

PROCESSO - A.I. Nº 080556.0001/98-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - POLITENO LINEAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 2ª CJF nº 0303/01
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 23.12.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0216-21/02

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. INTEMPESTIVIDADE. Recurso interposto fora do prazo legal. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pela autuante, às fls. 286 a 297, com respaldo no art. 169, II, “a”, do RPAF/99, em face da Decisão - Acórdão nº 0303/01, proferida na 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado a Decisão de Primeira Instância, no Recurso Voluntário e julgado Improcedente o Auto de Infração.

Apresentou como paradigma a Decisão proferida na 1ª Câmara de Julgamento Fiscal referente ao Acórdão nºs 2636/00 e 0863/01, referente a Embargos de Declaração do mesmo Auto de Infração. Diz que a situação constatada no item 1 da Decisão paradigma demonstra a existência de divergência de entendimento sobre a mesma matéria jurídica, ou seja que a legislação em vigor à época dos fatos geradores exigia nas remessas interestaduais com o fim específico de exportação que o destinatário fosse exclusivamente exportador.

Para fundamentar o presente Recurso faz um histórico de todo o processo, e passa à arguição das razões de mérito.

Transcreve o voto vencedor da Decisão apresentada como Paradigma e do Embargo de Declaração concernente ao mesmo, concluindo que o entendimento daquela Câmara considerou que a legislação aplicada foi a da época dos fatos geradores, e por isso a lavratura do Auto de Infração se deu em conformidade com a legislação que exigia que a remessa interestadual de produtos semi-elaborados, com fim específico de exportação fosse para destinatário exclusivamente exportador.

Cita o comando da norma constitucional concernente à matéria de Lei Complementar (Art. 155, II, § 2º, XII da Constituição Federal e transcreve o art. 1º, parágrafo único, arts. 2º, 7º e 8º, da Lei Complementar nº 24/75 que dispõe sobre os Convênios para a concessão de isenções do imposto.

Prossegue fazendo referência ao Convênio nº 91/89 que estende aos produtos semi-elaborados o mesmo tratamento dado em suas exportações, cuja redação original com efeitos até 03/01/94 no inciso I da Cláusula 1ª, exigia que a empresa comercial exportadora inclusive *Trading Companies*.

operasse exclusivamente no comércio de exportação.

Faz referência ao Protocolo nº 27/89, e cita a legislação estadual (RICMS nº 2460/89) com redação vigente na época dos fatos geradores (art. 71, inciso XXXI, alínea “c”, item 1 e § 17 inciso I e inciso IX, que ali dispõe que nas remessa interestaduais o benefício fica condicionado à empresa comercial que opere exclusivamente no comércio de exportação que de acordo com o constante no Anexo 7, a redução da base de cálculo para produto semi-elaborado é de 100%.

Assevera que sendo as operações interestaduais, o Estado do Rio de Janeiro, que é o Estado destinatário das mercadorias, diante do fato de tanto a Bahia, quanto o Rio de Janeiro serem signatários do Protocolo nº 27/89, o benefício fica restrito a que os destinatários ou seja empresa comercial que opere exclusivamente no comércio exterior ou que seja empresa comercial exportadora (*Trading Company*).

Afirma que a exigência já existia anterior a alteração nº 54, porque a mesma acata disposições do Convênio ICMS nº 126/93, que por sua vez altera o Convênio ICMS nº 91/89, apenas em relação ao inciso I da Cláusula Primeira e Segunda, mas que não houve alteração na Cláusula Quinta que trata das remessas interestaduais. Argüi ainda que não houve comprovação de que os produtos referentes às notas fiscais em questão tenham sido exportados. Alega que a legislação determina os mecanismos de comprovação da exportação indireta.

Alega que os documentos apresentados pelo contribuinte não comprovam a exportação dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 5 e 6 dos autos. Acrescenta que não há vínculo entre os documentos que confirme a exportação pelo destinatário e que conforme determina o Protocolo nº 27/89, a empresa não apresentou nenhum “Memorando-Exportação”.

Alega requerendo que seja reformada a Decisão do Acórdão nº 0303/01, dando-se o Provimento ao Recurso para julgar o Auto de Infração nos termos do item 1 do Auto de Infração nº 080556.002/98-1, que através dos Acórdãos nºs 2636/00 e 0863/01, manteve a Procedência do referido item que têm o mesmo teor.

A PROFAZ emitiu o Parecer nº 229/02 onde concluiu que da análise da Decisão paradigma o Recurso devia ser conhecido. Quanto a mérito, verificou que enquanto na Decisão Recorrida (Acórdão nº 0303/01) se entendeu que era desnecessário, à época dos fatos geradores que a empresa destinatária das mercadorias operasse exclusivamente como exportadora, tal entendimento divergia do Acórdão apresentado como Paradigma, que considerou procedente a acusação por não estarem as empresas destinatárias na condição de exclusivamente exportadoras.

Considerou que a matéria é meramente de prova, quanto a efetiva exportação das mercadorias, o que acolhia o Parecer da PROFAZ já exarado às fls. 276 e 277 dos autos.

Observou que os autos foram remetidos para que a IFESP confirmasse a efetiva exportação das mercadorias, o que foi informado da não comprovação de parte das Notas Fiscais nºs 9834, 9835, 9980, 9981, 10644, 10645, 10290 e 10872, conforme fls. 101 a 103.

Concluiu que devia ser modificada a Decisão Recorrida, para restabelecer o julgamento da Primeira Instância que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por não ter acatado as informações da Diligência.

Esclareceu que no Recurso foi pleiteado a Procedência do Auto de Infração, por isso dava Provimento Parcial, para manter a Decisão de Primeira Instância.

Na fase instrutória do processo, a então relatora verificou a existência de grave falha processual, diante da falta de intimação ao sujeito passivo, e do prazo para apresentar as contra razões do Recurso interposto pelo autuante, face ao princípio do contraditório e da ampla defesa assegurado aos litigantes em geral, consagrado na Carta Constitucional (art. 5º inciso LV), conforme consignado à fl. 222 dos autos.

Intimado da existência do Recurso, à fl. 331 em 07/08/2002, o autuado em prazo regulamentar se manifestou quanto ao Recurso da autuante, fazendo as seguintes alegações:

- 1) que a empresa é idônea e cumpre as suas obrigações fiscais perante o Fisco das três esferas de governo;
- 2) que reafirma todas as manifestações anteriores;
- 3) que se surpreendeu com o Recurso da autuante, quase dois anos depois do julgamento da 2ª Câmara que julgou o Auto de Infração improcedente, por unanimidade, através do Acórdão nº 0303/01. Alega que o Recurso foi apresentado com a data desconhecida, pois não lançou dia, mês e ano e sequer existe protocolo de recebimento pela repartição que o acatou ;
- 4) diz que a Decisão apresentada como paradigma ainda não transitou em julgado, uma vez que ainda não foi apreciado o Recurso de Revista;
- 5) alega que a pretensão da autuante esbarra no fato de que a Decisão trazida como paradigma, ainda está pendente de julgamento;
- 6) se insurge com o tempo que a auditora levou para interpor o Recurso. Alegando que não foi observado o prazo exigido no rito processual, e diz que espera que seja rejeitado o Recurso.

A PROFAZ à fl. 354, observou diante do cumprimento da diligência, onde se resguardou o princípio do contraditório e da ampla defesa, reiterou o opinativo de fls. 315 a 317.

VOTO VENCIDO

O Recurso ora em exame, requer preliminarmente a análise quanto a admissibilidade, conforme prescreve o art. 169, II, “a”, do RPAF/99. Contudo, precede a este exame a apreciação da questão prejudicial suscitada pelo autuado, arguindo a intempestividade do Recurso, ao afirmar que a autuante tomou ciência da Decisão que julgou o Auto de Infração Improcedente na Segunda Instância, em 30.05.2001 e que somente 2 anos depois, em 18.04.02, anexa as razões do Recurso mas, não data o mesmo.

A questão em voga nos leva a analisar toda a tramitação do processo para que se possa aferir se houve ou não tempestividade do Recurso.

O processo em comento foi julgado em sede de Recurso Voluntário em 07/03/2001, tendo sido Provido e o Auto de Infração considerado Improcedente, reformando o entendimento da Junta que através do Acórdão julgou o mesmo Procedente em Parte.

A Secretaria do CONSEF, em 27/03 (fl. 272) encaminhou o processo à INFAZ para cientificar autuante e autuado. Em 11.05.2001 o processo foi encaminhado a IFEP para dar conhecimento a autuante.

Observo que aqui se verifica um equívoco da repartição fiscal quando ao constatar que a autuante estava de licença prêmio, deixou de dar ciência ao outro autuante, DIMAS JOSUE MELO DA FONSECA.

Quanto à alegação do sujeito passivo nas contras razões do Recurso, às fls. 328 e 329 de que a autuante teria recebido o Auto de Infração em 30/05/2001 e que a manifestação da autuante não traz a data e que não existe o protocolo da repartição, não prospera diante das seguintes razões:

A legislação processual vigente, no § 5º do 127 do RPAF/99, determina que se o Auditor Autuante se encontrar em gozo de férias ou em viagem a serviço da repartição, o prazo será contado para efeito de prestar informação fiscal (20 dias) a partir do primeiro dia útil seguinte ao seu retorno.

Acerca do documento do SIPRO, à fl. 336, juntado aos autos pelo autuado nas contras razões, verifiquei se efetivamente houve o recebimento pela autuante, naquela data (30.05.01), extraíndo do SIPRO os referidos registros, e nesta data, consta que o trâmite foi estornado. Para certificar se efetivamente o processo foi recepcionado pela autuante, na citada data, solicitei do setor pessoal da Secretaria da Fazenda a informação de qual o período que a mesma estava de licença prêmio, conforme documento que ora anexo aos autos, compreendeu o período de 02/01/2001 a 01/07/01.

Deste modo, constata-se que a legislação impôs um regramento quanto ao prazo para informação fiscal, mas não disciplina o tratamento quanto a licença prêmio. Entendo que por analogia deve se adotar o mesmo procedimento para este processo, que tendo a autuante interposto o Recurso em 29.04.02, conforme documento do SIPRO que ora acosto aos autos, fica demonstrado que o mesmo é tempestivo, uma vez que consta dos autos que só tomou ciência em 18/04/02, à fl. 285 dos autos.

Não obstante ficar constatado que o processo contém falhas relativas ao seu trâmite, as mesmas não contaminam o processo. Entendo que as irregularidades resultantes da desídia, negligência, ou descuido de algum agente público, que não cabe aqui apurar, mas apenas constatar o fato, não pode ser atribuído a autuante que como demonstrado nos autos e documentos do SIPRO, ao tomar ciência apresentou no prazo decencial o Recurso em comento.

Pelo exposto, entendo que não há tempestividade no Recurso.

VOTO VENCEDOR

Discordo, *data venia* do voto da ilustre Relatora, Dra. Ivone Martins, quanto ao aspecto da intempestividade do Recurso apresentado pelos autuantes, a meu ver, existem aspectos da mais relevância que devem ser analisadas, a seguir:

Primeiro pelo contido no documento trazido pela Empresa, quando da assentada de julgamento anterior, emitido pelo SIPRO, verifica-se que a Inspeção, onde estaria lotada a autuante Vanilda Souza Lopes, recebe o PAF em 16/05/01. A mesma data é o marco para a contagem do prazo mensal de 10 dias. Já que não se pode considerar o dia 28/04/02, constante do documento da fl. 285, como válido para a contagem do prazo já referido.

Ficando que a autuante não notou a intimação onde constava a Decisão da Câmara por estar de licença. Ora, tal fato não pode prevalecer, pois o contribuinte fica prejudicado. A administração deveria, isso sim, proceder como dispõe o art. 127 do RPAF, nomeando outro auditor para, se assim entendesse, apresentar o Recurso.

O prazo de 10 dias, a meu ver, repito, deve ser considerado a partir da data em que a Inspetoria recebe o PAF de acordo, também, com o art. 127 do RPAF.

O segundo ponto é que, no caso, há dois autuantes. Por isso nada impediria que o auditor que estivesse na ativa fosse intimado na Decisão Recorrida.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso apresentado, pois o mesmo é intempestivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **080556.0001/98-5**, lavrado contra **POLITENO LINEAR INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ciro Roberto Seifert, Helcônio de Souza Almeida, Sandra Urânia Silva Andrade, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Raimundo F. Santos, José Carlos Barros Rodeiro, Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Ivone Oliveira Martins.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2002

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA/VOTO VENCIDO

JOSE CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFZ