



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

Processo nº 10469.722229/2010-35
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **3803-000.634 – 3ª Turma Especial**
Data 11 de novembro de 2014
Assunto COFINS - RESSARCIMENTO
Recorrente CIDA - CENTRAL DE INDÚSTRIA. E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do redator designado. Vencidos os conselheiros Hécio Lafeté Reis (Relator) e Belchior Melo de Sousa. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Paulo Renato Mothes de Moraes.

(assinado digitalmente)

Corintho Oliveira Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Hécio Lafeté Reis - Relator.

(assinado digitalmente)

Paulo Renato Mothes de Moraes – Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Corintho Oliveira Machado (Presidente), Hécio Lafeté Reis (Relator), Belchior Melo de Sousa, João Alfredo Eduão Ferreira, Paulo Renato Mothes de Moraes (Redator designado) e Jorge Victor Rodrigues.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto para se contrapor à decisão da DRJ Recife/PE que julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade manejada pelo contribuinte para se defender contra o despacho decisório da repartição de origem que

reconhecera apenas em parte o crédito pleiteado, relativo a Pedido de Ressarcimento da Cofins, do 1º trimestre de 2005, no valor de R\$ 657.887,56, decorrente de exportação.

A repartição de origem, por meio de despacho decisório englobando todos os pedidos formulados pelo contribuinte relativamente a todos os trimestres de 2005, procedeu à glosa de parte do crédito pleiteado, em razão do fato de que parte das pessoas jurídicas fornecedoras de insumos (camarão), devidamente intimada, informou que os produtos vendidos ao contribuinte, sem lançamento da contribuição, ora foram comercializados com suspensão da contribuição social (com base no art. 9º da Lei nº 10.925, de 2004), ora com a isenção prevista no Decreto-lei nº 1.248, de 1972, ora por se tratar de mercadoria destinada à exportação.

O contribuinte havia obtido, com efeitos a partir de 8/4/2005, o Registro para Pessoa Jurídica Preponderantemente Exportadora, com suspensão da contribuição para o PIS e da Cofins nas aquisições de matérias-primas, produtos intermediário e material de embalagem, previsto no art. 40 da Lei 10.865, de 2004.

Cientificado do despacho decisório, o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade e requereu o reconhecimento do total do direito creditório pleiteado, bem como a disponibilização da parcela do crédito já deferida, alegando, após prestar esclarecimentos sobre a formulação em duplicidade dos pedidos, que das 21 pessoas jurídicas fornecedoras, apenas 14 apresentaram declarações (Dacon), na maioria informando a suspensão de PIS/Pasep e Cofins, por se tratar de mercadorias destinadas à exportação, sendo que nenhuma delas apresentou Memorando de Exportação ou outro documento comprobatório da referida operação.

Segundo o então Manifestante, a fiscalização solicitara das fornecedoras a apresentação de declaração e documentos comprobatórios, sendo que a maioria não atendeu o pedido, em razão do quê não se poderia ter presumido que tais fornecedoras haviam vendido as mercadorias sem a incidência de PIS e Cofins, como concluído no item 51 do Despacho Decisório, conclusão essa em total afronta aos princípios processuais da ampla defesa e do devido processo legal.

Ressaltou, ainda, o Manifestante, que o ato declaratório, de nº 017/2005, em que lhe fora reconhecida a condição de pessoa jurídica preponderantemente exportadora, fora exarado somente em 05/04/2005, sendo que, de acordo o quadro-resumo anexado, mais de 70% das exportações haviam ocorrido antes dessa data, inexistindo, então, a condição ensejadora da suspensão das contribuições.

A DRJ Recife/PE julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade, tendo o acórdão sido ementado nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL COFINS Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2005 INCIDÊNCIA NÃO CUMULATIVA. REGIME DE SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE FORMAL HABILITAÇÃO.

Era da adquirente, ora manifestante, a obrigação de informar seus fornecedores que naquelas aquisições realizadas entre janeiro e março de 2005, não estava ainda habilitada formalmente como PJ preponderantemente exportadora, por isso, a despeito de serem as

mercadorias adquiridas eventualmente destinadas à exportação ou ao mercado interno, nessas operações deviam incidir as contribuições.

OPERAÇÕES SUBMETIDAS À INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES. RESPONSABILIDADE DA ADQUIRENTE. NÃO SUBSISTE DIREITO CREDITÓRIO.

A adquirente desde sempre sabia que devia ser, por força de lei, a incidência daquelas contribuições naquelas operações, mas se calou, omitiu-se de corrigir o equívoco de suas fornecedoras, beneficiando-se injustificavelmente do erro para o qual concorreu. No primeiro momento, beneficiou-se com a indevida redução do preço das mercadorias, e depois, pretendendo tirar proveito da própria torpeza, ao pleitear suposto direito creditório em face da mesma incidência das contribuições que cuidou antes de esconder. Remanesceram devidas e não recolhidas as contribuições incidentes nas operações focadas.

Manifestação de Inconformidade Improcedente Direito Creditório Não Reconhecido No voto condutor do acórdão da DRJ Recife/PE, após as ponderações acerca da apresentação em duplicidade dos pedidos de ressarcimento, em papel e por meio eletrônico, constaram as seguintes constatações:

a) em relação a este processo, referente ao 1º trimestre de 2005, o contribuinte ainda não se encontrava habilitado à fruição do benefício da suspensão;

b) a conclusão da fiscalização não se trata de presunção, mas de decisão “fruto de análise fática e documental expostas no Relatório Fiscal e transcritas no despacho decisório recorrido, a partir de documentos e declarações fornecidos, pela ora manifestante e por suas fornecedoras, em resposta às intimações fiscais realizadas”;

c) “A alegação da ora manifestante parece pretender apontar responsabilidade exclusiva das suas fornecedoras, pela suposta não incidência, indevidamente indicada nas respectivas notas fiscais. Nesse rumo, pretender-se-ia afirmar que diante da efetiva incidência das contribuições não cumulativas, e em face do eventual equívoco das fornecedoras, quanto a uma não incidência apenas imaginada, deveria ser reconhecido à adquirente, ora manifestante, o correspondente direito creditório, sugerindo implicitamente que a responsabilidade pelo não recolhimento das contribuições ao erário, seria exclusivamente das suas fornecedoras, as mesmas que supuseram indevidamente a não incidência”;

d) “do engano de considerar a CIDA como se fosse PJ preponderantemente exportadora, as fornecedoras não obtinham nenhum benefício, mas ao contrário, a adquirente CIDA, sim iria beneficiar-se, de logo, com a redução indevida do custo das mercadorias adquiridas, pela exclusão indevida do peso das contribuições incidentes”;

e) “Não se pode deixar de notar nessa situação que com o posterior pedido de ressarcimento, pela adquirente CIDA, objeto deste processo, revela-se um toque de deslealdade em relação às suas fornecedoras, no 1º trimestre/2005, identificadas pela fiscalização, bem como de má-fé na sua relação com o Fisco”;

f) “na época a r. adquirente, vendo-se indevidamente beneficiada pelo engano de suas fornecedoras, omitiu-se de alertá-las quanto ao equívoco estampado em suas notas fiscais de venda, escudando-se em que continuaria sendo delas, fornecedoras, a obrigação de recolher

as contribuições incidentes por força de lei (Lei nº 10.637/2002), e quiçá poderia num segundo momento obter novo benefício, locupletando-se da própria torpeza, isto é, requerendo à administração tributária suposto crédito pelo PIS e COFINS cujas incidências foram intencionalmente escamoteadas das fornecedoras naquelas operações”;

g) “O engano cometido pelas fornecedoras, de tratar a adquirente, ora manifestante, com se fosse PJ preponderantemente exportadora já no 1º trimestre/2005, aparentemente resulta de sua má interpretação da legislação regente. A interpretação defeituosa evidencia falta de observância da Lei nº 10.865/04, e também da IN SRF nº 466/04 que veio, em apoio à norma legal referida, para esclarecer entre outros aspectos a necessidade de prévia habilitação da adquirente perante a Receita Federal, mediante a comprovação de requisitos indispensáveis ao seu formal reconhecimento como PJ preponderantemente exportadora, para o fim de obter o direito à suspensão da incidência”;

h) “Além de tudo, ainda que fosse possível compreender, em relação às fornecedoras, a má interpretação da então novel norma estabelecida no art.40 da Lei 10.865/04, c/a redação dada pela Lei nº 10.925/04, **o mesmo não caberia admitir para a adquirente, ora manifestante, tendo em vista que esta protocolou, ainda em 2004, seu pedido de formal habilitação perante a Receita Federal através do processo nº 16707.005679/2004-48, com o exato propósito de suprir os requisitos exigidos para a fruição do regime de suspensão da incidência**, isto é, para habilitar-se formalmente como PJ preponderantemente exportadora perante a Receita Federal, tendo obrigatoriamente conhecido a disciplina legislativa que exigia dela não apenas a prévia habilitação, como também suas obrigações em relação aos seus fornecedores, conforme destacado nos incisos I e II do art.7º da IN SRF466/04, bem como a responsabilidade tributária que para ela adviria nas hipóteses delineadas no parágrafo único do art.8º da mesma IN SRF”;

i) “cumpre notar que no mesmo equívoco incorreram quinze (15) empresas fornecedoras identificadas às fls.18, com relação às vendas de MP ou PI (camarões) realizadas à mesma adquirente CIDA no curso do 1º trimestre/2005, com registro nas respectivas notas fiscais do mesmo engano quanto a ser a adquirente beneficiária do regime de suspensão, fato que aliado ao obrigatório conhecimento, pela adquirente, ora manifestante, dos termos da IN SRF 466/04, em face do protocolo em 2004 do pedido de habilitação à Receita Federal, torna impossível que deixasse de perceber não apenas o erro de quinze fornecedoras, mas também o decorrente benefício indevido da própria adquirente, pela redução artificial do custo das mercadorias, com prejuízo ao erário, pela ausência de recolhimento das referidas contribuições, cujas incidências resultaram escamoteadas pela conduta omissiva da adquirente”;

j) “Tudo se passou para as fornecedoras, como se fossem operações não oneradas pelas contribuições, e como consequência o valor dessas contribuições não compôs o preço de venda das mercadorias, beneficiando-se a adquirente, ora manifestante, com preço indevidamente reduzido, e obviamente com prejuízo ao fisco, que não houve o devido recolhimento das contribuições incidentes. Desses fatos se extrai que remanesceram devidas e não recolhidas as contribuições incidentes naquelas operações, havendo nisso responsabilidade da ora manifestante”;

l) “Não se pode olvidar que foi essa mesma adquirente, ora manifestante, que deu causa, por sua omissão, a que a vendedora deixasse de incorporar ao preço das mercadorias o valor das contribuições incidentes, por acreditar na errônea aparência de ser a adquirente, já

naquela data, beneficiária do regime de suspensão da incidência, beneficiando-se a ora manifestante de preço indevidamente reduzido, em prejuízo do erário”;

m) “esta mesma empresa, ora manifestante, cuja conduta omissiva implicou na descon sideração da incidência das contribuições, tornou-se dessa forma também responsável por débito tributário sonegado ao fisco, e vem agora pretender neste processo o reconhecimento de crédito de COFINS, em valor correspondente justamente ao das contribuições subtraídas do erário, e que seria decorrente exatamente das incidências outrora contornadas”.

Cientificado da decisão em 13/11/2012, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 13/12/2012 (trata-se da data em que o recurso foi autenticado digitalmente no e-processo) e reiterou seu pedido de reconhecimento integral do crédito, devidamente atualizado com base na taxa Selic, alegando:

a) “do exame inicial do pedido do crédito, quando foi analisada a documentação da empresa, a regularidade da documentação e a pertinência do pedido, ficou demonstrado que todo o produto adquirido foi exportado e que, em princípio, a empresa tinha o direito ao crédito pleiteado”;

b) “quanto aos créditos discutidos no presente processo, referente ao 1º Trim./2005, a recorrente não estava habilitada como pessoa jurídica preponderantemente exportadora, nos termos do art. 40 da Lei n.º 10.865/2004, regulamentado pelo IN/SRF n.º466/2004”, sendo que o pedido de crédito foi quase totalmente negado por entenderem que os produtos foram adquiridos com suspensão do PIS e da Cofins;

c) “a suspensão na incidência de PIS/COFINS não é obrigatória, podendo, qualquer das partes, optar pela tributação normal”, sendo que, não “ficou demonstrado que a CIDA tenha declarado inveridicamente que atendia aos requisitos estabelecidos e estava habilitada perante a Receita Federal, como pessoa jurídica preponderantemente exportadora”;

d) “a maioria das empresas vendedoras não pagou o PIS e COFINS incidentes sobre suas vendas, erroneamente respaldadas na Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001”, sendo que “essa norma não abarcava as vendas feitas pelas empresas produtoras de camarão a CIDA, pois essa adquiria o produto para processamento e posterior exportação”. (...) “Na verdade, as empresas vendedoras deram interpretação errada quanto a incidência de PIS e COFINS dos seus produtos destinados a CIDA” e, por outro lado, “a CIDA não tinha como saber a forma que as empresas estavam tributando seus produtos, pois não há nas notas fiscais, qualquer informação sobre PIS e COFINS”;

e) “Respeitando os ditames legais, deveria ter sido cobrado o tributo devido da empresa vendedora, pois a essa não cabia alegar ignorância a lei, conforme bem frisado pela decisão recorrida”. Além disso, **“ser o produto destinado a exportação, não significa que não há incidência do PIS e COFINS, conforme supôs as empresas vendedoras”;**

f) as empresas informaram que não recolheram as contribuições sob a falsa premissa de que as vendas de produtos destinados à exportação seriam isentas, com base na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, o que não guarda nenhuma relação com o regime de suspensão previsto no art. 40 da Lei 10.865/2004, regulamentada pela IN/SRF n.º466/2004;

g) a informação constante das notas fiscais relativa à destinação ao exterior das mercadorias comercializadas pelas referidas empresas se refere ao ICMS e não às contribuições sociais, não havendo qualquer referência à suspensão das contribuições;

h) o valor das contribuições embutido no preço de venda dos produtos deveria ter sido reduzido do valor total, o que não ocorreu;

i) “Não há nos autos qualquer prova, tampouco nenhuma das empresas vendedoras informou que a CIDA declarou fraudulentamente estar habilitada no regime de suspensão do PIS e COFINS”;

j) “Não consta em nenhuma nota fiscal a informação sobre PIS e COFINS, seja de suspensão ou não incidência. As informações contidas referem-se especificamente a não incidência de ICMS de produto destinado a exportação, nos termos do Regulamento de ICMS – RICMS do Estado do Rio Grande do Norte”;

l) “Não há qualquer prova que os valores tenham sido reduzidos do preço de venda a CIDA”, não havendo, ainda, “qualquer prova que evidencie que a CIDA tinha conhecimento de que as empresas vendedoras estavam equivocadamente se valendo de uma interpretação errada de outra norma”.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Hélcio Lafetá Reis

Considerando que os autos contêm todos os dados necessários ao julgamento, posiciono-me desfavoravelmente à realização da diligência.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Hélcio Lafetá Reis – Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Paulo Renato Mothes de Moraes

Inicialmente destaco que o acórdão recorrido proferido pela DRJ/PE, em síntese, se pautou nas seguintes premissas:

a) nos termos do § 2º do art. 3º das Leis nº 10.637, de 2002, e 10.833, de 2003, não dá direito a crédito o valor da aquisição de bens e serviços não sujeitos a pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição;

b) nos termos do art. 5º da Lei nº 10.637, de 2002, e do art. 6º da Lei nº 10.833, de 2003, a contribuição não incide sobre exportação de mercadorias para o exterior e nem sobre venda a comercial exportadora para o fim específico de exportação;

c) a fornecedora deveria ter sido informada pelo adquirente da mercadoria acerca da aplicação do regime de suspensão condicionada desde 8/4/2005, e deveria esta ter-lhe informado o nº do ADE de sua habilitação, já publicado no DOU, além do dispositivo legal que lhe servia de fundamento, qual seja o art. 8º da IN SRF 466/04;

d) “ocorrida a exportação aperfeiçoa-se a não incidência na aquisição das mercadorias oportunamente exportadas, não havendo mais que se recolher ao erário a contribuição cuja incidência estava antes apenas suspensa” (...), “mas, evidentemente, não haverá para ela nenhum crédito de PIS/PASEP, consoante com os termos delineados expressamente no inciso II do § 2º do art. 3º da Lei 10.637/2002, c/a redação dada pela Lei 10.865/2004”;

Em tese, tais premissas são verdadeiras, contudo, a grande questão é saber se aplicáveis ao caso concreto.

Tenho dúvidas.

Primeiro, porque as operações entre os fornecedores de camarão e a ora Recorrente não estão abrangidas pela suspensão decorrente da lei. Explico - aqui ainda não analiso o artigo 40 da Lei 10.865/2004, que trata de mera ‘faculdade’ de uma empresa, preponderantemente exportadora, requerer perante a Administração Fazendária sua habilitação para fins de gozar do regime da suspensão.

Observo que no douto voto do Conselheiro Relator constou que a Fiscalização teria concluído que para as demais aquisições, em que não se comprovou o lançamento das contribuições, foram consideradas como submetidas à suspensão da incidência da contribuição, por força do contido no art. 9º da Lei nº 10.925, de 2004, eis que tratar-se-iam de aquisições junto a fornecedor agroindustrial.

Pois bem, tenho a impressão que a Lei 10.925/2004, que trata em seu artigo 8º de ‘crédito presumido’ e no artigo 9º da ‘suspensão’, não se aplica ao caso dos autos.

Vejamos o texto destes dispositivos:

Art. 8º As pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, que produzam mercadorias de origem animal ou vegetal, classificadas nos capítulos 2, 3, exceto os produtos vivos desse capítulo, e 4, 8 a 12, 15, 16 e 23, e nos códigos 03.02, 03.03, 03.04, 03.05, 0504.00, 0701.90.00, 0702.00.00, 0706.10.00, 07.08, 0709.90, 07.10, 07.12 a 07.14, exceto os códigos 0713.33.19, 0713.33.29 e 0713.33.99, 1701.11.00, 1701.99.00, 1702.90.00, 18.01, 18.03, 1804.00.00, 1805.00.00, 20.09, 2101.11.10 e 2209.00.00, todos da NCM, destinadas à alimentação humana ou animal, poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido, calculado sobre o valor dos bens referidos no inciso II do caput do art. 3º das Leis nºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, adquiridos de pessoa física ou recebidos de cooperado pessoa física.

§ 1º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às aquisições efetuadas de:

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de secar, limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos **in natura** de origem vegetal, classificados

nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, 12.01 e 18.01, todos da NCM; (redação original)

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos in natura de origem vegetal, classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, 12.01 e 18.01, todos da NCM; (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - cerealista que exerça cumulativamente as atividades de limpar, padronizar, armazenar e comercializar os produtos **in natura** de origem vegetal classificados nos códigos 09.01, 10.01 a 10.08, exceto os dos códigos 1006.20 e 1006.30, e 18.01, todos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM); (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013)

II - pessoa jurídica que exerça cumulativamente as atividades de transporte, resfriamento e venda a granel **de leite in natura**; e III - pessoa jurídica que exerça **atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária**. (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004)

Art. 9º A incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins **fica suspensa no caso de venda**; (Redação dada pela Lei nº 11.051, de 2004) (Vide Lei nº 12.058, de 2009) (Vide Lei nº 12.350, de 2010) (Vide Medida Provisória nº 545, de 2011) (Vide Lei nº 12.599, de 2012) (Vide Medida Provisória nº 582, de 2012) (~~Vide Medida Provisória nº 609, de 2013~~) (~~Vide Medida Provisória nº 609, de 2013~~) (Vide Lei nº 12.839, de 2013) (Vide Lei nº 12.865, de 2013)

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

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

III - de insumos destinados à produção das mercadorias referidas no caput do art. 8º desta Lei, **quando efetuada por pessoa jurídica ou cooperativa referidas no inciso III do § 1º do mencionado artigo**. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

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

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

II - não se aplica nas vendas efetuadas pelas pessoas jurídicas de que tratam os §§ 6º e 7º do art. 8º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

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

Resta claro que a suspensão tratada pelo artigo 9º da Lei 10.925/2004 cuida especificamente de três hipóteses:

venda de grãos (cerealistas);

venda de leite *in natura*;

venda de qualquer um dos produtos mencionados no caput do artigo 8º desde que realizada por pessoa jurídica que exerça atividade agropecuária e cooperativa de produção agropecuária Ou seja, a aquisição de matéria-prima (*camarão fresco*) para processamento e posterior exportação não se enquadra em nenhuma das hipóteses acima.

Segundo, porque a suspensão prevista no art. 40 da Lei 10.865/2004 é uma faculdade da empresa (i) que preencher os requisitos legais e normativos; (ii) que requerer sua respectiva habilitação perante a Administração Fazendária; (iii) e que informar seu fornecedor/vendedor que atende a todos os requisitos.

Assim, não se trata do regime de suspensão diretamente imposto pela lei sobre determinada operação, como visto acima, e sim uma faculdade.

A grande questão, portanto, é saber se após a habilitação da Recorrente, na qualidade de empresa preponderantemente exportadora, nos termos do ADE 17, de 05 de abril de 2005, a mesma está obrigada a efetivamente realizar suas aquisições sujeitas à suspensão.

Penso que não. E a razão é óbvia - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

E basta verificar a redação do artigo 40 da Lei 10.865/2004. Não há absolutamente nenhuma cominação legal neste sentido, qual seja, de tornar impositiva a suspensão a partir da habilitação de uma empresa na qualidade de preponderantemente exportadora.

Aliás, este próprio dispositivo já cuida de diversas hipóteses, que se não observadas determinadas prescrições, não se considerará a suspensão e haverá a incidência das contribuições.

A grande pá de cal vem da própria expressão *preponderantemente exportadora*. O que isso significa? Quem nem todas as suas operações se destinam ao mercado externo. Então é óbvio que a Recorrente tem o direito de fazer as suas aquisições sem usar a faculdade da suspensão, aliás, se destinada ao mercado interno, não há nem que se cogitar da incidência do artigo 40 da Lei 10.865/2004.

E mais, ainda que a Recorrente viesse a cogitar de exportar as aquisições que realiza junto aos seus fornecedores, a mesma estaria obrigada, se usasse a suspensão, a assim proceder dentro do prazo de 180 dias, sob pena de a Administração Fazendária considerar uma operação no mercado interno e resultar no pagamento das Contribuições.

Deste modo, não vejo como tornar impositivo o regime de suspensão à Recorrente, com base no artigo 40 da Lei 10.865/2004, mesmo após a sua habilitação, nos termos do ADE 17, de 05 de abril de 2005.

Derradeiramente, lembremos que existem diversas estratégias comerciais que envolvem o comércio exterior, sobretudo, em virtude de questões sazonais e de variação cambial. Muitas vezes o exportador adquire insumos/produtos/mercadorias, todavia, só vai consolidar o ato de comércio exterior em momento oportuno, sempre almejando o melhor

preço.

Por estas razões, entendo que somente as aquisições de camarão fresco, que efetivamente não se sujeitaram às Contribuições, por expressa observância da regra contida no artigo 40 da Lei 10.865/2004, é que não darão direito a crédito em favor da Recorrente.

Terceiro, porque a regra estampada do inciso II do § 2º do artigo 3º das Leis 10.637 e 10.833, de que não haverá crédito nas operações não alcançadas pelas contribuições, só tem aplicação quando estamos tratando de alíquota zero, isenção, suspensão ou a própria não incidência.

Vejamos:

Art. 3º - § 2º - Não dará direito a crédito o valor:

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento da contribuição, inclusive no caso de isenção, esse último quando revendidos ou utilizados como insumo em produtos ou serviços sujeitos à alíquota 0 (zero), isentos ou não alcançados pela contribuição.

Como visto, não é o caso dos autos, salvo, logicamente, aquelas aquisições realizadas pela Recorrente, efetivamente albergadas pela suspensão, que lhe é facultada a partir de sua habilitação como empresa preponderantemente exportadora, nos termos do ADE nº 17, de 05 de abril de 2005.

Mas daí trata-se de uma faculdade da Recorrente, cuja consequência é a de que nas aquisições de insumos, expressamente abrangidas pela suspensão, nos termos do ADE nº 17, de 05 de abril de 2005, não gera direito a crédito.

Todavia, naquelas operações em que nada constou acerca da suspensão, ainda que a Recorrente tivesse esta faculdade, impõe-se a incidência das contribuições, sob responsabilidade dos fornecedores.

Tendo em vista que as contribuições de PIS e COFINS não estão destacadas no documento fiscal que lastreia a operação comercial, como é o caso do ICMS e IPI, não pode a Recorrente ser tolhida do seu legítimo direito a crédito, justamente por culpa exclusiva do fornecedor, que deixou de declarar e/ou recolher.

Aqui cabia à Fiscalização efetuar o lançamento das contribuições contra estes fornecedores, mas jamais fundar o indeferimento do direito a crédito com base no disposto no inciso II do § 2º do artigo 3º das Leis 10.637 e 10.833.

Obviamente que esta regra se harmoniza com o princípio da não-cumulatividade, que rege o sistema das Contribuições, evitando que se tome crédito de etapa anterior que não sofreu a tributação.

Mas jamais esta regra pode ser interpretada e aplicada para impedir o legítimo direito a crédito em razão da eventual inadimplência do fornecedor da etapa anterior.

Quarto, porque não há que se falar na isenção tratada nos incisos III do artigo 5º da Lei 10.637 e inciso III do artigo 6º da Lei 10.833.

Tais dispositivos rezam que não incidirá as Contribuições quando tratar-se de **venda a empresa comercial exportadora com fim específico de exportação.**

Ora, vejamos que a não incidência depende de dois fatores:

Envolver empresa comercial exportadora;

(ii) CFOP que mencione que se trata de venda com fim específico de exportação
No tocante ao enquadramento de empresa como comercial exportadora tem-se legislação específica e vasta jurisprudência do CARF.

No tocante ao Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, vejamos os seguintes dispositivos:

Art.1º - As operações decorrentes de compra de mercadorias no mercado interno, quando realizadas por empresa comercial exportadora, para o fim específico de exportação, terão o tratamento tributário previsto neste Decreto-Lei.

Parágrafo único. Consideram-se destinadas ao fim específico de exportação as mercadorias que forem diretamente remetidas do estabelecimento do produtor-vendedor para:

a) embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora;

b) depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento.

Art.2º - O disposto no artigo anterior aplica-se às empresas comerciais exportadoras que satisfizerem os seguintes requisitos mínimos:

I - Registro especial na Carteira de Comércio Exterior do Banco do Brasil S/A. (CACEX) e na Secretaria da Receita Federal, de acordo com as normas aprovadas pelo Ministro da Fazenda;

II - Constituição sob forma de sociedade por ações, devendo ser nominativas as ações com direito a voto;

III - Capital mínimo fixado pelo Conselho Monetário Nacional.

Evidente que tanto as operações aqui examinadas quanto a própria Recorrente não se enquadram nos ditames da legislação supramencionada, senão vejamos:

(i) Não houve *embarque de exportação por conta e ordem da empresa comercial exportadora (art. 1º, inciso I)*, no caso a CIDA. Pelo contrário, a Recorrente adquiriu o camarão fresco, deu entrada em seu estabelecimento, fez o processamento necessário para atender às condições do mercado externo, e somente depois realizou a exportação.

(ii) Não houve depósito em entreposto, por conta e ordem da empresa comercial exportadora, sob regime aduaneiro extraordinário de exportação, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 1º, inciso II). Como já posto no item acima, o camarão fresco não saiu do fornecedor diretamente para recinto sob o regime aduaneiro extraordinário.

Pela simples verificação destes fatos, de pronto, já se faz necessário o afastamento do Decreto-Lei nº 1.248/72, e logicamente, da regra de não incidência prevista nos

incisos III do artigo 5º da Lei 10.637 e inciso III do artigo 6º da Lei 10.833, adotada pela fiscalização para indeferir o crédito.

Em suma, a Recorrente, aos olhos da própria lei, não se enquadra no conceito de comercial exportadora.

Mas isso não decorre apenas de questões logísticas, que até poderiam ser relativizadas em função do transcurso do tempo entre o Decreto-Lei nº 1.248/72 e as práticas de mercado contemporâneas.

Todavia, importa ver que a Recorrente também não preenche os demais requisitos do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.248/72.

Não há nada nos autos que demonstre que a CIDA é uma empresa registrada no SISCOMEX como comercial exportadora e tampouco perante a própria Secretaria da Receita Federal.

Veja-se que a própria fiscalização quedou-se inerte em demonstrar eventual registro da Recorrente, como comercial exportadora, em seu banco de dados.

Por isso, inaplicável o fundamento de que se tratou de uma venda a comercial exportadora e por isso não houve a incidência de PIS e COFINS. E isso já é o bastante para afastar o argumento que indefere o crédito.

Entretanto, convém ainda examinar se as aquisições feitas pela Recorrente estavam devidamente identificadas pelo CFOP relativo à “venda com fim específico de exportação”.

Data vênia, penso que não seja um mero carimbo ou até mesmo anotações manuais, inseridas na nota fiscal de venda do fornecedor para a Recorrente, que retratam a efetiva operação.

Do artigo 199¹ do CTN que nasce o CONFAZ. Por sua vez, este faz emergir, através do Convênio 05/1970, a tabela de Código Fiscal de Operações e de Prestações das Entradas de Mercadorias e Bens e da Aquisição de Serviços – CFOP.

Portanto, somente este código, de observância obrigatória, que se poderá inferir a natureza da operação, cuja lógica se harmoniza os artigos 100², III e IV e 113³, caput e § 2º, CTN.

¹ Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

² Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

³ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Me parece, então, ser completamente irrelevantes os simples carimbos e/ou anotações manuais existentes nas notas fiscais de aquisição da Recorrente, junto aos seus fornecedores, para fins de qualificar a operação como venda com fim específico de exportação.

Isso decorre, por expressa disposição legal, da indicação do CFOP correspondente.

Em suma, seja como for, este ponto ora tratado, da venda com fim específico de exportação, ponho aqui como mero *obiter dictum*, visto que a Recorrente não se enquadra no conceito de comercial exportadora, o que afasta, sobremaneira, a regra de não incidência prevista nos incisos III do artigo 5º da Lei 10.637 e inciso III do artigo 6º da Lei 10.833.

Por fim, por uma questão de coerência, não podemos deixar de considerar a própria jurisprudência do CARF sobre esta questão de comercial exportadora e venda com fim específico de exportação.

Destaco:

VENDAS NO MERCADO INTERNO. EXPORTAÇÃO As receitas de venda de mercadorias no mercado interno para empresa que não seja comercial exportadora, ainda que tenham sido efetuadas com o fim de exportação, estão sujeitas à incidência da Cofins. Somente as receitas decorrentes de vendas no mercado interno para empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação, são passíveis de exclusão da base de cálculo da contribuição. (Acórdão nº 3301-000.828 de 28/02/2011. Processo nº 10920.001956/2003-51 Rel. José Adão Vitorino de Moraes)

EMPRESA COMERCIAL EXPORTADORA - Não se considera como tal aquela constituída sem a observância dos requisitos mínimos previstos no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.248/72. Recurso a que se nega provimento. (Acórdão 202-11.835 de 22/02/2000. Processo 10920.000856/97-44, Rel. Tarácio Campelo Borges)

VENDAS COM FIM ESPECIFICO DE EXPORTAÇÃO. COMPROVAÇÃO. Consideram-se isentas da Cofins as receitas de vendas efetuadas com o fim específico de exportação quando comprovado que os produtos tenham sido remetidos diretamente do estabelecimento industrial para embarque de exportação ou para recintos alfandegados, por conta e ordem da empresa comercial exportadora. Sem esses requisitos, a venda não se equipara a exportação e é tributada pela Cofins. (Acórdão 3302-000.644 de 27/10/2010, Rel. Walber Jose da Silva, Processo nº 15586.000227/2008-54)

Quinto, porque o inciso IX do artigo 14 da Medida Provisória 2.158-35, de 2001 não se aplica a este caso, senão vejamos:

Art.14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

IX- de vendas, com fim específico de exportação para o exterior, a empresas exportadoras registradas na Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior;

Este comando legal se aplica quando há, de um lado (fornecedor/vendedor) *a venda com fim específico de exportação*; e de outro (adquirente/exportador) *a aquisição com fim específico de exportação*.

Como já anotado alhures, a Recorrente não vende o camarão fresco no mesmo estado que o adquire. Tal produção entra no estabelecimento da CIDA, para que a mesma efetue o devido processamento, e somente depois é que se dará a operação.

Por isso, não se trata de uma venda com fim específico de exportação.

A jurisprudência do CARF não destoa deste entendimento:

VENDAS COM FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO - São isentas de PIS e de COFINS, as receitas decorrentes de vendas de mercadorias e serviços com o fim específico de exportação, nos termos do art. 14, IX, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001. No caso de a empresa exportadora de que trata o Decreto-lei nº 1.248, 1972 alterar **as características do produto (industrialização) a ser exportado**, a receita proveniente dessa venda não é isenta de PIS e de COFINS, por não estar contemplada dentre as hipóteses de isenção previstas em lei. (acórdão nº 10517020, de 28/05/2008, Processo 11060.002226/2005-70, Rel. Irineu Biachi).

Ademais, aqui também a Fiscalização ficou-se inerte em demonstrar que a Recorrente estaria registrada como empresa exportadora perante a Secretaria de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, outra exigência que emerge deste comando legal em apreço.

Em tempo, cogito de que estes dispositivos, sobretudo, os incisos VIII e IX do artigo 14 da Medida Provisória 2.158-35/2001 estejam revogados pelo advento das Leis 10.637 e 10.833.

Atualmente vigora em nosso sistema a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja redação foi introduzida pela Lei nº 12.376, de 2010, alterando o Decreto-lei nº 4.657, de 1942.

Neste diploma, destaco a regra prevista no § 1º do artigo 2º, que tem a seguinte redação:

Art. 2º § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Ora, não há dúvida de que são as Leis 10.637 e 10.833 que regulam o sistema das contribuições de PIS e COFINS, inclusive expressamente quanto à não incidência no caso de venda com fim específico de exportação.

Partindo desta premissa, razoável entender que o inciso IX do artigo 14 da MP 2.158-35 encontra-se tacitamente revogado.

De qualquer sorte, a eventual revogação aqui levantada tem o condão de um raciocínio *obiter dictum*, pois em razão do processamento dos camarões frescos por parte da Recorrente já se tem uma situação fática da qual não se subsume à norma em tela.

Conclusões: Acredito que a Recorrente tem o direito, pelo menos parcialmente, aos créditos pleiteados.

Contudo, não estou aqui a tratar efetivamente de voto, mas apenas explicar a razão pela qual entendo necessário que se proceda uma diligência, no intuito de esclarecer inúmeras questões essenciais, inclusive que afetam ao próprio mérito da discussão sobre o direito a crédito.

Tais esclarecimentos, posteriormente, deverão ser levados em consideração para se delimitar a extensão de eventual provimento deste Recurso Voluntário.

Proponho, então, que os autos sejam baixados à origem, para que sejam esclarecidos os seguintes pontos:

1) a partir das notas fiscais, identificar quais aquisições realizadas pela CIDA não tem nenhum carimbo ou anotação manual mencionando se tratar de mercadoria/produto destinado à exportação;

2) a partir das notas fiscais, identificar quais as aquisições realizadas pela CIDA não estão identificadas com o CFOP próprio de vendas com fim específico de exportação;

3) a partir das notas fiscais, identificar quais as aquisições realizadas pela CIDA não estão identificadas com o regime de suspensão na forma do artigo 40 da Lei 10865/2004 e quais outras, porventura, estão;

4) informar, comprovadamente mediante o registro próprio, se a CIDA enquadra-se como empresa comercial exportadora, nos termos do Decreto-Lei nº 1.248/72;

5) quantificar as identificações descritas nos itens 1, 2 e 3, através de planilha, contendo no mínimo, quatro colunas, indicando o nome e CNPJ do fornecedor; o valor total da nota fiscal; o correspondente crédito a PIS e por último o correspondente crédito de COFINS;

NOTA: quando da quantificação mencionada no item 6, não efetuar o cálculo em duplicidade ou triplicidade, pois possível que hajam aquisições que enquadram-se nas três possibilidades. Neste caso, fazer o devido destaque.

Cumpridas as tarefas acima, a douda fiscalização deverá intimar o contribuinte, para que no prazo de 30 (trinta) dia, se manifeste sobre a conclusão da diligência, oportunizando assim o devido contraditório.

Ato contínuo, devolva-se o processo ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF para prosseguimento do julgamento.

Diante do exposto, voto por baixar os autos em diligência para que sejam esclarecidos os pontos supra mencionados.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Paulo Renato Mothes de Moraes.

Processo nº 10469.722229/2010-35
Resolução nº **3803-000.634**

S3-TE03
Fl. 128

CÓPIA