

PROCESSO - A.I. Nº 110429.0001/01-8
RECORRENTE - H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 2216-12/01
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 16.04.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0028-21/02

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 consequente demonstração da identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. As decisões invocadas dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Inexistência de previsão legal para acolhimento de entendimento consignado em Voto Vencido para fim de satisfação do requisito de admissibilidade. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista apresentado pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 2216-12/01 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente interposto contra Decisão de Primeira Instância que julgou Procedente o Auto de Infração em referência.

Inicialmente alega o recorrente que a Decisão da 2ª CJF merece urgente reforma por estar em dissonância com a regra estabelecida no art. 155 da Constituição Federal que estabelece a não incidência do ICMS e, em matéria constitucional, a imunidade nas exportações.

Passa a explicar e comentar o seu entendimento a respeito do significado do verbo exportar, aduzindo em seguida que, a partir das alterações trazidas pelo Decreto nº 7.725/99 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 em moeda estrangeira, mediante Regime Especial, equipara-se à exportação. Considera que demonstrou que as mercadorias se destinavam ao exterior e não há como se estabelecer restrições ao fato de serem adquiridas por consumidores finais e não por empresas.

Em seguida, apresenta um breve histórico de suas operações e, referindo-se ao fundamento da Decisão ora Recorrida, destaca que “parte do Egrégio CONSEF ainda não entendeu o cerne que envolve a presente lide administrativa”.

Adentra as Razões de Mérito e objetivando “delinear seu Recurso” transcreve o que denomina de “os mais que brilhantes votos dos Senhores Conselheiros Relatores do Voto Vencido no Auto de Infração nº 03274051/97, Resolução nº 3.156/98, e do Voto Vencido no Auto de Infração nº 030067718/94, Resolução nº 4.442/98” sendo o primeiro de autoria do Conselheiro José Raimundo F. Santos e, o segundo, do Conselheiro Reginaldo Brito.

Considera que os votos acima referidos, refletem toda a tese que defende e se complementam. Cita que o Voto Vencedor na Resolução nº 3.156/98 afasta a necessidade de a legislação da Bahia

prever imunidade tributária, em face de competência constitucional e, não obstante, alerta que o RICMS, embora de forma redundante, contém a previsão da não incidência. Diante disto entende que deixa claro que a exportação é imune (produto industrializado) e que, se destinado a mercadoria ao exterior, a imunidade se opera sem qualquer interferência da norma infra-constitucional.

Diz que o voto inserido na Resolução nº 4442/98, além de ratificar a posição acima, aduz que não existiu invasão de competência de qualquer esfera de governo, sendo a normatização do comércio exterior exercido pela União e a isenção do ICMS exercida pelo Estado. Afirma que tudo isto ocorre no presente caso, é de imunidade constitucional.

Argumenta que a exoneração, no presente caso, decorre de imunidade tributária, a qual deve se sujeitar a União e os Estados, enquanto que a exoneração não foi feita mediante Portaria Federal como fez entender o ilustre Relator do Voto Vencedor.

Para concluir diz que o Voto Vencedor da Resolução nº 3156/98 deixa claro que a imunidade alcança as operações que destinam mercadorias ao exterior, não existindo, inclusive na legislação do Estado da Bahia, dispositivo que impeça a tradição da coisa ainda no território nacional, indagando em seguida : Onde estão as mercadorias comercializadas nesse exato momento? Responde, afirmando que se encontram em diversos países, com os seus legítimos proprietários.

Defende que torna-se imperativa a reforma da Decisão Recorrida, que o CONSEF tem se fixado nas falsas premissas de que as operações “Não encontram amparo na legislação ordinária e, imaginem , constitucional”.

Afirma que a legislação tributária do Estado da Bahia prevê hoje, de igual modo aos regulamentos anteriores, a imunidade tributária para as operações sob comento, em respeito a Constituição. A este respeito, cita arts. 6º e 581 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97 aos quais se considera respaldado, além do Decreto Federal nº 99.472 de 24/08/90 explicando os procedimentos que adotava, ou sejam, tributava as operações à alíquota de 13%, com redução de 80% na base de cálculo para as vendas de pedras preciosas soltas, por serem produtos semi-elaborados, e, não tributava, em face de não incidência, as vendas de jóias enquadradas nos sistema DEE, estornando os créditos pelas entradas.

Aduz que o Estado da Bahia reconheceu o direito à isenção ao proceder a Alteração nº 14 no RICMS, Decreto nº 7725/99, reconhecimento este que considera deva ser aplicado de forma retroativa e que o próprio CONSEF, “vem evoluindo no tratamento da matéria” citando o Acórdão nº 1.589/99 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Acrescenta que o CONSEF vem evoluindo no tratamento da matéria sob enfoque, citando o Acórdão nº 1.589/99 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, bem como, o Acórdão nº 0112/01 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que entenderam que tais operações não podem ser alcançadas pela incidência do ICMS e, a título de cumprimento ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista previsto no art. 169, inciso II, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7629/99 argumenta que o Recurso deverá ser admitido quando o julgamento da Câmara do Conselho de Fazenda divergir de entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior, citando que **“a exigência do RPAF é de que seja apresentada divergência de entendimento, o que não significa dizer, divergência de julgamento”**. Diz que, no presente caso, já apontou que o entendimento manifestado pela 4ª Câmara, através de três dos seus componentes, pois a Decisão foi por maioria, (Resolução nº 4442/98), diverge do entendimento da 3ª Câmara (Resolução nº 3.156/98)

igualmente manifestado por três dos seus membros, sendo que o mesmo entendimento foi mantido através do voto do Sr. Presidente da Câmara. Dentre desta visão, diz que segue como paradigma a Resolução nº 3.156/98 da 3ª Câmara.

Acrescenta que, na improvável hipótese de não ser admitida a Resolução acima referida, “apresenta por segurança” as Resoluções nºs 3.660/97 e 0713/01, ambas da 1ª Câmara que, no seu entender, trata da mesma questão jurídica : Exportação de produto industrializado. Eis as Ementas:

“Resolução nº 3.660/97 : EMENTA . ICMS . Operação tributada sem destaque do ICMS. Mercadoria destinada à exportação considerada como produto semi-elaborado. Após diligência “in loco” constata-se tratar-se de produto industrializado não sujeito a tributação quando da sua exportação. Auto IMPROCEDENTE. Decisão unânime.”

“Acórdão CJF nº 0713/01. EMENTA. ICMS. (...) 3. EXPORTAÇÃO . FALTA DE COMPROVAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. Modificada a Decisão. Infração não comprovada. . Não foram acatadas as preliminares de nulidade arguidas. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime”.

Salienta que as únicas diferenças entre as mencionadas decisões é no tocante ao tipo de mercadoria, questão esta, pertinente ao mérito e isto não possui o condão de afastar a admissibilidade do Recurso, justamente por se tratar de mérito. Afirma que o mérito encontra-se “escondido” pela admissibilidade e se o Julgador “achar” o mérito antes de ultrapassar a “porta da admissibilidade” incidirá em erro de formalidade processual e ensejará, no futuro, a nulidade da Decisão, complementando que não há como se confundir admissibilidade com mérito, pois , assim, estará ensejando prejuízo no julgamento do Recurso de Revista o que se traduzirá como cerceamento ao direito de defesa.

Comenta, ainda, 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.

Em conclusão, reitera todos os seus pronunciamentos, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos e requer o Conhecimento e o Provimento do Recurso de Revista e a reforma da Decisão Recorrida com o Auto de Infração sendo julgado Improcedente.

Através do Parecer de fl. 438 a Douta PROFAZ opina pelo Não Conhecimento do Recurso de Revista onde destaca que este foi interposto com base na transcrição de Votos Vencidos em julgamento pela procedência de autuações iguais a presente. Destaca que a divergência referida na legislação é de entendimento de Câmara como órgão julgador e não de voto, que retrata o entendimento individual do Conselheiro, mormente quando vencido no colegiado.

Em relação às Decisões de Juntas referidas no Recurso, destaca que estas não são definitivas na esfera administrativa as quais, foram modificadas pela Câmara de Julgamento.

No que diz respeito às Resoluções nºs 3660/97 e 0713/01, a PROFAZ salienta não se tratar de processos idênticos ao presente, sendo que, que o que se verifica é que 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 do ICMS. Já a segunda, trata de alegação de venda no mercado interno de blocos de granito e que fica provado que foram exportados. Portanto, fica evidente que tratam de questões completamente diversas da analisada e submetida a julgamento.

VOTO

Acolho, integralmente, o opinativo da Douta PROFAZ.

Em se tratando de Recurso de Revista é imperativo que se analise, em primeiro lugar, se ocorreu o preenchimento do requisito para admissibilidade deste tipo de Recurso. O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA em vigor, estabelece em seu art. 169, inciso II, alínea “a” que caberá Recurso de Revista para a Câmara Superior **“quando a Decisão de qualquer Câmara divergir da interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, devendo ser demonstrada pelo recorrente o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”**.

Já o art. 173, inciso III, do mesmo regulamento, reza que **“Não se tomará conhecimento do Recurso que for interposto : sem indicação e transcrição no processo, pelo recorrente, do conteúdo da Decisão paradigma, mencionando, inclusive, o seu nexo com a Decisão recorrida e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”**.

À luz dos dispositivos aqui destacados, a princípio busca-se a verificação quanto ao atendimento do requisito de admissibilidade acima indicado para, se ultrapassado, adentrar-se a análise do mérito da autuação. Portanto, para que isto ocorra, é preciso que a Decisão apresentada a título de paradigma trate de questões relacionadas com o objeto da autuação, sendo, ainda necessário, que fique provado o nexo entre a Decisão Paradigma com a Recorrida e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Assim, nesta ótica, torna-se imprescindível um exame comparativo entre as decisões para que fique certificado se há, de fato, divergência de interpretação da legislação pelas Câmaras do CONSEF já que, a função precípua da Câmara Superior é de uniformizar os julgamentos aqui realizados.

Da análise efetuada nos Acórdãos apresentados pelo recorrente, a título de paradigma, vejo que retratam situação jurídica totalmente diferente da que foi examinada no julgamento recorrido, tanto que, o autor do Recurso, não demonstrou o nexo existente entre as decisões. Para chegar a esta conclusão tomei como base as seguintes análises:

Em relação ao argumento do recorrente a respeito de divergência de entendimento manifestado em Voto Vencido ou Voto Discordante vejo que este não é capaz de preencher o requisito para admissibilidade do Recurso de Revista pois o dispositivo legal prevê a apresentação de **DECISÃO DIVERGENTE**, o que não ocorreu em relação às Resoluções nºs 4442/98 e 3156/98 pois, em ambos os casos a **DECISÃO** foi pelo Não Provimento do Recurso Voluntário o que significa dizer que foi mantida a autuação.

Em relação aos Acórdãos nºs 1.589/99 e 0112/01 também citados no Recurso, não existe a possibilidade de aproveitá-los como paradigma vez que se trata de decisões oriundas de Junta de Julgamento, as quais não são definitivas e, além disto, não existe previsão no RPAF para acolhimento de Decisões emanadas da Primeira Instância.

Quanto à Resolução nº 3660/97, confrontada com a Decisão Recorrida, fica evidente que não trata de idêntica questão jurídica manifestada de forma contrária pela 1ª Câmara do CONSEF em confronto com a Decisão Recorrida.

O fato aqui discutido, envolve na Decisão Recorrida, operações de vendas de jóias no mercado interno para consumidores finais, ditos residentes no exterior, equiparadas a exportação, enquanto a Resolução nº 3660/97 trata de operações de exportação de produtos industrializados ,

sucos concentrados, não sujeitos a tributação. Vê-se, portanto, que as Decisões não guardam a mesma identidade jurídica, pois envolve questões tributárias de natureza distinta.

Por igual, o Acórdão nº 0713/01 refere-se a saídas de blocos de granito, cujas notas fiscais indicavam que seriam para exportação e a fiscalização entendeu que estas não ocorreram mediante a manutenção de tais produtos no mercado interno. No decorrer do processo, ficou provado que as exportações, realmente, foram efetivadas. Logicamente, não retrata situação jurídica idêntica a que se aprecia neste julgamento.

Do exposto, concluo que o recorrente não atendeu ao requisito para fim de admissibilidade do Recurso e, em razão disto, em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ e, também fundamentado no art. 173, inciso III, do RPAF/BA, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista.

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 arguir 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 reconcedor, 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 unâimes de Juntas de Julgamento Fiscal composta por 3 auditores fazendários, e muito preocupado em salvaguardar o interesse público, em face da 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 110429.0001/01-8, lavrado contra **H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.393,80**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MAX RODRIGUES MUNIZ – VOTO DISCORDANTE

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ