restou comprovado nos autos que a Contribuinte, no momento da aquisição do café, estava ciente da criação de de pessoas jurídicas de fachada, criadas com o fim exclusivo de legitimar a tomada de créditos integrais de PIS e COFINS, caracterizando, assim, a má-fé e tornando legítima a glosa dos créditos.

DESPACHO DECISÓRIO. NULIDADE.

Não padece de nulidade o Despacho Decisório que motiva e fundamenta sua negativa de provimento em vícios nos documentos apresentados pelo contribuinte, que impeçam a análise de mérito do pedido.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, quanto ao mérito, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário. Na preliminar, por voto de qualidade, afastou-se a decadência parcial proposta pela Relatora Tatiana Josefovicz Belisário. Vencidos os Conselheiros Tatiana Josefovicz Belisário, Pedro Rinaldo Lima de Oliveira e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade. Designado o Conselheiro Marcelo Giovanni Vieira para redigir o voto quanto àquela preliminar sobre decadência.

Acompanhou o julgamento o patrono Dr. Afonso Celso Mattos Lourenço, OAB/RJ 27.406, escritório Lourenço & Rodrigues Advogados Associados.

(assinado digitalmente)

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

TATIANA JOSEFOVICZ BELISÁRIO - Relatora.

(assinado digitalmente)

MARCELO GIOVANI VIEIRA - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (Presidente Substituto), Marcelo Giovani Vieira, Tatiana Josefovicz Belisário, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima e Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo Contribuinte em face do acórdão nº 12-59.877, de 24 de setembro de 2013, proferido pela 17ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro I (SP), que assim relatou o feito:

Tratase no presente processo de pedido de ressarcimento e declaração de compensação (Dcomp), envolvendo crédito de PIS não cumulativo referente ao 1º trimestre de 2007.

A empresa interessada impetrou o Mandado de Segurança nº 2009.50.01.0049781 e obteve liminar determinando que a DRF/Vitória procedesse à análise e proferisse decisão, no prazo de 30 dias, quanto aos pedidos de ressarcimento de créditos das contribuições não cumulativas PIS/COFINS atinentes ao 4º trimestre de 2005 e do 2º trimestre de 2006 ao 3º trimestre de 2008.

Em cumprimento à determinação judicial, a Delegacia de origem formalizou 22 processos administrativos para análise e tratamento manual dos diversos PER/DCOMPs transmitidos pela empresa à RFB. No presente processo foi analisado o crédito requerido referente ao PIS não cumulativo, apurado no 1º trimestre de 2007. Após intimar a empresa a apresentar documentos e planilhas com a finalidade de aferir o crédito pleiteado, a Delegacia de origem exarou o despacho decisório de fl. 216, com base no Parecer SEORT/DRF/VIT nº 1767/2009, decidindo indeferir o pedido, uma vez constatadas diversas discrepâncias nas planilhas apresentadas pela contribuinte em relação aos DACON'S, além dos arquivos magnéticos se encontrarem eivados de inconsistências, não se prestando à realização dos trabalhos de aferição dos cálculos e, ainda, levando-se em consideração o prazo de 30 dias fixado pela decisão judicial.

Inconformada, a interessada apresentou manifestação de inconformidade contra a decisão de origem. Em 26/05/2011, a 5ª Turma da DRJ/RJO2 (atual 17ª Turma da DRJ/RJO1) proferiu o Acórdão nº 1334.970, decidindo no sentido de não conhecer em parte a manifestação de inconformidade, em virtude da opção do contribuinte pela via judicial, em relação à preliminar de nulidade e ao pedido de reexame dos autos pela Delegacia de origem e, na parte conhecida, indeferir o pedido de diligência requerido, julgando improcedente a manifestação de inconformidade.

A empresa apresentou Recurso Voluntário contra a decisão da DRJ e o processo foi encaminhado ao CARF.

Na via judicial, a empresa interpôs o Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.0070963, pois entendeu que o indeferimento dos pedidos de ressarcimento por parte do SEORT, sem exame material, teria deturpado a determinação judicial transitada em julgada. A 4ª Turma do TRF da 2ª Região deu provimento ao Agravo, determinando que a autoridade administrativa realizasse a instrução dos processos.

Em atendimento à ordem judicial, os processos foram requisitados pela DRF/Vitória, foi aberto Mandado de procedimento Fiscal Diligência e lavrado Termo de Intimação Fiscal para que a empresa apresentasse livros, planilhas e outros documentos necessários à análise do processo. Após a instrução do processo e o exame dos autos pela autoridade competente, foi exarado o Despacho Decisório de fl. 1.320, fundamentado no Parecer Fiscal GAB903/ DRF/VIT/ES nº 001/2013 (fls. 1.111 a 1.319), decidindo no sentido de reconhecer parcialmente o direito creditório, no valor de R\$ 95.963,66.

No citado Parecer, a autoridade fiscal registra em resumo que:

- Em 2009 o SEORT/DRF/Vitória analisou diversos processos de ressarcimento, no prazo de 30 dias estabelecido em decisão judicial no MS 2009.50.01.0049781. A análise ocorreu antes da conclusão da operação tempo de Colheita. Os pedidos foram indeferidos, sem exame de mérito, por incompatibilidade e inconsistências na documentação apresentada. Em julgamento do Agravo de Instrumento interposto pela Tristão, o TRF 2ª Região entendeu que houve descumprimento de ordem judicial e determinou que a autoridade administrativa realizasse a instrução dos processos;*

- Intimada, a empresa apresentou a documentação solicitada e apontou algumas inconsistências de ordem material. Só em razão do alegado equívoco dos Pedidos de Ressarcimento são exatos R\$ 10.734.305,78, pleiteados indevidamente que só agora são apontados pela TRISTÃO;*

- a TRISTÃO apropriouse de créditos do PIS/COFINS documentados com notas fiscais de empresas laranjas utilizadas como intermediárias fictícias na compra de café de produtores/maquinistas;
- a utilização de empresas laranjas foi descortinada nas investigações da DRF/Vitória/ES (“OPERAÇÃO TEMPO DE COLHEITA”), iniciadas em 10/2007, e que resultaram na comunicação dos fatos apurados à Procuradoria da República no município de COLATINA/ES, em agosto de 2009, e robustecida, posteriormente, na “OPERAÇÃO BROCA”, deflagrada em 01/06/2010, fruto da parceria entre o Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal, na qual foram do GRUPO TRISTÃO uns dos alvos;
- No Espírito Santo, destacaram-se as seguintes empresas laranjas como pseudo fornecedores da TRISTÃO: L&L, Nova Brasília, Café de Montanha, Colúmbia, W.R., R. Araújo – Cafecol e Celba;
- o principal centro fornecedor de café para a TRISTÃO foi o estado de Minas Gerais, compreendida a zona da mata mineira e sul de minas, com predominância dos seguintes supostos fornecedores: E M Gomes, Comercial Agrícola Ponto Forte, D de S Teixeira, Cafeeira São Sebastião, Columbiano, Camargos Comercio de Café, Teixeiras Comercio de Café, Caixeta & Scalco, Séculos e Sersantos;
- Relacafé e Triscafé são controladas pela TRISTÃO. Sérgio Giestas Tristão é presidente tanto da Relacafé quanto da TRISTÃO e sócio com esta na Triscafé;
- A motivação da Operação Tempo de Colheita foi o flagrante descompasso entre as suas movimentações financeiras na ordem de **3 bilhões** de reais nos anos de 2003 a 2006 e os valores insignificantes das receitas declaradas. A imensa maioria das pessoas jurídicas diligenciadas encontrava-se omissa na apresentação da DIPJ ou, mais comumente, inativa; • ao contrário dos tradicionais atacadistas, tais empresas ocupam salas pequenas e acanhadas, sem qualquer estrutura física ou logística, nem dispõem de funcionários para operar como atacadistas;
- Os documentos apreendidos na TRISTÃO, bem como na outra empresa do Grupo (Realcafé), durante a aludida Operação, não deixam a menor dúvida de que os dirigentes da empresa tinham total conhecimento da existência desse esquema fraudulento de inserção de empresas laranjas na compra de café de produtor e/ou maquinista, que proporcionou à empresa vantagens tributárias de créditos ilícitos do PIS/COFINS;
- Em resposta às indagações fiscais, Colúmbia, Acádia, Do Grão e L&L demonstram o modus operandi do esquema;

- *Declarações prestadas por corretores e documentos apreendidos demonstram a participação da Tristão;*
- *Foi reproduzido diálogo extraído da mídia eletrônica apreendida na Operação Broca, entre Ricardo Schneider, comprador da TRISTÃO e o corretor conhecido por “JONY BOY”, mostrando que em razão da suspensão pela Receita Federal da empresa laranja W.G. não iria efetuar o pagamento, visto que a empresa não poderia creditarse do PIS/COFINS à alíquota de 9,25%;*
- *os produtores ouvidos mostraram total desconhecimento acerca das pseudoempresas atacadistas usadas para guiar o café. Negociavam com pessoas conhecidas, de sua confiança, ou seja, os corretores, maquinistas e empresas da sua região, contudo, no momento da retirada do café surgiam nomes de “empresas” desconhecidas;*
- *a fraude e o seu modus operandi foram corroboradas nas oitivas colhidas no curso das investigações perante os produtores/mquinistas e corretores juntamente com a vasta documentação apresentada por eles e para fulminar os documentos apreendidos na “OPERAÇÃO BROCA”, inclusive na própria TRISTÃO e a outra empresa do grupo;*
- *o controle eletrônico da TRISTÃO intitulado “folha de compra”, extraído da mídia eletrônica apreendida durante a Operação Broca comprova que a TRISTÃO tinha total controle e domínio do que compravam de cada produtor/mquinista e por qual empresa de fachada a negociação era falsamente documentada;*
- *as confirmações de pedidos anexadas identificam o maquinista por meio de anotação manuscrita em venda para a Tristão por meio de empresas laranjas. A Tristão exigia que os produtores/mquinistas, verdadeiros vendedores do café, assinassem as confirmações dos corretores, conforme comprovam os emails extraídos das mídias apreendidas na Tristão e reproduzidos;*
- *Anexa tabela “Relatório de Vendas para Entrega Futura – TRISTÃO Cia de Comércio Exterior”, onde constam os dados das confirmações de pedidos e os dados das notas fiscais;* • *São citados diversos depoimentos de corretores de café confirmando que as empresas do Grupo Tristão tinham conhecimento de que nas suas compras de café havia a interposição fictícia de empresa laranja;* • *no mesmo sentido foram citados depoimentos de produtores rurais contendo esclarecimentos sobre o esquema de troca de notas fiscais e outros detalhes da operação;*

- *Ricardo Schneider, comprador da Tristão, comunicava por email as compras diárias de café para os diversos setores do GRUPO TRISTÃO. Para cada pedido de compra, indicava, entre outros dados, o nome da empresa laranja seguido do nome do produtor/maquinista e o corretor. Foram dezenas de emails extraídos das mídias apreendidas, com data desde 2004. Alguns exemplos foram reproduzidos no parecer;*
- *Os representantes da Colúmbia, Acádia, L&L e Do Grão respondendo às indagações dos Auditores Fiscais asseguraram que exportadoras e indústrias tinham pleno conhecimento da venda de notas e que era prática adotada em todo o país. Acrescentaram que muitas destas laranjas eram operadas por exfuncionário das próprias exportadoras e corretores, fato devidamente comprovado nas investigações realizadas no ES e, posteriormente, nas diligências efetuadas em MG;*
- *Foram efetuadas diligências nas cidades de Manhuaçu, Manhumirim, Divino e Espera Feliz, de MG. Repetindo o quadro constatado no ES, o que se viu foram hipotéticas empresas ocupando espaços acanhados situadas uma ao lado da outra, desprovidas de patrimônio e capacidade operacional necessários ao seu objeto, tentando transparecer atacadistas de café, só que próximas, às vezes lado a lado, dos escritórios de compras das grandes exportadoras e torrefadoras, o que tornou a moldura mais emblemática;*
- *O mesmo modus operandi foi constatado em diligências efetuadas em Varginha e outros municípios no sul de MG;*
- *A prática rotineira que consiste em guiar café do produtor para o comprador utilizando uma empresa fictícia é corroborada nos emails trocados pela direção da própria TRISTÃO, reproduzidos em parte no Parecer, demonstrando a verdade irrefutável de que era também de conhecimento da alta direção da empresa o esquema fraudulento de intermediação fictícia de empresa laranja na compra de café de produtor;*
- *Os emails transcritos comprovam de forma incontestável o esquema montado no mercado de café que foi a inserção de empresas laranjas como intermediárias fictícias entre o produtor e o exportador;*
- *A verdade é que o modus operandi é sempre o mesmo, qualquer que seja a região do país. TRISTÃO, portanto, tinha pleno conhecimento do esquema fraudulento, como dele se beneficiou, apropriando-se de créditos fictícios sobre notas fiscais ideologicamente falsas gerados por empresas atacadistas de fachada, o que afasta por completo a alegação de adquirente de “boafé” ;*
- *Os Auditores Fiscais constataram, na escrituração contábil da TRISTÃO, infração tributária relacionada à apropriação indevida de créditos integrais das contribuições sociais não cumulativas PIS (1,65%) e COFINS (7,6%), calculados sobre os*

valores das notas fiscais de aquisição de café em grãos; quando o correto seria a apropriação de créditos presumidos pelas aquisições diretamente de pessoas físicas, produtores rurais, ou cerealistas;

• Foram elaboradas tabelas a partir das planilhas de memória de cálculo apresentadas pela TRISTÃO, consolidando as tais aquisições, cujos valores compõem a BASE DE CÁLCULO MENSAL PARA A GLOSA DOS CRÉDITOS INTEGRAIS INDEVIDAMENTE APROPRIADOS;

• A TRISTÃO preenche os requisitos para a aplicação da suspensão nas compras de café efetuadas com as cooperativas. Portanto, efetuouse a glosa dos créditos integrais sobre tais aquisições e apurouse o crédito presumido previsto no art. 8º d a Lei nº 10.925/2004;

• Em sua resposta, a TRISTÃO reconheceu ter se apropriado indevidamente, por equívoco, de crédito presumido sobre operações de aquisições com fim específico de exportação (CFOP 1501), bem como notas fiscais de simples faturamento (CFOP 1922), conforme tabela no Parecer. Em relação às notas fiscais da Exprinsul Comércio Exterior e da Cocamar – Cooperativa agroindustrial, referentes a 12/2006 e 03/2008, tais valores devem ser excluídos da base de cálculo do crédito integral, conforme memória de Cálculo da Tristão; • Analisando a Memória de Cálculo apresentada pela TRISTÃO, verificouse que no mês de 04/2006, a empresa incluiu indevidamente na base de cálculo do crédito presumido operações de venda com fim específico de exportação no montante de R\$ 851.737,13;

• Após análise da cópia das notas fiscais constatouse que havia outras operações de venda com fim específico de exportação (CFOP: 5.502) para as quais a empresa apropriouse indevidamente de crédito integral, conforme citada Memória de Cálculo apresentada pela TRISTÃO. Foram relacionados os valores levantados pela fiscalização;

• Foi elaborado o Demonstrativo de Cálculo do PIS e da Cofins não cumulativos, anexo ao Parecer;

• Foram efetuadas as seguintes glosas de créditos: a) NF de empresas de fachada. Os valores consolidados mensalmente pela fiscalização constam das tabelas mostradas no item II.7.1; b) Aquisições de café de cooperativa com direito ao crédito presumido, conforme listado no item II.7.2; c) Apropriação indevida de crédito sobre NF emitida sem incidência de PIS/COFINS – fim específico de exportação. Valores consolidados no item II.7.3;

- *O rateio dos créditos a descontar foi efetuado com base na proporção da receita de vendas de bens e serviços: receita mercado interno (tributada) e receita de exportação;*
- *Demonstrouse que o Saldo de Crédito de Meses Anteriores sobre aquisições no mercado interno vinculado à receita de exportação em 04/2006 é zero tanto para o PIS quanto para a COFINS;*
- *A fiscalização limitou o valor do pedido de ressarcimento ao valor do saldo do crédito a descontar referente à parcela do mercado externo (crédito passível de ressarcimento);*
- *Conforme mostrado no demonstrativo de cálculo do PIS E DA COFINS não cumulativos, a recomposição dos créditos a descontar do PIS/COFINS não cumulativos resultou no reconhecimento parcial do valor dos créditos pleiteados no pedido de ressarcimento.*

Cientificada do Parecer Fiscal e do despacho decisório em 05/07/2013, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade em 31/07/2013 (fls. 1365 a 1464), alegando, em síntese, que

- *O direito creditório objeto das DCOMPs somente foi analisado em virtude da decisão proferida pela egrégia Turma do TRF da 2ª Região, no Agravo de Instrumento 2012.02.01.0070963. A ciência da Impugnante se deu em 05/07/2013, quando já decorridos mais de cinco anos, resultando na homologação tácita dos créditos compensados até 04/07/2008;*
- *A impugnante não foi indiciada na denominada “operação broca” (vide certidões em anexo), o que retifica que as investigações realizadas não alcançaram suas operações, uma vez que não traduzem os atos comerciais praticados pela mesma rotineiramente;*
- *A impugnante, na qualidade de adquirente de boafé era exclusivamente a destinatária das mercadorias, não sendo provada a sua participação na prática de introdução de pseudo pessoas jurídicas na cadeia de comercialização; • Em nenhum momento a Impugnante é citada nos depoimentos colhidos na operação broca como estando envolvida na criação ou manutenção das pseudo pessoas jurídicas, mas apenas como destinatária do café, o que ratifica a sua boafé;*
- *Inexiste prova robusta e inequívoca nos autos, mas apenas meras alegações e conjecturas difusas e contraditórias entre si;*
- *A conduta da fiscalização revelou a busca pelo acesso irrestrito às informações internas e gerenciais da impugnante, sem amparo em nenhuma autorização judicial para tal procedimento, o que transgride o direito fundamental ao sigilo de dados, insculpido no art. 5º, X e XII, da CF/88;*

- *Também não se verifica a aptidão das provas testemunhais juntadas aos autos, pois referidos testemunhos não comprovam qualquer vínculo da Impugnante, seus diretores, ou mesmo funcionários, nas práticas ilícitas imputadas às empresas consideradas como de fachada;*
- *O art. 112 do CTN faz eco ao princípio universal do in dúbio pro reo;*
- *A impugnante traz os seguintes elementos de prova que atestam a sua boa-fé: certidões que atestam a ausência de indiciamento em decorrência da operação broca; ação de cobrança por parte da W.G. Azevedo – Brazil Coffee; emails que comprovam a preocupação em realizar operações apenas com empresas em situação regular perante o Fisco;*
- *Cabe ao fisco o ônus da prova do fato tributário como também o da suposta conduta ilícita;*
- *Em momento algum a autoridade administrativa outorgou à impugnante o direito de participar da coleta dos depoimentos prestados pelos supostos profissionais do mercado de café, como legítimo exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa;*
- *O conhecimento acerca da origem do café não é indicio de que a Impugnante tenha agido de comum acordo com as empresas de fachada, mas sim a necessidade de que se tenha ciência do produtor rural e da região em que foi colhido o grão, para se atestar a qualidade do café adquirido;*
- *A Impugnante sempre adotou todas as providencias legalmente exigidas para proceder aos créditos de PIS e COFINS decorrentes das aquisições de café;*
- *Deve ser considerado o que dispõe o parágrafo único do art. 82 da Lei 9.430/96. No caso, não restou qualquer dúvida quanto ao recebimento e pagamento das mercadorias por parte da Recorrente;*
- *A boa-fé da Impugnante é demonstrada pelo fato de que teve o zelo de fazer consultas ao Sintegra e ao próprio banco de dados da RFB com o objetivo de comprovar a regularidade jurídica das empresas fornecedoras;*
- *Nesse sentido, a 5ª Turma da DRJ/RJOII já se pronunciou em situação idêntica, no processo 13771.000356/200315, Acórdão 1324.918, de 25/05/2009;*
- *Os atos que declararam as empresas como inapta, baixada ou nula ocorreram posteriormente às compras realizadas pela*

Impugnante, sendo que para algumas das empresas sequer foi localizado qualquer procedimento neste sentido;

- *Os lançamentos contábeis das operações também fazem prova em favor da Impugnante;*

- *A atuação do fisco é contraditória, em afronta à segurança jurídica, uma vez que num primeiro momento assumiu a existência das agora “pseudo” empresas interpostas, inclusive cobrando-as, através da instauração de procedimentos administrativos fiscais e, agora, inovando sua ótica, questiona os seus documentos fiscais de venda de café para terceiros;*

- *Trechos extraídos de inquéritos policiais, ou mesmo a existência de referidos procedimentos, não representam prova de suposta obtenção fraudulenta de créditos. O direito fundamental do estado de inocência proíbe a antecipação dos resultados finais do processo criminal;*

- *Os mesmos auditores fiscais que prolataram o despacho decisório também lavraram o Termo de Encerramento da Ação Fiscal, processo 15586.000956/201025, em face de outra empresa do Grupo Tristão, no caso a Realcafé Soluvel do Brasil, no qual afirmaram a possibilidade de crédito integral do PIS e da COFINS nas aquisições de cooperativas. Ao examinarem a mesma hipótese no presente pleito, adotaram posicionamento completamente oposto;*

- *A Impugnante revende o insumo café cru em grão no mercado externo e, em alguns casos, também realiza o processo de rebeneficiamento. A atividade de revenda é preponderante;*

- *Em se tratando de compras para posterior revenda, a Recorrente apurou créditos integrais do PIS e da COFINS;*

- *A impugnante sempre adquire o insumo de sociedade cooperativa que exerce a produção agroindustrial e a compra é sempre feita com a incidência do PIS e COFINS;*

- *Nas aquisições de café cru em grão pela Impugnante não há a suspensão obrigatória do PIS e COFINS, visto que as sociedades cooperativas fornecedoras exerceram atividade agroindustrial, na forma do § 6º do art. 8º da Lei 10.925/2004 e, portanto, estas é que possuem o direito ao crédito presumido, relativo à compra de café in natura;*

- *Não se pode admitir a hipótese de aproveitamento do crédito presumido do PIS em duas etapas da cadeia produtiva do café;*

- *Por fim, requer seja reconhecida a homologação tácita das compensações relativas às DCOMPs enviadas até 04/07/2008 e, se superada a preliminar, requer seja reconhecido o direito creditório de modo integral com a homologação das compensações formalizadas nos autos.*

Após exame da Manifestação de Inconformidade apresentada pelo Contribuinte, a DRJ proferiu acórdão assim ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/03/2007

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.

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.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DECISÃO NO PRAZO DE CINCO ANOS. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INEXISTENTE.

Não há homologação tácita de compensação declarada quando objeto de despacho decisório proferido e cientificado o sujeito passivo no prazo de cinco anos, contado da data do seu protocolo.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

Operam-se os efeitos preclusivos previstos nas normas do processo administrativo fiscal em relação à matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformado, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário reiterando os argumentos de defesa apresentados quanto ao crédito tributário mantido.

Após os autos serem remetidos a este CARF e a mim distribuídos por sorteio.

É o relatório.

Voto Vencido

VOTO PARCIALMENTE VENCIDO E VENCEDOR

Conselheira Tatiana Josefovicz Belisário, Relatora

O Recurso é próprio e tempestivo e dele tomo conhecimento.

Antes de adentrar ao exame do Recurso apresentado, cumpre esclarecer que o presente processo tramita na condição de paradigma, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015:

Art. 47. Os processos serão sorteados eletronicamente às Turmas e destas, também eletronicamente, para os conselheiros, organizados em lotes, formados, preferencialmente, por processos conexos, decorrentes ou reflexos, de mesma matéria ou concentração temática, observando-se a competência e a tramitação prevista no art. 46.

§ 1º Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o Presidente de Turma para o qual os processos forem sorteados poderá sortear 1 (um) processo para defini-lo como paradigma, ficando os demais na carga da Turma.

§ 2º Quando o processo a que se refere o § 1º for sorteado e incluído em pauta, deverá haver indicação deste paradigma e, em nome do Presidente da Turma, dos demais processos aos quais será aplicado o mesmo resultado de julgamento.

Nesse aspecto, é preciso esclarecer que cabe a esta Conselheira o relatório e voto apenas deste processo nº 10830.903744/2011-20, ou seja, o entendimento a seguir externado terá por base exclusivamente a análise dos documentos, decisões e recurso anexados neste processo.

Feito tal esclarecimento, passa-se ao exame das razões de Recurso.

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente feito tem por objeto 3 (três) grupos de glosas:

a) NF de empresas de fachada. Os valores consolidados mensalmente pela fiscalização constam das tabelas mostradas no item II.7.1;

b) Aquisições de café de cooperativa com direito ao crédito presumido, conforme listado no item II.7.2;

c) Apropriação indevida de crédito sobre NF emitida sem incidência de PIS/COFINS – fim específico de exportação. Valores consolidados no item II.7.3;

O Recurso apresentado é bastante extenso e dividido em diversos tópicos. Tendo em vista que as razões expostas em cada tópico repetem-se e confundem-se, passo a analisá-los de acordo com a correlação existente entre estes, e não necessariamente na ordem apresentada pela recorrente.

"DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA"

A questão da homologação tácita nos presentes autos é tema que merece cuidadosa atenção, visto que a situação dos autos é bastante peculiar.

A Recorrente transmitiu diversas Declarações de Compensação à Receita Federal. Todavia, em razão do longo prazo sem resposta, impetrou o Mandado de Segurança nº 2009.50.01.0049781 e obteve liminar determinando que a DRF/Vitória procedesse à análise e proferisse decisão, no prazo de 30 dias, quanto aos pedidos de ressarcimento de créditos das contribuições não cumulativas PIS/COFINS atinentes ao 4º trimestre de 2005 e do 2º trimestre de 2006 ao 3º trimestre de 2008.

Pois bem. Esta decisão foi proferida inicialmente por meio do despacho decisório de fl. 216, com base no Parecer SEORT/DRF/VIT nº 1767/2009.

Todavia, por entender que o referido despacho não foi proferido em conformidade com a determinação judicial, uma vez que aquele apenas consignou que deixaria de examinar os documentos apresentados pela Recorrente em razão de inconsistências verificadas e do exíguo prazo concedido, interpôs o Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.007096-3.

Transcrevo trecho do acórdão DRJ:

*Na via judicial, a empresa interpôs o Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.0070963, pois entendeu que o indeferimento dos pedidos de ressarcimento por parte do SEORT, **sem exame material, teria deturpado a determinação judicial transitada em julgada. A 4ª Turma do TRF da 2ª Região deu provimento ao Agravo, determinando que a autoridade administrativa realizasse a instrução dos processos.***

Em atendimento à ordem judicial, os processos foram requisitados pela DRF/Vitória, foi aberto Mandado de procedimento Fiscal Diligência e lavrado Termo de Intimação Fiscal para que a empresa apresentasse livros, planilhas e outros documentos necessários à análise do processo. Após a instrução do processo e o exame dos autos pela autoridade competente, foi exarado o Despacho Decisório de fl. 1.320, fundamentado no Parecer Fiscal GAB903/ DRF/VIT/ES nº 001/2013 (fls. 1.111 a 1.319), decidindo no sentido de reconhecer parcialmente o direito creditório, no valor de R\$ 95.963,66.

Por conseguinte, foi lavrado novo Parecer Fiscal e Despacho Decisório, dos quais foi cientificado o contribuinte em, concedendo o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de manifestação de inconformidade.

Assim, postula a Recorrente pelo reconhecimento da homologação tácita relativamente às declarações de compensação apresentadas com mais de 5 (cinco) anos da referida ciência.

Entendeu o acórdão da DRJ que não ocorreu a homologação tácita uma vez que o prazo em questão teria sido interrompido com a prolação do primeiro Despacho Decisório.

Embora reconheça que o segundo Despacho Decisório - proferido em razão da determinação judicial no Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.007096-3 - é materialmente distinto do primeiro, a decisão recorrida entende que, como não houve a sua declaração de nulidade, seja na via judicial ou na via administrativa, a sua ciência é válida para fins de interrupção do prazo decadencial.

Discordo, contudo, do posicionamento adotado. Não houve um mero aditamento, correção ou complemento ao despacho decisório anterior, houve a prolação de novo despacho com fundamentação jurídica completamente diversa do primeiro. Isso é fato incontroverso nos autos.

Com efeito, o primeiro despacho decisório formulado não cumpriu os requisitos essenciais de validade do ato administrativo, posto que formulado sem motivação e sem fundamentação.

Veja-se que o próprio Relatório do acórdão recorrida assinala que o referido despacho foi proferido sem qualquer análise material dos créditos postulados:

Em cumprimento à determinação judicial, a Delegacia de origem formalizou 22 processos administrativos para análise e tratamento manual dos diversos PER/DCOMPs transmitidos pela empresa à RFB. No presente processo foi analisado o crédito requerido referente ao PIS não cumulativo, apurado no 1º trimestre de 2007. Após intimar a empresa a apresentar documentos e planilhas com a finalidade de aferir o crédito pleiteado, a Delegacia de origem exarou o despacho decisório de fl. 216, com base no Parecer SEORT/DRF/VIT nº 1767/2009, decidindo indeferir o pedido, uma vez constatadas diversas discrepâncias nas planilhas apresentadas pela contribuinte em relação aos DACON'S, além dos arquivos magnéticos se encontrarem eivados de inconsistências, não se prestando à realização dos trabalhos de aferição dos cálculos e, ainda, levando-se em consideração o prazo de 30 dias fixado pela decisão judicial.

Observa-se que não obstante o primeiro despacho tenha alegado que havia inconsistências nos arquivos apresentados pela contribuinte e que não haveria tempo hábil para intimá-lo a apresentar tais esclarecimentos, sequer indicou de modo objetivo quais seriam tais inconsistências. Foi proferido um simples despacho de negativa, repise-se, sem qualquer conteúdo material.

E, ainda nesse sentido, sequer se pode falar em completa imprestabilidade dos documentos inicialmente apresentados, posto que o segundo despacho decisório foi proferido com cumprimento a todos os requisitos legais, após o adequado procedimento de instrução.

Não obstante não tenha havido a declaração formal de nulidade do primeiro despacho decisório proferido, este é materialmente nulo e, portanto, inexistente.

É o que dispõe o art. 59 do Decreto Lei nº 70.235/72:

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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

Ou seja. O despacho proferido sem condições mínimas de propiciar a ampla defesa ao contribuinte é nulo de pleno direito. Não se trata de mera irregularidade a ser sanada, mas, sim, de vício que macula o seu nascimento.

Ademais, diferentemente do que afirma o acórdão recorrido, tenho que a decisão no referido Agravo de Instrumento nº 2012.02.01.0070963 reconheceu - ainda que não expressamente - a nulidade do primeiro despacho decisório proferido, afirmando que este não cumpriu o desiderato de implementar a ordem mandamental, qual seja, a efetiva prolação de uma decisão administrativa, fundamentada e motivada.

Cito trecho do acórdão::

No mais, não se pode deslembrar que a interpretação e efetivação do comando de dada decisão judicial transitada em julgado (a norma jurídica em sua feição concreta) devem sempre ser realizadas à luz da exposição de sua ratio decidendi.

Esse o quadro, e com o desiderato de se implementar, de forma integral, o acórdão que se formou do recurso de apelação em epígrafe, penso que a autoridade administrativa competente deverá realizar a instrução do processo administrativo, bem como emitir sua decisão, no prazo de trinta dias, contados da notificação desta decisão judicial em agravo de instrumento.

Além da clara e evidente nulidade do referido despacho decisório à luz das normas administrativas, posto que se trata de ato proferido sem motivação e fundamentação, ele é também imprestável à constituição do crédito tributário, a teor do disposto no 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.

Tendo deixado o primeiro despacho decisório proferido de cumprir os requisitos do art. 142 do CTN, não há falar em constituição válida do crédito tributário e, portanto, este não se presta para fins de interrupção do prazo decadencial, lembrando que não existe o instituto da suspensão do prazo decadencial.

O prazo decadencial de que dispõe o Fisco para homologar o lançamento tributário apenas pode ser interrompido por lançamento válido, o que efetivamente não ocorreu com a lavratura do primeiro despacho decisório.

Pelo exposto, entendo que a interrupção do prazo decadencial de que dispunha o Fisco para deixar de homologar as compensações declaradas pelo contribuinte apenas ocorreu com a intimação do segundo despacho decisório proferido.

Nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, prazo decadencial é de 5 anos contados da transmissão das Declarações de Compensação:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

(...)

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

Pelo exposto, entendo que deve ser reconhecida a decadência parcial do direito do Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário em exame.

"DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO, ACERCA DAS AVENTADAS OPERAÇÕES QUE ALEGA TEREM SIDO "AUSPICIADAS" PELA RECORRENTE"

"DA ILEGÍTIMA INOVAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA GLOSA CONSUBSTANCIADA ATRAVÉS DA DECISÃO ORA RECORRIDA"

"DA INSUBSISTÊNCIA DAS PROVAS APRESENTADAS PELA FISCALIZAÇÃO"

"DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DA RECORRENTE COM AS DENOMINADAS "EMPRESAS DE FACHADA"."

"DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE VALIDADE E CORREÇÃO DOS CRÉDITOS DE PIS E COFINS NÃO CUMULATIVOS AUFERIDOS PELA RECORRENTE"

"A CONTABILIDADE (AQUISIÇÕES DEVIDAMENTE REGISTRADAS) COMO MEIO DE PROVA EM FAVOR DA RECORRENTE - A ESSÊNCIA SOBRE A FORMA"

"DAS DILIGÊNCIAS REALIZADAS SOB A "OPERAÇÃO TEMPO DE COLHEITA". DA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE PARA COM AS OPERAÇÕES REALIZADAS PELA RECORRENTE"

"DA IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO EM FACE DA RECORRENTE DOS EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA DENOMINADA "OPERAÇÃO BROCA"."

Como relatado, a questão dos autos se refere à possibilidade de tomada de créditos integrais de PIS e COFINS sobre as aquisições de pessoas jurídicas tidas por fictícias, conforme operações Tempo de Colheita e Broca, realizadas de forma conjunta pelo Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal.

Assim resume a DRJ:

A autoridade fiscal efetuou a glosa de créditos integrais calculados pelo contribuinte em relação a aquisições de café de pessoas jurídicas. O cerne da controvérsia, com base no que os auditores afirmam pode ser resumido em dois pontos: (1) existência de um esquema fraudulento de constituição de empresas visando vantagens tributárias indevidas, consistentes em creditamento ilícito de PIS e Cofins; (2) participação da contribuinte, ora manifestante, nesse esquema.

Preliminarmente a interessada contesta os elementos de prova trazidos aos autos junto ao Parecer Fiscal.

Argumenta que as provas são ilícitas porque as interceptações telefônicas e de dados só podem ser realizadas com autorização judicial, que as provas testemunhais não são aptas e não comprovam vínculo da empresa interessada com o suposto esquema.

Assim, a controvérsia se resume, efetivamente, à existência ou não de provas nos autos acerca da participação da Recorrente na criação das pessoas jurídicas fictícias vendedoras de café.

Em diversas oportunidades já me manifestei acerca de situações bastante similares à presente, sempre no sentido de que, para que o contribuinte possa ser penalizado em razão das supostas fraudes identificadas, é necessária a comprovação de que esta participou das operações tidas por fraudulentas.

Com base em jurisprudência já pacificada no âmbito do STJ, não vejo como imputar a terceiros quaisquer consequências advindas de operações fraudulentas das quais não participou. Até porque, é princípio básico constitucional que a pena jamais poderá ultrapassar a pessoa do condenado.

O entendimento supra já foi por mim formalizado em sede de Declaração de Voto Vencido (Acórdão nº 3201.002.083, de 25/02/2016), em Voto Vencedor por unanimidade (Acórdão 3201-003.038, de 25/07/2017) e, mais recentemente, na condição de Relatora Designada para o Voto Vencedor (Acórdãos 3201-003.202, 3201-003.203 e 3201-003.204, todos de 24 de outubro de 2017).

Neste último, a mim incumbiu apresentar o entendimento vencedor da Turma quanto à questão:

Não obstante o bem fundamentado voto do i. Relator, fui designada para a redação do voto vencedor quanto às glosas dos créditos correspondentes às aquisições efetuadas de pessoas jurídicas inaptas, baixadas ou suspensas.

Como já salientado pelo Relator, é sabido que, comprovada a efetividade das operações, o contribuinte, agindo de boa-fé faz jus a manutenção dos créditos fiscais. E como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula nº 509. Em outras palavras, a boa fé é sempre presumida, cabendo àquele que alega a existência de má-fé a comprovação nesse sentido.

Na hipótese dos autos a divergência se instaurou quanto à afirmação fiscal de que não teria sido comprovada a efetividade das operações realizadas junto às pessoas jurídicas tidas como inaptas, baixadas ou suspensas, em face das alegações e documentos trazidos aos autos pela Recorrente no intuito de comprovar as aquisições realizadas

Entendeu a Turma Julgadora, por sua maioria, que, em fato, na logrou a Fiscalização demonstrar que a Recorrente teria qualquer participação nos atos que levaram às declarações de inidoneidade das Pessoas Jurídicas vendedoras das mercadorias passíveis de geração de crédito no regime não cumulativo do PIS e da COFINS.

Desse modo, não se pode manter as glosas efetuadas pela Fiscalização, na hipótese específica dos autos, uma vez que ausente demonstração fiscal quanto à participação da Recorrente em qualquer ato ensejador da pretendida descaracterização das aquisições realizadas, devendo se manter a presunção de boa-fé do adquirente.

Assim, entendo que, para que a glosa pretendida pela Fiscalização tenha suporte, é necessário não apenas comprovar a existência de fraude na criação das empresas vendedoras de café - o que efetivamente foi realizado por meio das Operações Tempo de Colheita e Broca. Se faz imprescindível que se comprove a ciência da Recorrente acerca desses fatos e a sua participação no dito "esquema".

Isso porque, não obstante a aparência de legalidade das operações, como alega a Recorrente, em razão de que (1) todas as empresas citadas como fictícias possuíam CNPJ válidos no momento da aquisição do café; (2) fora verificada a regularidade dessas empresas no CNPJ e no SINTEGRA, e nenhuma tinha sido declarada inapta; (3) as mercadorias adquiridas entraram no estoque da recorrente e foram pagas diretamente aos emitentes das notas fiscais, uma vez comprovada a má-fé na realização desses negócios jurídicos, é plenamente válida a sua desconstituição.

É o que dispõe o parágrafo único do art. 116 do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

E, não obstante o Relatório Fiscal não tenha mencionado expressamente o referido dispositivo legal, citado apenas no Acórdão da DRJ, não há falar em inovação. Os fundamentos de fato e de direito que levaram à desconsideração dos negócios jurídicos são os mesmos e deles decorre logicamente a aplicação do referido dispositivo legal. Não houve qualquer tentativa de alteração quanto à fundamentação legal do lançamento.

Ademais, não compete a este CARF afastar a aplicação de disposição expressa de lei. Não obstante, entendo que a ausência de regulamentação do referido dispositivo legal não impede a sua aplicação. O dispositivo legal é auto-aplicável, embora passível de regulamentação pela legislação ordinária. E, nesse sentido, tenho que a legislação processual tributária vigente no âmbito federal cumpre a necessária regulação do tema.

Em conclusão desse aspecto, manifesto minha integral concordância com a tese defendida pela Recorrente no sentido de que, uma vez comprovada a ocorrência da operação de compra e venda, sendo que essas revestiam-se da aparência de legalidade, o adquirente de boa-fé não pode ser penalizado pela posterior desconsideração do negócio jurídico. Todavia, a hipótese dos autos, como se verá, afasta a presunção de boa-fé da Recorrente.

Não basta que a operação tenha a aparência de legalidade para que seja válida. Uma vez comprovado nos autos que a Contribuinte possuía ciência do fato de que as pessoas jurídicas eram criadas de modo fraudulento tão-somente para legitimar a geração do crédito de PIS e COFINS, resta caracterizada a má-fé do adquirente.

Quanto ao argumento de que os e-mails que comprovam que a Tristão questionava a origem do café apenas para fins de averiguar a qualidade do produto, tenho que não prospera. Existem e-mails e mensagens trocadas que demonstram claramente a exigência de que as pessoas jurídicas estivessem regulares tão somente em razão da possibilidade de geração de crédito. Tanto é assim que em determinado momento, o comprador da Tristão se nega a efetuar o pagamento de determinada compra exclusivamente em razão da irregularidade do CNPJ da empresa vendedora.

Adentrando, portanto, ao cerne da controvérsia instaurada, entendo ser desnecessário tecer maiores comentários acerca da existência e funcionamento dos chamados esquemas de triangulação, criação dos "maquinistas". Nesse sentido, me reporto ao bem

detalhado relatório fiscal e ao próprio acórdão proferido pela DRJ, que demonstram o funcionamento de tais empresas de fachada com o fito exclusivo de garantir ao adquirente a tomada de créditos de PIS e COFINS em valor integral, ao substituição ao crédito presumido que seria gerado na aquisição direta da pessoa física.

É imprescindível, outrossim, analisar de forma detida as provas apresentadas de modo a averiguar a efetiva ciência e participação da Recorrente. Para tanto, remeto-me ao extenso Parecer Fiscal de fls. 1111/.

Como de costume, o Parecer Fiscal relata de forma detalhada a criação e operacionalização dos esquemas, trazendo diversas informações e provas relativas aos Maquinistas, comprovando a existência do esquema.

O Parecer Fiscal, ainda, cuidou de demonstrar diversos dados extraídos da operação e que tem ligação direta com a Recorrente, tais como: depoimentos de maquinistas que alegam ter vendido o café à Tristão com a ciência desta; registros de mensagens trocadas com dirigentes da Tristão; cópias de e-mails trocados com sócios, diretores e empregados da Tristão; Pedidos de Compra da Tristão com o nome das pessoas físicas produtoras, embora com notas fiscais emitidas pelas Pessoas Jurídicas fraudulentas, dentre outros.

Ademais, a Tristão, na condição de adquirente, foi uma das empresas fiscalizadas durante a Operação Tempo de Colheita. Assim, grande parte dos elementos colhidos durante a operação, o foram diretamente obtidos da Recorrente.

Logo, vê-se que, na hipótese dos autos, há, efetivamente, robusta prova documental que comprova a participação, ou, quando menos, a plena ciência da Recorrente quando ao fato de que o café era adquirido de pessoas jurídicas inexistente de fato, criadas com o fim exclusivo de geração de crédito de PIS e COFINS.

Nesse aspecto, pontuo, quanto às alegação da Recorrente no sentido de que não haveria prova da sua participação na Operação Broca, sendo que não foi indicada criminalmente no âmbito da referida, o que tornaria insubsistente toda a autuação fiscal.

Com efeito, a maior robusteza probatória é relativa à Operação Tempo de Colheita. E, quanto à esta, a Recorrente não trouxe qualquer alegação.

Não obstante, consta, sim, nos autos, provas de que a Recorrente estava ciente que nas operações descortinadas por meio da Operação Broca, o *modus operandi* era exatamente o mesmo daquelas objeto da Operação Tempo de Colheita. Existe nos autos cópia de nota fiscais guiada e e-mails trocados por funcionários da Tristão com corretores sabidamente operadores do esquema fraudulento, inclusive com a expressão "*Como sabemos os cafés são guiados com nota de firma*" (fl. 1251), dentre outros elementos.

Ademais, é cediço que a instrução criminal se dá de forma diversa da investigação tributária. Ainda que ambas devam se pautar no princípio da legalidade estrita, seus escopos são bastante distintos. E, nesse seara, cabe averiguar se os elementos apresentados pela Fiscalização são suficientes para fundamentar o lançamento tributário, o que, a meu ver, logrou-se. Se, no âmbito criminal, entendeu-se não haver elementos caracterizados de ilícito penal, não há influência direta no lançamento tributário. Os elementos do tipo penal são distintos dos elementos do tipo tributário.

Ainda assim, as decisões judiciais trazidas aos autos como justificativa de invalidar o lançamento dizem respeito à ilegitimidade de colheita de prova testemunhal, e quando esta é o único meio de prova admitido na denúncia. Na hipótese dos autos, as provas

testemunhais são apenas indiciárias. Há outros elementos que comprovam a ciência da Recorrente acerca das operações fraudulentas.

E, quanto à alegação de que tais provas documentais foram obtidas com base em colheita ilegal, com a devida vênia às razões esposadas, compete ao Poder Judiciário a eventual declaração de ilegalidade na obtenção das provas. Inexistindo tal declaração, falece competência à este órgão administrativo para tal.

Assim, o fato de a Recorrente não ter participado do processo investigativo realizado no âmbito das Operações Tempo de Colheita e Broca não contaminam o devido processo legal tributário, com o pleno exercício da ampla defesa.

Com efeito, a ampla defesa no processo administrativo tributário é exercida a partir da apresentação da defesa (Impugnação ou Manifestação de Inconformidade), Recurso Voluntário e Recurso Especial. Ressalto, ainda, que, na hipótese dos autos, a ampla defesa foi inclusive assegurada por decisão judicial que determinou o refazimento do lançamento tributário original, que deixou de fundamentar a glosa de créditos.

Quanto à alegação de que a Fiscalização não poderia ter equiparado as compras realizadas de cooperativas às compras procedentes de pessoas físicas, também não assiste razão à Recorrente. Não houve uma alteração acerca da forma de se apropriar os créditos oriundos de compras realizadas de cooperativas. Ou ainda, não houve a glosa dos créditos pelo fato de as vendedoras serem cooperativas. O que efetivamente ocorreu, e válido nesse voto, foi a exclusão da figura do "atravessador", seja este constituído na forma de sociedade comercial ou cooperativa, uma vez que se comprovou que sua criação se deu com o fim exclusivo de simular um negócio jurídico.

A Recorrente ainda alega violação ao princípio da segurança jurídica pelo fato de a Fiscalização, alegadamente, ter pronunciado entendimento diverso em processos decorrentes da mesma operação, contudo em face de pessoas jurídicas distintas.

Tal fato, a meu ver, apenas corrobora todo o exposto com relação à existência de prova efetiva em face da Recorrente. Não há como se pretender vincular esta decisão à processo formalizado em face de pessoa jurídica diversa, notadamente quando este é decorrente essencialmente de material probatório.

"DA INOCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO APONTADA PELA DECISÃO RECORRIDA. DO RESTABELECIMENTO INTEGRAL DOS CRÉDITOS INFORMADOS PELA RECORRENTE"

Nesse tópico aduz a Recorrente que a decisão recorrida teria declarado uma preclusão inexistente. Contudo, nesse mesmo tópico, reconhece que deixou de impugnar determinadas glosas visando dar celeridade ao procedimento.

Desse modo, não vejo como prover qualquer alteração no acórdão recorrido nesse sentido.

Por todo o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário do Contribuinte apenas para reconhecer a decadência parcial do lançamento,

considerando que interrupção do prazo decadencial de que dispunha o Fisco para deixar de homologar as compensações declaradas pelo contribuinte apenas ocorreu com a intimação do segundo despacho decisório proferido, conforme art. 74, §5º da Lei nº 9.430/98.

É como voto.

Tatiana Josefovicz Belisário - Relatora

Voto Vencedor

O Presidente da Turma designou-me para redigir o voto vencedor quanto ao afastamento da preliminar suscitada pela recorrente, relativa à homologação tácita de parte da compensação.

A Conselheira Relatora entendeu que o primeiro Despacho Decisório restara nulo, porque o Poder Judiciário determinara a prolação de novo Despacho Decisório, e também, porque não haveria a devida motivação e fundamentação. E porque o primeiro seria nulo, o segundo Despacho Decisório seria posterior ao prazo hábil, de 5 anos, tendo como consequência a homologação tácita dos pedidos de compensação anteriores.

Todavia, não se vislumbra a nulidade do primeiro Despacho Decisório. Com efeito, trata-se de ato administrativo com todas os requisitos de validade, inclusive a motivação, a qual foi a falta de apresentação de arquivos digitais corretos, que fossem coerentes com as informações do Dacon e com as notas fiscais físicas. Veja-se excerto do referido documento (fl. 209):

De posse da mesma [documentação intimada], a primeira providência foi aferir a correção e consistência dos arquivos magnéticos e planilhas de apuração em confronto com os Demonstrativos de Apuração de Contribuições Sociais (DACON) e livros fiscais.

Desta verificação constatou-se que as diferenças existentes entre eles são enormes, inviabilizando por completo o estabelecimento de um parâmetro de conferência.

Observou-se em cotejo perfunctório que os arquivos magnéticos também possuem inconsistências frente aos documentos fiscais que os maculam indelevelmente, ou seja, o arquivo eletrônico contendo rol de notas fiscais de aquisição não reflete com correção os dados constantes dos documentos físicos. Como exemplo, citem-se as notas fiscais de venda com o fim específico de exportação, que não geram crédito da não cumulatividade, registradas como aquisição para revenda/insumo; aquisições de cooperativas, que tem tratamento tributário diferenciado a partir de abril/2006, registradas como efetuadas de pessoas jurídicas comuns; o arquivo eletrônico exigido pelo termo de intimação impunha a entrega da relação de toda as notas fiscais de entrada, independente de gerar crédito ou não, com a marcação daquelas aproveitadas no cálculo, todavia o arquivo apresentado não trouxe a integralidade de tais documentos; há casos em que constam aquisições no arquivomagnético e não foram apresentadas as

notas fiscais, como exigido no termo; grande quantidade de notas fiscais de cerealistas e pessoas jurídicas agropecuárias com informação, em seu corpo, de saída com suspensão, entretanto, arroladas na relação eletrônica como garantidoras de crédito com cômputo integral; notas fiscais de retorno de mercadoria computadas como aquisição de produtos; o arquivo apresentado não trouxe a indicação da filial onde ocorreu a operação. Ressalte-se que todos os vícios detectados e acima apontados impedem a validação das informações perante os livros fiscais e o próprio DACON.

Portanto, os arquivos digitais diferiam em grande medida das informações do Dacon, e assim, impedido de analisar o detalhamento dos créditos, e ainda, impedido de conceder prazo maior para que o contribuinte corrigisse tais arquivos, em vista da comando judicial no âmbito do Mandado de Segurança 2009.50.01.004978-1, o qual determinara o prazo de 30 dias para conclusão da decisão, o Fisco, corretamente, não homologou as compensações.

Verifico que essa decisão foi revista pelo Poder Judiciário, que determinou o aprofundamento da análise de mérito dos créditos. Não há, desse modo, a anulação do primeiro Despacho Decisório, mas o retorno do processo para sua correção. Tal procedimento é assaz comum em decisões do Carf, quando se ultrapassam questões preliminares e se determina a análise do mérito.

Com esses fundamentos, afastei a preliminar suscitada, tese que restou vencedora por voto de qualidade.

Marcelo Giovani Vieira, redator designado.