



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

Processo n° 15586.720134/2011-45
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3102-002.124 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de janeiro de 2014
Matéria Auto de Infração - PIS/Pasep e Cofins
Recorrente COMÉRIO & COMÉRIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

PROCEDIMENTO FISCAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

São nulos apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. VÍCIOS. INCORREÇÕES. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento administrativo de planejamento e controle das atividades de fiscalização. A existência de vícios, incorreções ou omissões não acarretam nulidade do auto de infração lavrado por autoridade que, nos termos da Lei, possui competência para tanto.

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. OPERAÇÃO FRAUDULENTA. FORNECEDOR INEXISTENTE. SITUAÇÃO CADASTRAL REGULAR. ADQUIRENTE. CONHECIMENTO E PARTICIPAÇÃO NO NEGÓCIO. DOLO. EXISTÊNCIA.

Ainda que as empresas fornecedoras estejam em situação regular nos cadastros mantidos pelo Fisco Estadual e Federal, não poderá ser considerado adquirente de boa-fé a pessoa jurídica que, comprovadamente, tinha conhecimento da organização fraudulenta e, ainda mais, dela participava.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar

tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. FRAUDE. CRÉDITO DO CONTRIBUINTE. GLOSA.

Devem ser glosados os créditos utilizados pelo contribuinte para redução do valor devido da Contribuição no período, quando comprovada a interposição de atacadista em operação simulada exclusivamente com o objetivo de elevar o valor do crédito admitido na operação.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. INTERPOSIÇÃO DE PESSOA JURÍDICA. FRAUDE. CRÉDITO DO CONTRIBUINTE. GLOSA.

Devem ser glosados os créditos utilizados pelo contribuinte para redução do valor devido da Contribuição no período, quando comprovada a interposição de atacadista em operação simulada exclusivamente com o objetivo de elevar o valor do crédito admitido na operação.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa – Presidente Substituto e Relator

EDITADO EM: 09/03/2014

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, Nanci Gama, José Fernandes do Nascimento, Álvaro Arthur Lopes de Almeida Filho, Mônica Monteiro Garcia de los Rios e Andréa Medrado Darzé.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o Relatório que embasou a decisão de primeira instância, que passo a transcrever.

Trata o presente processo de auto de infração de fls. 1222/1230, contra a contribuinte em epígrafe, relativo à insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Programa de Integração Social – PIS incidência não-cumulativa, referente aos

períodos de apuração de janeiro de 2007 a dezembro de 2008, no valor de R\$ 800.078,74 incluído principal, multa de ofício de 150% e juros de mora calculados até 09/2011.

Foi também lavrado auto de infração de fls. 1231/1240 relativo à insuficiência de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, referente aos mesmos períodos de apuração, no valor de R\$ 3.678.960,05 incluído principal, multa de ofício de 150% e juros de mora calculados até 09/2011.

No Relatório Fiscal, integrante dos Autos de Infração, a autoridade autuante registra, em síntese, o seguinte:

A fiscalização teve como escopo a verificação de pretensos créditos, oriundos da aquisição de café, descontados contabilmente dos valores devidos do PIS e COFINS;

Os fatos apurados evidenciaram, em tese, crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, inciso I, II e IV da Lei 8.137/90, pela supressão dolosa de tributos devidos e que serão comunicadas ao Ministério Público Federal conforme disposto no art. 1º, § 4º da Portaria RFB 665/2008;

Com as mudanças na legislação do PIS e Cofins que afetaram o mercado cafeeiro no ES, empresas exportadoras e revendedores de café lançaram mão de um ardil disseminado por todo o estado do ES, que consiste na interposição fraudulenta de pseudo-atacadistas para dissimular vendas de café de produtor rural/maquinista (pessoa física) para empresas exportadoras e indústrias, gerando dessa forma, ilicitamente, créditos integrais de PIS/Cofins na sistemática da não-cumulatividade;

Para apurar as irregularidades no mercado de café foi deflagrada a operação Tempo de Colheita pela DRF/Vitória/ES em outubro de 2007 e em 01/06/2010, deflagrou-se a operação Broca, fruto da parceria entre o Ministério Público Federal, Polícia Federal e Receita Federal do Brasil;

A contribuinte foi identificada como adquirente de café de pseudo-atacadistas, pessoas jurídicas declaradas inaptas devido a comprovação de sua inexistência de fato em procedimento fiscal instaurado para tal finalidade;

Após análise dos arquivos apresentados pelo contribuinte, referentes à aquisição de café conilon, a fiscalização constatou que a contribuinte adquiriu café de empresas irregulares no valor de R\$ 9.139.850,00 em 2007 e R\$ 16.984.880,47 em 2008;

O contribuinte incluiu na base de cálculo dos créditos sobre frete, o valor do seguro de mercadorias transportadas. Tais valores foram glosados, por falta de previsão legal;

Durante as investigações realizadas nas operações “Tempo de Colheita” e “Broca”, foram instaurados procedimentos fiscais que culminaram com a constatação de fraude no mercado de café e que ocasionaram a constituição de vultosos créditos ilícitos;

Foram relacionados no Relatório, os fornecedores da empresa autuada, constituídos com o único objetivo de fornecer notas fiscais para dar cobertura ao esquema montado para gerar créditos de PIS e Cofins para as empresas adquirentes de café. São empresas inexistentes de fato, cujo relatório e documentação comprobatória da fraude encontram-se detalhados nos respectivos processos de inaptação. Foram resumidos no Relatório os procedimentos realizados em cada

processo de inaptidão e anexado apenas o processo da Colúmbia Com. De Café Ltda caso seja necessário conhecer em profundidade o esquema montado no mercado cafeeiro;

O sócio da empresa fiscalizada, Sr. Paulo André Comério prestou depoimento em 01/12/2008, durante as investigações da operação “Tempo de Colheita”, no qual demonstra ser profundo conhecedor do mercado de café no ES e conseqüentemente do esquema montado para constituição de créditos ilícitos do PIS e da Cofins. Foram reproduzidos no Relatório excertos das declarações tomadas a termo. Da análise das declarações concluiu-se que as aquisições foram efetuadas com profundo conhecimento de que se tratavam de empresas “laranjas” ou “pseudoatacadistas” e que de fato o café foi adquirido de produtor rural ou maquinista;

Foram anexados os Termos de Declaração de corretores citados pelo Sr. Paulo André Comério. Estes Termos são exemplos dos diversos depoimentos dos corretores de café que foram unânimes em asseverar que os reais compradores de café (atacadistas, exportadores e indústrias) detêm o pleno conhecimento da existência do mercado de venda de notas fiscais realizado por intermédio de diversas pseudo-atacadistas de café;

Foi elaborada a “Planilha de Apuração do PIS e da Cofins após Glosas”, com os ajustes procedidos e a apuração dos valores devidos. Foram excluídos da base de cálculo dos créditos os valores relativos a aquisições de bens para revenda conforme planilha “Valores Glosados pela Fiscalização”, cujos dados foram retirados da planilha fornecida pelo contribuinte. As operações efetuadas de forma irregular e fraudulenta com pseudoatacadistas foram identificadas como efetivamente realizadas com produtores rurais pessoas físicas e tiveram seus valores considerados na apuração do crédito presumido previsto no art. 8º da Lei 10.925/04, disciplinado pela IN 660/06;

considerando a atitude dolosa da fiscalizada de reduzir o montante devido das contribuições sociais, aplicou-se a multa de ofício de 150% pela falta/insuficiência de recolhimento do PIS/Cofins em conseqüência do aproveitamento de créditos integrais fictícios originados de notas fiscais de empresas de fachada;

considerando, em tese, a presença de crime contra a ordem tributária e ainda a figura da sonegação, está demonstrado o intuito fraudulento do contribuinte em se eximir do recolhimento tributário cabível, o que enseja a exasperação da multa;

Considerando a presença de crime contra a ordem tributária, visto que houve declaração falsa às autoridades fazendárias (DACON) e utilização de documentação inidônea, lavrou-se a representação fiscal para fins penais no processo nº 15586.720136/2011-34, em cumprimento ao disposto na Portaria RFB 2439/2010.

O enquadramento legal citado no lançamento referente ao PIS foi: arts. 1º e 3º da LC 07/70; arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 10.637/02, com alterações introduzidas pelo art. 37 da Lei 10.865/04; art. 8º da Lei 10.925/04; arts. 5º, 6º e 7º da IN 660/06. O enquadramento legal citado no lançamento da COFINS foi: art. 1º da Lei Complementar 70/91; arts. 1º, 3º e 5º da Lei 10.833/2003, com as alterações introduzidas pelo art. 21 da Lei 10.865/04, pelo art. 21 da Lei 11.051/04; art. 8º da Lei 10.925/04; arts. 5º, 6º e 7º da IN 660/06. O enquadramento da multa de ofício e dos juros de mora consta dos demonstrativos em fls. 1229/1230 e 1237/1238.

Cientificada do lançamento em 26/09/2011 (fls. 1268), a interessada apresentou a impugnação de fls. 1272/1305 em 20/10/2011, na qual alega, em síntese, que:

O demonstrativo elaborado pelo Sr. Auditor deveria relacionar todas as notas fiscais cujos créditos foram glosados. Tal requisito tem como finalidade assegurar à Impugnante o direito da ampla defesa. A falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores eiva de nulidade o Auto de Infração pois desobedece ao art. 142 do CTN;

Todas as aquisições realizadas eram precedidas de consulta ao sítio da RFB para verificação da situação cadastral da empresa fornecedora e junto ao SINTEGRA, sendo que jamais efetuou qualquer transação comercial com empresas que não constasse como ativa;

Junta cópia de todas as notas fiscais de aquisição de café com o resultado das consultas junto ao CNPJ e SINTEGRA e comprovante dos respectivos pagamentos;

A eventual manutenção do auto de infração atenta contra a segurança jurídica, já que a impugnante realizou suas transações comerciais baseando-se em informações constantes dos órgãos oficiais;

Os sócios da empresa Impugnante não foram denunciados nos processos citados pela fiscalização e os depoimentos das testemunhas citadas no Relatório de Fiscalização não fazem qualquer menção à Impugnante e seus sócios. Então, a formação de juízo de valor, que leva a necessária motivação dos atos para se afirmar a existência de “interposição fraudulenta” a que aduz a fiscalização não preenche os requisitos legais para se afirmar a possibilidade da ampla defesa;

Considerando que eivado de vícios o MPF quando aduz matéria de outro procedimento que não permite o exercício da defesa, nem tampouco avaliou as condições peculiares de cada caso específico, requer a anulação de todos os atos, com fulcro no inciso II do art. 59 do Decreto 70.235;

Como faz prova os documentos anexos, toda a ação contábil da Impugnante foi realizada com fulcro na legislação;

O MPF “Tempo de Colheita” diz respeito aos anos de 2003 a 2007 e a glosa realizada no presente inclui 2007/2008;

As provas carreadas em MPF estranho ao presente são imprestáveis, tornando nulo todo o procedimento;

Ao se adquirir um produto o comerciante não está obrigado a verificar se o imposto daquela transação está sendo pago. Necessário tão somente exigir a nota fiscal, cabendo ao Estado o dever de fiscalizar, de exercer seu poder de polícia dando segurança aos seus administrados;

As supostas infrações foram apuradas unicamente com base em suposição de existência de interposição de notas fiscais incorretas, que levam a tipificação diversa daquela dita no Relatório;

Os valores informados pela empresa em DCTF e DAFON refletem a realidade da empresa, não sendo devida qualquer diferença a título de PIS e Cofins;

A infundada exigência do fisco federal afronta os princípios do não confisco e do direito de propriedade;

A MP 545/2011 isenta de tributação toda a cadeia do café cru, corrigindo a sistemática anterior que prejudicava os agricultores e as empresas como a Impugnante;

Fazem-se necessárias as seguintes diligências: realização de perícia na documentação da empresa, onde será constatado que todas as empresas com que a impugnante efetuou compra ou venda de café estavam regulares no dia da transação e autorização para análise de todos os procedimentos com respeito ao contraditório.

Por fim, a inconformada requer: seja a impugnação recebida no efeito suspensivo; seja reconhecida a ineficácia do auto de infração “Tempo de Colheita”, não produzindo efeitos em relação a si; não sendo acolhido o requerimento anterior, seja dado vistas de toda a documentação relativa ao MPF anterior; seja determinada a realização de diligências; seja julgado improcedente o auto de infração; pugna pelo refazimento do auto de infração com sua correta análise; anulação do auto de infração por falta de previsão legal e ofensa aos princípios constitucionais; a produção de todas as provas em direito admitidas.

Assim a Delegacia da Receita Federal de Julgamento sintetizou, na ementa correspondente, a decisão proferida.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

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.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

NULIDADE.

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

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.

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

PROVA. MOMENTO. PRECLUSÃO.

A prova documental será apresentada no prazo do recurso, precluindo-se o direito de o recorrente fazê-lo em outro momento processual, exceto quando justificado por motivo legalmente previsto.

DILIGÊNCIA. PERÍCIA. DESNECESSÁRIA. INDEFERIMENTO.

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

Insatisfeita com a decisão de primeira instância, a empresa apresenta Recurso Voluntário a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Reproduz pedido de declaração da nulidade do Auto de Infração, porque, segundo entende, o “*o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Auditor deveria relacionar todas as notas fiscais, cujos créditos foram glosados, discriminado-as uma a uma [...]*”, permitindo, com isso, o pleno exercício ao direito de ampla defesa.

A seguir, que todas as aquisições cujos créditos foram glosados pela Fiscalização Federal sob alegação de fraude com interposição de pseudo atacadistas foram precedidas de consulta sobre a situação cadastral dos fornecedores, realizada no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e no Sintegra, nas quais obteve a informação de que empresas estavam em situação Ativa e Habilitada. Acrescenta,

Assim, considerando que eivado de vícios o MPF em questão quando aduz matéria de outro procedimento que não permite o exercício da defesa nem tampouco avaliou as condições peculiares de cada caso específico, requer a anulação de todos os atos, por se medida de inteira JUSTIÇA, isto com fulcro no inciso II do artigo 59 do Decreto 70.235.

Considera que as provas carreadas em Mandado de Procedimento Fiscal estranho ao vertente litígio são imprestáveis para comprovação dos fatos neste acusados.

PIOR, TODO O MPF “TEMPO DE COLHEITA” DIZ RESPEITO AOS ANOS DE 2003 E 2007 E A GLOSA REALIZADA NO PRESENTE INCLUI 2007/2008. COMO FATOS PRETÉRITOS SÃO PROVAS PARA FATOS FUTUROS?

AINDA PIOR, CONSTA INFORMAÇÕES DOS MPES (sic) que realmente realizou diligências e apurou que haviam planilhas com nome de terceiros nas supostas empresas, ISTO EM 31 DE AGOSTO DE 2007 (E ESTRANHAMENTE AS EMPRESAS CONTINUARAM COMO REGULARES ATÉ 2009).

A seguir, acrescenta que houve agressão ao princípio constitucional da reserva legal. Explica,

No comércio de café, bem como em todo o mercado nacional, a busca da regularidade fiscal, em se tratando de compra e venda, entende somente a verificação da regularidade perante as Fazendas Federais e Estaduais.

Considera absurdo que não possa confiar na regularidade atestada pelo próprio órgão autuador, conforme informações registradas nos *sites* da Receita Federal e Estadual.

Adentra ao princípio constitucional do não confisco e à ofensa ao direito de propriedade. Argumenta que as leis tributárias são confusas e obscuras e que tal “*fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante ao mercado de café, especialmente com referência ao PIS e COFINS*”.

Por fim, comenta a recusa do Órgão Julgador de primeira instância à realização de diligência. Repete que cabe ao Fisco fiscalizar a regularidade das empresas fornecedoras, que adquiriu toda mercadoria com nota fiscal, que não tem obrigação de fiscalizar os fornecedores e não tem qualquer tipo de solidariedade com os mesmos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ricardo Paulo Rosa.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do Recurso Voluntário.

Em sede preliminar, a Recorrente requer declaração de nulidade do Auto de Infração, por preterição ao direito de defesa. Argumenta que o Demonstrativo elaborado pela Fiscalização Federal deveria ter relacionado todas as notas fiscais cujos créditos foram glosados. Uma a uma.

Não vejo como isso possa ter prejudicado o exercício da defesa. No Relatório que serviu de base à autuação, os Auditores-Fiscais responsáveis pelo procedimento demonstram com clareza quais aquisições foram consideradas como tendo sido realizadas de forma irregular, acarretando a glosa do crédito correspondente, se não vejamos.

Os fornecedores da empresa COMÉRIO & COMÉRIO, abaixo relacionados, são empresas constituídas com o único objetivo de fornecer notas fiscais para dar cobertura ao esquema montado para gerar créditos de PIS e da COFINS para as empresas adquirentes de café. Trata-se de empresas inexistentes de fato, cujo relatório e documentação comprobatória da fraude encontram-se detalhados minuciosamente nos respectivos processos de inaptidão. Neste trabalho fizemos um pequeno resumo dos procedimentos realizados em cada processo de inaptidão e anexamos apenas o Processo 15586.000037/2009-18 da Colúmbia Com. de Café Ltda, caso seja necessário aos interessados conhecer em profundidade o esquema montado no mercado cafeeiro.

A seguir, são relacionadas em uma tabela todas as empresas citadas no parágrafo acima.

Se é possível conhecer quais aquisições não foram reconhecidas como passíveis de gerar crédito, então não vejo razão para reclamar a relação das notas fiscais correspondentes. O contribuinte, por óbvio, sabe quais são as notas fiscais glosadas.

Também não vislumbro problemas com utilização de evidências e provas colhidas em outro procedimento fiscal instaurado contra o mesmo contribuinte, assim como não os vejo em relação às delimitações contidas no Mandado de Procedimento Fiscal. Menos ainda, percebo motivo para que os procedimentos da Fiscalização sejam declarados nulos.

Tal como dispõe o artigo 59 do Decreto, são nulos apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou praticados com preterição do direito de defesa.

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.

(...)

Há patente delimitação contida na norma em relação ao universo dos acontecimentos atingidos pela nulidade.

De fato, logo a seguir essa restrição é confirmada pela recomendação de que as demais irregularidades, incorreções e omissões sejam sanadas.

Decreto 70.235/72

“Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio”.

Importante destacar, também, que a fase litigiosa do procedimento, como ninguém desconhece, inicia-se com a impugnação ao auto de infração, nos termos do Decreto 70.235/72.

“Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”.

Haverão de ser menos prováveis as falhas acontecidas ainda na fase de formalização da exigência que tragam prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Isto porque, uma vez que impugnado o auto de infração, inicia-se a fase na qual serão contestadas as acusações contidas no processo, o que é, justamente, o evento garantidor do direito que a parte tem de defender-se das acusações que lhe dirigidas.

No presente, a reclamação está relacionada à utilização de elementos extraídos de outro procedimento fiscal. Peço vênia para dizer que não vejo como isso possa ter dificultado o exercício da defesa.

Todos os fatos são de conhecimento do contribuinte.

Também não foi esclarecido quais particularidades de cada caso tornariam as provas obtidas em outro período imprestáveis para comprovação dos fatos neste acusados. Sem evidências, a afirmação ganhou roupagem meramente retórica.

Quanto às questões suscitadas a respeito dos poderes outorgados pelo Mandado de Procedimento Fiscal correspondente, de se dizer que a origem desse instrumento de controle da atividade fiscal remonta à Portaria 1.265, de 22 de novembro de 1999.

Como se depreende do seu texto normativo, o Mandado estava inserido em um conjunto de outras regras que tinham o propósito de consolidar critérios de planejamento e normas para execução do procedimento fiscal no âmbito da Secretaria da Receita Federal. O enunciado era o seguinte:

Dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Neste desiderato, a Portaria estabeleceu, em seu artigo segundo, que os procedimentos fiscais seriam instaurados mediante ordem específica.

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela SRF serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal – AFRF e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF. (grifei)

(...)

Trata-se de uma medida inserida dentro de programa de implementação de uma nova metodologia para o planejamento e controle da atividade fiscal, jamais pensado como instrumento garantidor do direito de defesa. Haverá de se reconhecer que ele atribui moralidade ao exercício da atividade fiscal e maior segurança nas relações fisco-contribuinte, mas daí até afirmar-se que aspectos relacionados aos poderes nele outorgados possam acarretar preterição do direito de defesa há uma distância abissal.

Noutro giro, tem-se que a competência para constituir o crédito tributário decorre de determinação expressa na Lei 5.172/66, o Código Tributário Nacional, que, como se sabe, tem status de Lei Complementar.

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.

A Lei nº 10.593/2002, com alterações posteriores, disciplina atualmente a investidura no cargo e especifica as competências dentro da Carreira.

“Art.” 3º O ingresso nos cargos das Carreiras disciplinadas nesta Lei far-se-á no primeiro padrão da classe inicial da respectiva tabela de vencimentos, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, exigindo-se curso superior em nível de graduação concluído ou habilitação legal equivalente.

“Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil”.

Art. 5º Fica criada a Carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil, composta pelos cargos de nível superior de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista-Tributário da Receita Federal do Brasil.

“Art. 6º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil”:

I - no exercício da competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em caráter privativo:

a) constituir, mediante lançamento, o crédito tributário e de contribuições; (grifos meus).

b) elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processos de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais;

c) executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados;

d) examinar a contabilidade de sociedades empresariais, empresários, órgãos, entidades, fundos e demais contribuintes, não se lhes aplicando as restrições previstas nos arts. 1.190 a 1.192 do Código Civil e observado o disposto no art. 1.193 do mesmo diploma legal;

e) proceder à orientação do sujeito passivo no tocante à interpretação da legislação tributária;

f) supervisionar as demais atividades de orientação ao contribuinte;

A conclusão é a de que não há no Mandado de Procedimento Fiscal nada que lhe atribua a conseqüência pretendida, nem por preterição ao direito de defesa, nem por falta de competência do agente responsável pelo procedimento.

Passo ao mérito.

Conforme se depreende do Relatório de Fiscalização as provas de formação do esquema fraudulento foram obtidas em depoimentos de diversos agentes envolvidos nesse tipo de transação. Observe-se como relata a Fiscalização Federal no Relatório de Fiscalização que fundamenta o Auto de Infração controvertido.

Para comprovar a existência do esquema de venda de notas fiscais, os Auditores-Fiscais ouviram vários agentes da cadeia de produção e comercialização de café, mais especificamente, produtores rurais, corretores e maquinistas. Outra vertente investigativa com o objetivo de colher provas sobre o modus operandi do esquema, foi coletar documentos e informações junto as instituições financeiras. Também foram coletados depoimentos dos gerentes e/ou responsáveis das instituições financeiras das contas movimentadas em nome de diversas empresas que se denominavam atacadistas de café.

Liminarmente, de se dizer que, a toda evidência, as empresas acusadas pelo Fisco de terem sido irregularmente constituídas de fato o foram. Nem me parece que a Recorrente conteste esse fato. Vale o mesmo para a real existência de uma organização engendrada com a finalidade específica de “vender de notas fiscais” geradoras de direito de créditos em valor superior ao atribuído à operação pela legislação vigente à época de ocorrência dos fatos.

Quanto a essas questões, ainda que, como disse, não seja matéria contestada em sede de Recurso Voluntário, acolho *in totum* os fundamentos esposados no Auto de Infração.

A contestação veiculada no Recurso Voluntário está relacionada ao fato de que todas as aquisições cujos créditos foram glosados pela Fiscalização Federal foram precedidas de consulta no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica e no Sintegra, nas quais a Recorrente diz ter obtido a informação de que empresas estavam em situação Ativa e Habilitada. Considera absurdo que não possa confiar na regularidade atestada pelos próprios Órgãos fiscalizadores e acrescenta: estranhamente, as empresas continuavam em situação regular no ano de 2009.

Visto assim, isoladamente, nenhum reparo haveria de ser feito a tais considerações. Contudo, nada disso pode prevalecer se demonstrado que a Recorrente sabia do esquema articulado para formação de créditos fraudados e dele fazia parte.

Aliás, não será demais acrescentar que, por óbvio, nenhum sistema de fiscalização tem condições que controlar cem por cento dos contribuintes.

Até se poderia discutir a possibilidade de que a responsabilidade da empresa fosse afastada em face das informações coletadas nos cadastros mantidos pelas Fazendas Nacional e Estadual, mas nunca quando demonstrado que ela não só conhecia como integrava o esquema.

Finalmente, no que se refere ao princípio constitucional do não confisco, à ofensa ao direito de propriedade e à confusão e obscuridade das leis tributárias, de se lembrar que falece competência a este tribunal administrativo para deixar de aplicar uma lei por alegação de inconstitucionalidade, conforme art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

É defeso a esta corte administrativa, salvo as hipóteses expressamente previstas no parágrafo único do artigo 62 supracitado, deixar de aplicar dispositivo legal formalmente válido sob pretexto de suposta violação constitucional ou princípios nela resguardados.

VOTO pela rejeição das preliminares arguidas e, no mérito, por negar provimento ao Recurso Voluntário.

Sala de Sessões, 28 de janeiro de 2014.

(assinatura digital)

Ricardo Paulo Rosa - Relator

CÓPIA