

PROCESSO - A.I. Nº 294888.0003/00-9
RECORRENTE - H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 2º CJF nº 2086-12/01
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 20.03.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0007-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a Decisão Recorrida. As decisões invocadas foram de JJF, imprestáveis por não serem definitivas no processo administrativo e as de Câmaras foram não providas, em decisões contrárias aos recorrentes e as outras com fundamentações diversas do presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista impetrado pela Empresa, tendo em vista a Decisão exarada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF que considerou o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte **NÃO PROVIDO**, ratificando a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe através do Acórdão nº 0866/01, exigindo pagamento do imposto no valor de R\$30.230,10, mais multa de 60% em razão de registro de operações tributadas como não tributadas, regularmente escrituradas.

Ao declarar procedência do Auto de Infração, a 1ª JJF utilizou-se do argumento que a imunidade suscitada somente alcança as exportações. Explicou que a União, no âmbito de sua competência de tributar, desobrigou os contribuintes de recolher tributo que lhe cabe, mas não podendo a legislação federal se impor sobre a tributação dos Estados membros, por força do art. 151, III, da CF, vez que o ICMS é imposto a eles privativo. Assim, como a legislação baiana não equiparou a vendas de jóias e pedras preciosas, no mercado interno a não residentes, à operação de exportação; e não existindo Convênio pertinente à matéria, a legislação federal somente alcança tributos de sua competência, as vendas objeto do presente Auto de Infração são passíveis de tributação. Aduziu que, posteriormente, a partir de 01/11/99, com a modificação do RICMS/97 tais vendas passaram a ser consideradas como exportação, mas sem efeito retroativo condicionando-as às condições do art. 582-A e como o objeto do Auto de Infração atinge operações nos meses de 1999, o autuado deveria ter provado ser possuidor de regime especial. Como nada provou, considerou correta a autuação. Sobre a multa aplicada, citou o art. 169, parágrafo único do RPAF/99 para concluir que sua redução deve ser apreciada pela Câmara superior.

Houve voto discordante, no sentido de que as operações objeto do presente Auto de Infração, devem ser consideradas exportações. Entendeu que, assim como a União não pode dizer quando é ou não devido o ICMS, o Estado não pode dizer se essa ou aquela operação é ou não uma operação de exportação. Portanto, não há invasão de competência da União. Disse que, se o órgão competente para legislar sobre comércio exterior, diz que as vendas de jóias e similares,

com pagamento em moeda estrangeira e realizada no mercado interno a pessoas não residentes no país são *exportações*, como será possível, pergunta, dizer-se que tais vendas não são exportações. Entende que quando a legislação federal “considera exportação” as referidas operações, não se trata de uma ficção jurídica, trata-se realmente de casos típicos de operações cujas mercadorias destinam-se ao exterior

Posteriormente, disse que, para efeito de isenção do tributo estadual, o que conta é se a operação destina ao exterior produtos industrializados. Nesse ponto, salientou que trata-se de vendas a turistas estrangeiros, devidamente individualizados por seus passaportes, com especificação de seus respectivos endereços no exterior e com indicação da negociação em moeda estrangeira, sendo os pagamentos condicionados ao posterior fechamento de câmbio e à conversão em moeda nacional, havendo inclusive os Registros de Exportações, devidamente averbados pela repartição aduaneira, com os números dos despachos fornecidos pelo SISCOMEX comprovando a exportação, com indicação da unidade de despacho, da unidade de embarque e da data de transposição da fronteira, concluiu, então, que as operações dizem respeito a mercadorias destinadas ao exterior. Assim, enquadra-se na hipótese de isenção. Depois, relatou sobre os dois regimes de exportação, chamados tradicional e simplificado. Afirmou que o contribuinte se comportou em atendimento ao regime simplificado, porque as operações estão sob essa égide..

O recorrente ao interpor o Recurso Voluntário alegou que a Decisão Recorrida não poderia prosperar porque as operações realizadas são efetivamente exportações de mercadorias industrializadas, imune ao ICMS, conforme CF. Fez um breve preâmbulo quanto à sua importância no comércio de jóias brasileiras e sobre suas operações de exportação. Relatou que a instituição do Decreto Federal nº 99.472/90, que criou o DEE (Documento Especial para Exportação) o qual deve ser utilizado para a realização de exportação de mercadorias listadas nas portarias do SECEX, onde se inclui pedras preciosas, estabeleceu, também, que é exportação a venda de jóias para residente no exterior, com pagamento em moeda estrangeira. Por outro lado, a redação da Portaria nº 2/98 aponta que são consideradas exportações, operações tipo a que foi objeto da autuação. Afirmou que, com a criação do DEE, as operações de exportação, que até então era de fato, também passou a ser de direito. Citou a Constituição Federal para afirmar que não incide ICMS sobre operações de exportação de produtos industrializados, que a União é competente para legislar sobre comércio exterior e que no CTN se considera normas complementares os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas. Concluiu, assim, que a legislação federal possui eficácia para qualquer destinatário. Citou, para justificar a não incidência do imposto sobre exportação, o art. 6º, II, do Decreto nº 6284/97. Descreveu o seu procedimento adotado nas vendas e afirmou que a exportação efetuada seguiu o comando da Constituição. Após resumir os argumentos até então apresentados, acrescentou que o presente PAF foi convertido em diligência à ASTEC e, a partir de seu pronunciamento, ficou claro que as mercadorias objeto da autuação foram devidamente destinadas ao exterior, por isso, não é passível de incidência do imposto, conforme a CF e a legislação estadual.

Por fim, no caso de não ser julgado improcedente a infração objeto do Auto de Infração, questionou a aplicação de 60% de multa, pedindo sua redução ou cancelamento, por equidade, pois procedeu-se devidamente. Pede o provimento do Recurso apresentado.

A PROFZ, em parecer, opina pelo improvimento do Recurso apresentado. Entendeu que o fato de a Constituição atribuir a União competência para legislar sobre comércio exterior não lhe possibilita desonerar operações tributadas pelo ICMS. À época do fato gerador, não havia na legislação estadual dispositivo que equiparasse as operações internas de jóias a residentes no exterior à operação de exportação. Além disso, entendeu que não há que se falar em imunidade tributária, pois a União, ao realizar a referida equiparação, concede benefício fiscal relativo a verdadeira isenção e não imunidade tributária. Em resumo, disse que o objeto do Auto de

Infração são as operações internas a não residentes no país, que a União equipara a exportação, concedendo, assim, isenção a produtos listados expressamente mediante Portaria Federal no âmbito de sua competência. Assim, este não deve ser aplicado ao Estado, porque o art. 150, parágrafo 6º da CF aponta que qualquer isenção só poderá ser concedida mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, de acordo com a suas competências respectivas. A concessão de isenção das operações objeto do Auto de Infração em análise somente ocorreu a partir de 01.11.99, com modificação da legislação estadual.

VOTO VENCIDO NA DECISÃO RECORRIDA

“Considerando os elementos processuais e, principalmente, a fundamentação do voto discordante proferido em sede de Primeira Instância, cuja argumentação teve o condão de provocar a mudança do entendimento que até então acompanhei, verifico que a Decisão Recorrida merece revisão.

Trata o presente caso de exigência de imposto, em razão de registro de operações regularmente escrituradas, como não tributadas, devido a saídas de mercadorias no mercado interno para não residente no país, considerando-as como destinadas ao exterior.

Restou demonstrado pelo Relator do voto discordante que a legislação estadual que regulava a matéria à época do fato gerador, o art. 3º, II, da Lei n.º 7.014/96, dispunha que o ICMS não incidia sobre operações que destinavam mercadorias ou serviços ao exterior. A partir daí, no caso em apreço, resta identificar se as operações objeto da presente autuação estão ou não amparadas nesse dispositivo legal.

Assim, concordando com o teor do referido voto, passo a sintetizar a sua análise:

As operações autuadas, de acordo com os documentos acostados aos autos, referem-se a vendas de mercadorias a turistas estrangeiros, devidamente individualizados por seus passaportes, com especificação de seus endereços no exterior e com a indicação de que o negócio foi realizado em moeda estrangeira, sendo o pagamento condicionado ao posterior fechamento de câmbio e à conversão em moeda nacional. Por se tratar de vendas de jóias e pedras preciosas a não residentes no Brasil, a União estabelecia procedimentos especiais para a sua realização, e os documentos emitidos por esta têm força instrutória suficiente para comprovar se houve a destinação das mercadorias ao exterior.

Conforme os elementos constantes dos autos, pode-se verificar que as operações tiveram o Registro de Exportações devidamente averbados pela repartição aduaneira, com o número dos despachos fornecidos pelo SISCOMEX comprovando-a, com indicação da unidade de despacho, da unidade de embarque e da data de transposição da fronteira, e foram comprovadas através de Documentos Especial de Controle, confirmando que estavam de acordo com a Portaria 23/97 e com o Decreto Federal n.º 99.472/90. Portanto, as operações se enquadravam perfeitamente no chamado regime de exportação simplificado, que embora com esta adjetivação, submete as vendas realizadas a procedimentos que determinam com segurança se as mercadorias foram destinadas ao exterior.

Assim, forçoso se faz concluir que as mercadorias objeto da autuação foram devidamente destinadas ao exterior, porque assim comprovam a documentação acostada ao PAF, que advieram, inclusive, de Órgãos Federais de inteira confiança. De maneira que as operações se enquadram na hipótese de não incidência constante no art. 3º, II, da Lei n.º 7.014/96.

Por fim, vale ressaltar que os documentos comprobatórios constantes do PAF não demonstram invasão por parte da União em competência reservada aos Estados. Ao revés, a União determina os procedimentos adotados em relação ao comércio com estrangeiros por força do art. 22, VIII da CF que lhe confere poder para legislar sobre comércio exterior. Quando os documentos anexados aos autos demonstram que as operações seguiram as determinações relativas ao comércio exterior, apenas atestam que as mercadorias foram destinadas ao exterior, enquadram-se na legislação estadual pertinente a não incidência tributária.

Pelo exposto, divergindo, com a *devida venia*, do parecer da douta Procuradoria, voto pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado”.

VOTO VENCEDOR NA DECISÃO RECORRIDA

“Discordo do entendimento do Ilustre relator quanto a sustentação de que as operações, objeto da autuação, estaria demonstrada que não incidiria o imposto, por estar regulada à época do fato gerador, pelo art. 3º, inciso II da Lei nº 7.014/96, como afirmou o Relator do Voto Discordante da Decisão Recorrida, ora apreciada em grau de Recurso Voluntário.

Não prospera tal assertiva, visto que a imputação qual seja, venda de jóias a estrangeiros não residentes no país, não se subsume ao texto do inciso referido, que trata da não incidência, e prevê não apenas em relação os produtos industrializados, mas também os primários e os produtos industrializados semi-elaborados.

Ocorre, que não obstante o Estado da Bahia, através do Decreto nº 7.725/99, com a alteração nº 14, do RICMS em vigor, conforme dispõe o art. 582-A, tenha reconhecido que a partir de 01/11/99, se equipara à exportação, as operações de vendas de pedras preciosas e semi-preciosas, a não residentes no país, estabeleceu no mesmo dispositivo que o contribuinte deve requerer o Regime Especial, obedecendo ainda as condições nele estabelecidas.

Assim, não pode a autuação que se reporta ao período de 01/01/99 a 31/12/99, ser alcançado pela regra que desonerou o contribuinte/recorrente do pagamento do imposto nas operações que realizem para estrangeiros, relativos a jóias e pedras preciosas.

A alegação de que o Decreto Federal nº 99472/90 e a Portaria 23/97 têm aplicação ao caso. não prospera porquanto não pode a União ingerir na competência dos Estados, para desonerar o imposto relativo a operações de circulação de mercadorias, visto que decorre de prerrogativa constitucional conferida na Constituição Federal/88, ao conferir a competência aos Estados para legislar sobre os impostos por ele instituídos, *in casu*, o ICMS. Assim sendo, não obstante tenha a União a competência para legislar sobre exportação e importação, não lhe confere essa mesma competência relativamente ao ICMS, desonerando operações sobre as quais incidam o pagamento do imposto estadual.

Por outro lado, não há o que se falar em que se deva aplicar o art. 582-A do RICMS/97, introduzido na legislação estadual com o Decreto nº 7.725/99, já mencionado, pois não tem o mesmo caráter interpretativo, que possibilite retroagir para alcançar fato pretérito, e produzir o efeito pretendido pelo recorrente, qual seja o de não incidir ICMS sobre as referidas operações.

Ademais, a regra do artigo supra citado, impõe ao conhecimento a condição de atender ao requisito ali exigido, qual seja, o de requerer o Regime Especial.

A matéria em questão, já foi objeto de vários processos discutidos no âmbito deste contencioso administrativo fiscal, onde prevaleceu o entendimento de que trata-se de operação interna, e o

Estado não está sujeito à legislação federal, sob o argumento do contribuinte de que o art. 22, inciso VIII da Carta Magna outorga a competência à União para legislar sobre comércio exterior. De fato a atribuição à União, é inclusive privativa, de legislar sobre comércio exterior, pois diz respeito à política de promover o desenvolvimento na área de exportação e importação e o legislador constitucional cuidou de aferir a competência a União. Por outro lado, ao dividir as competências para instituir impostos, a própria Constituição atribuiu aos três entes de governo (União, Estados e Municípios), quais os impostos que cabe a cada um instituir e legislar sobre os mesmos.

Portanto, embora tenha o Estado da Bahia, revisto o seu posicionamento, passando a equiparar às exportações as operações objeto da presente ação fiscal, contudo o fato é que à época do fato gerador, o benefício fiscal não tinha previsão legal.

Vale ressaltar que o CONSEF, vem decidindo, ainda que de modo não unânime, quanto à matéria em lide, que inexistia norma desonerativa na legislação estadual do ICMS, anterior ao Decreto Estadual (7725/99) multicitado, que passou a vigorar a partir, repito, de 01/11/99.

Por todo o exposto, dirijo do voto proferido pelo Relator, e acolhendo o Parecer da PROFAZ exarado nos autos, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão Recorrida”.

RECURSO DE REVISTA

O recorrente ao interpor seu Recurso de Revista trouxe como paradigmas para obter a admissibilidade de acordo com o que determina a norma do Art. 169, II, “a” do RPAF/99 os Acórdãos nºs 4ª JF 1589/99; 1ª JF 0112/01; 4ª Câmara 4442/98; Resoluções 3ª Câmara nº 3156/98; 1ª Câmara nº 3660/07 e Acórdão 1ª Câmara nº 0713/01.

Aduz que a exigência do RPAF é de que seja apresentada divergência de entendimento, ou que não significa dizer, divergência de julgamento. No presente caso, aponta que o entendimento manifestado pela 4ª Câmara, através de (3) três dos seus Componentes (pois a decisão foi por maioria), Resolução nº 4.442/98, diverge do entendimento da 3ª câmara, conforme Resolução nº 3.156/98, igualmente manifestado por (3) três de seus Componentes, sendo que o mesmo entendimento foi mantido através do voto do Sr. Presidente da Câmara. Dentro dessa visão lógica e legal, segue, como paradigma, a Resolução nº 3.156/98, da 3ª Câmara.

Na hipótese de não ser admitida a Resolução acima citada como paradigma, por segurança, o autuado cita as Resoluções 3.660/97 e 0713/01, ambas da 1ª Câmara, que tratam das mesmas questões, ou seja EXPORTAÇÃO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO e COMPROVAÇÃO DA EFETIVA EXPORTAÇÃO.

Lembra que as únicas diferenças entre as mencionadas decisões é o tipo da mercadoria, questão, assim, pertinente ao mérito, que não possui o condão de afastar a admissibilidade do Recurso, justamente por se tratar de mérito. Pede por fim que seja CONHECIDO o Recurso de Revista, para que no Mérito, seja o Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE por ter sido as operações ato de exportar sendo alcançadas pela imunidade firmada nas disposições expressas firmadas a partir das alterações trazidas pelo Decreto nº 7725/99, vigentes a partir de 01/11/99, através da qual ficou expressamente determinado que as operações de vendas de pedras preciosas, semi-preciosas, metais preciosos, suas obras e artefatos de joalheria, a não residentes no país, realizadas no mercado interno com pagamento de moeda estrangeira, mediante Regime Especial, equipara-se à exportação.

Acrescenta que caso a condenação seja mantida, deve ser cancelada a multa por infração, pois não há no processo nenhum indício de fraude, dolo ou simulação. Pelo contrário, a autuação teve como base os documentos emitidos e escriturados pelo recorrente.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 699, nos seguintes termos:

“A empresa interpõe o presente recurso de revista com base na transcrição de votos vencidos em julgamentos pela procedência de autuações iguais a esta, em autos lavrados contra a empresa, alega para tanto que a legislação fala de modo geral sobre divergência. Obviamente que é divergência de entendimentos de Câmara, como órgão julgador e não de voto, que retrata o entendimento individual do Conselheiro, mormente quando vencido no colegiado.

Alega ainda existir decisões de Juntas, que lhe serviriam de paradigma, as quais anexas ao recurso. Efetivamente são decisões em processos idênticos a este, proferidas de forma diversa, porém essas decisões ainda não são definitivas na esfera administrativa, como de fato foram alteradas pela Câmara.

Por fim, o recorrente anexa outras duas resoluções, as de nºs 3660/97 e 0713/01 e sustenta serem relativas a processos idênticos, a este, o que não se verifica com a análise das mesmas, a primeira refere-se a exportação de suco integral que a fiscalização trata como produtos semi-elaborados e que ficam evidenciados como industrializados e exonerados de ICMS. A segunda trata de alegação de venda no mercado interno de blocos de granito, e que fica provado que foram exportados. Assim, fica evidente que tratam de questões completamente diversas da analisada e submetida a julgamento.

Ante o exposto, o opinativo é pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista”.

VOTO

Dado a análise e exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o recorrente trouxe à lide para obter a admissibilidade da sua peça recursal os Acórdãos 4ª JJF nº 1589/99; 1ª JJF nº 0112/01 que foram julgados Improcedentes em matéria de igual teor. Entretanto, os citados Acórdãos são oriundos de Juntas de Julgamento Fiscal, que, sabemos, que estas decisões não foram as definitivas na esfera administrativa, fato este, que as coloca como imprestáveis para servirem de paradigmas.

O recorrente trouxe ainda as Resoluções da 4ª Câmara nº 4442/98 e a da 3ª Câmara nº 3156/98, sendo ambas as decisões exaradas contra o próprio recorrente e referente à mesma matéria questionada. Porém, tanto a primeira como a segunda foram conhecidas e no mérito tiveram voto vencedor pelo Não Provimento. Assim, as mesmas não possuem a admissibilidade desejada.

Aduz a empresa que a Resolução 1ª Câmara nº 3660/97, julgada Improcedente, e o Acórdão 1ª Câmara nº 0713/01, julgado Procedente em Parte, trazem em seus decisórios a admissibilidade perseguida, por serem relativas a processos idênticos no tocante às matérias guerreadas. Contudo, este Relator observou que a Resolução e o Acórdão citada/o e apensada/o aos autos diz respeito quanto à Resolução a suco integral tratado pela SEFAZ como produto semi-elaborado portanto, considerado produto industrializado e exonerado de ICMS. Quanto ao Acórdão, refere-se a blocos de granito em venda no mercado interno com comprovação da sua exportação. Sendo evidente que tratam tanto a Resolução quanto o Acórdão de questões diversas da que deu origem ao contestado. Por isso, também não trazem a admissibilidade para obter o conhecimento.

Do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

VOTO DISCORDANTE:

Peço “*venia*” ao nobre Relator deste processo, para divergir dos seus fundamentos e entendimentos.

O assunto em questão neste Recurso de Revista é por demais conhecido deste CONSEF, que em decisões não unânimes, tem decidido que, operações de vendas de jóias e pedras preciosas para pessoas residentes no exterior e em moeda estrangeira não são exportações.

Quanto ao conhecimento do Recurso, quero citar as decisões unânimes de Juntas de Julgamento Fiscal, compostas por 3 Auditores fiscais de competência comprovada e reconhecida, que consideram as operações glosadas como exportações.

A seguir quero argüir e lembrar o previsto pelo artigo 2º, do RPAF/99 que diz: “Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia da ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

Lembro que, operações de vendas de jóias e pedras preciosas, às pessoas de outra nacionalidade ou não, residentes no exterior, e em moeda estrangeira, não serem consideradas operações de exportação, temos que mudar o dicionário da língua portuguesa, para alterar o sentido deste vocábulo.

Quero salientar que as operações glosadas (todas), estão devidamente escrituradas nos livros próprios, o que prova, procedimento correto do autuado.

Para não se falar em imunidade ou não incidência do ICMS nas exportações previstas na nossa CF, o próprio Estado da Bahia, reconheceu o direito da isenção sobre as operações glosadas quando, através do Decreto nº 7725/99, procedeu a Alteração nº 14 no RICMS, conforme seu artigo 582, § 2º, que, mediante Regime Especial requerido, aplica a não incidência do imposto nas operações objeto deste procedimento fiscal.

Neste momento, cabe a pergunta: A partir da publicação do Decreto nº 7725/99, as operações glosadas são consideradas exportações sem incidência do ICMS, e antes deste Decreto reconhecedor, as mesmas operações não eram exportações?

Argüindo o previsto pelo artigo 2º do RPAF/99, como sejam os princípios da verdade material e do informalismo, as decisões unânimes de Juntas de Julgamento Fiscal composta por 3 auditores fazendários, e muito preocupado em salvaguardar o interesse público, face a sucumbência do nosso Estado e pagamento de honorários advocatícios em torno de 20% do valor das causas, e também lembrando o Decreto nº 7725/99, é que, voto pelo CONHECIMENTO deste Recurso de Revista, para que adentremos ao mérito, e façamos a devida justiça ao recorrente e ao nosso Estado da Bahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 294888.0003/00-9**, lavrado contra **H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.230,10**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MAX RODRIGUEZ MUNIZ- VOTO DISCORDANTE

MARIA JOSÉ R. COELHO LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ