

**PROCESSO** - A. I. Nº 021057.0013/03-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 05/12/2005

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0412-11/05

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. Representação proposta com base no artigo 119, inciso II, e seu § 1º, c/c o artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) para que seja decretada a procedência parcial do Auto de Infração, em face da apresentação posterior de documentos que comprovam a efetiva exportação das mercadorias. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, c/c com o artigo 136, § 2º, todos da Lei nº 3.956/81 (COTEB), face ao Controle da Legalidade exercido por aquele órgão, propondo que seja declarada a procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige o ICMS no valor de R\$52.759,03, em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto em razão do registro de operações tributáveis como não tributáveis, ao efetuar operações de vendas de jóias no mercado interno a consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações – R\$49.546,90;
2. Utilização indevida de crédito fiscal nas operações interestaduais com base de cálculo, fixada pela unidade federada de origem, superior à estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolo – R\$3.212,13.

O autuado impugnou ambas as infrações e a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em decisão unânime, julgou Procedente o lançamento, por meio do Acórdão nº 0470-02/03 (fls. 748 a 751), com base no entendimento de que:

INFRAÇÃO 1 – a partir de 01/11/99, por meio do Decreto nº 7.574/99, o Estado da Bahia decidiu equiparar, à exportação, as operações internas de vendas de jóias e pedras preciosas, em moeda estrangeira, a consumidores fiscais não residentes no país, condicionando o benefício fiscal, entretanto, à concessão de Regime Especial, o qual somente foi concedido ao contribuinte em 17/08/01, após os fatos geradores desta autuação.

INFRAÇÃO 2 – além de não ter indicado nas notas fiscais que se tratava de transferência interestadual com base de cálculo superior ao valor da operação, conforme previsto no artigo 207, do RICMS/97, o contribuinte não comprovou nos autos que os valores atribuídos à base de cálculo correspondem ao custo atualizado das mercadorias produzidas.

Intimado da decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (fls. 754 e 757), o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, relativamente às infrações 1 e 2 (fls. 759 a 784), e a Representante da PGE/PROFIS opinou pela necessidade de realização de diligência, a qual foi deferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (fls. 868, 869 e 874), para que fiscal estranho ao feito intimasse o recorrente a comprovar a real saída das mercadorias para o exterior (infração 1).

O diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 0073/2004 (fls. 876 a 878) concluindo que *“todos os comprovantes informados pelo contribuinte estão devidamente registrados no SISCOMEX”*.

Os autuantes manifestaram-se inconformados com o resultado da diligência (fls. 882 e 883), aduzindo que foi equivocada a análise realizada, pois o cerne da questão é o ordenamento jurídico brasileiro, no que concerne à competência de legislar de cada ente tributante, e não a busca da comprovação de que as mercadorias deixaram ou não o território nacional.

O autuado, após intimado, concordou com a conclusão do diligente e pediu a improcedência da infração 1 do PAF (fls. 889 a 891).

A ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Provimento do Recurso Voluntário com base na diligência realizada, que concluiu que foram comprovadas as remessas de mercadorias para o exterior (fl. 895). Acrescenta que a matéria está pacificada no âmbito da Procuradoria Estadual, haja vista que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para legislar sobre comércio exterior e sobre os impostos de importação e exportação e que a legislação estadual (artigo 3º, inciso II, da Lei nº 7.014/96) estabelece que não incide o ICMS sobre operação que destine ao exterior produtos industrializados.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em decisão não unânime, julgou Procedente em Parte o lançamento, por meio do Acórdão nº 0207-12/04 (fls. 897 a 904), mantendo o débito relativo à infração 1 e reduzindo o valor exigido na infração 2, de R\$3.212,13 para R\$2.987,28, com a seguinte fundamentação:

INFRAÇÃO 1 – que já havia jurisprudência consolidada no CONSEF firmando o entendimento de que o ICMS é devido, pois não é possível estender a imunidade *“às saídas de jóias e pedras preciosas a residentes no exterior, em trânsito no Brasil, vendas estas realizadas no mercado interno, razão pela qual toda a questão fática ou jurídica subsequente ou antecedente (modus operandi, diligências, pareceres do Tribunal de Contas, da ASTEC e da Procuradoria Estadual – inclusive o parecer de autoria do Dr. Antônio Carlos de Oliveira, citado na peça recursal), não constituem elementos que possam desconstituir o lançamento fiscal”*.

INFRAÇÃO 2 – não há possibilidade, frente à legislação fiscal do ICMS, salvo a exceção expressa no Convênio ICMS 03/95, de se avaliar os estoques pelo valor de mercado, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. Entretanto, como o ICMS está incluso nos preços das mercadorias, conforme consta nas Notas Fiscais de transferências listadas no demonstrativo inserido às fls. 159 a 161 do PAF, ele deve ser excluído dos estoques para efeito de avaliar se o preço de transferência é ou não superior ao custo, pois o contribuinte, ao incluir o ICMS na própria base de cálculo na operação de transferência, cumpriu a lei, não podendo ser apenado por esta medida (como exemplo é citada a Nota Fiscal nº 4981 - fl. 173, em que a diferença autuada representa exatamente a inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo).

Com a exclusão do imposto calculado à alíquota de 7%, pois se trata de transferências originárias do Estado do Rio de Janeiro, a exigência fiscal foi reduzida na mesma proporção, de maneira que o valor originário da autuação, que era de R\$3.212,13, passou para R\$2.987,28, com a retirada do imposto de todas as notas fiscais, aplicando-se o fator 0,93 sobre o valor originalmente lançado.

Em face da decisão não unânime da 2ª Câmara acima mencionada, o autuado impetrou Recurso Voluntário ao Egrégio Tribunal de Contas do Estado da Bahia, relativamente à decisão pela procedência da infração 1, com fundamento no Regimento Interno do TCE e no artigo 73, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 12/93 (fls. 915 a 930).

A Representante da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade e em face do Recurso Voluntário interposto pelo autuado junto ao Tribunal de Contas do Estado da Bahia, vislumbrando *“a possibilidade de apresentar representação ao Conselho de Fazenda, pela improcedência da infração 01 da autuação”*, sugeriu a conversão do PAF em diligência à

Assessoria Técnica da Procuradoria Estadual, para que fizesse uma análise dos documentos acostados pelo contribuinte, relativos à comprovação das vendas realizadas a estrangeiros domiciliados fora do país, corroborando o pronunciamento esposado pela ASTEC no Parecer nº 0073/2004 (fl. 876).

A PGE/PROFIS, por intermédio de seu Procurador-Chefe, Dr. Jamil Cabús Neto, apresentou Representação a este CONSEF (fls. 956 e 957) para que o presente lançamento fosse julgado Procedente em Parte no valor de R\$3.212,13, com base em levantamento realizado pelo auditor fiscal Antônio Barros Moreira Filho (fls. 954 e 955) que concluiu pela exclusão do débito relativo à infração 1, argumentando o seguinte:

1. que se mostrava necessária a definição da matéria no âmbito administrativo, que resultaria do julgamento do primeiro caso submetido ao crivo do Egrégio Tribunal de Contas do Estado (TCE), por força do artigo 3º, inciso XI, da Lei Complementar Estadual nº 005/91, referente ao Auto de Infração nº 115484.0015/02-0, o que se deu por meio do Acórdão nº 533/2004, determinando a improcedência do lançamento;
2. o contribuinte trouxe ao PAF novos documentos, a fim de comprovar a efetiva saída das mercadorias através de operações de vendas realizadas a estrangeiros residentes no exterior;
3. os documentos referidos foram examinados pelo auditor fiscal Antonio Barros Moreira Filho, responsável pela assessoria técnica da PGE/PROFIS, que, após minuciosa análise, constatou a efetiva comprovação de registro no SISCOMEX de diversas operações, concluindo que o valor apurado na infração 1 deve ser excluído, porém que deve ser mantido o débito exigido na infração 2 no montante de R\$3.212,13.

Por fim, o órgão jurídico solicita a este CONSEF a apreciação da Representação formulada, no exercício do controle de legalidade, para que a infração 1 seja julgada improcedente, mantida a infração 2, no valor de R\$3.212,13 em valores históricos.

## VOTO

Inicialmente é importante que se ressalte que a presente Representação da PGE/PROFIS se refere apenas à infração 1, em que se exige o ICMS que deixou de ser recolhido pelo contribuinte em razão do registro de operações tributáveis como não tributáveis, ao efetuar operações de vendas de jóias no mercado interno a consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações.

Embora a referida Representação conclua que o valor remanescente a ser exigido neste Auto de Infração deva ser de R\$3.212,13, tal montante se refere àquele originalmente cobrado no lançamento na infração 2 e não aquele que foi, na decisão prolatada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão CJF nº 0207-12/04), considerado procedente. Na verdade, aquele órgão de segunda instância julgou a infração 2 desta autuação parcialmente procedente, reduzindo o valor de R\$3.212,13 para R\$2.987,28, conforme exposto anteriormente.

Sendo assim, limitar-me-ei a examinar o objeto da Representação da PGE/PROFIS que se refere, como dito acima, ao débito concernente à infração 1 deste lançamento.

Da análise das peças processuais, constato que tanto a 4ª Junta de Julgamento Fiscal como a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal consideraram procedente o item 1 do Auto de Infração porque, à época, a jurisprudência dominante neste CONSEF se posicionava no sentido de que as vendas de jóias a residentes no exterior eram tributáveis pelo imposto estadual, haja vista que não havia previsão, na legislação tributária do Estado da Bahia, de desoneração do ICMS em tal hipótese, considerando, ainda, que não poderia ser aplicada a legislação tributária federal, sob pena de invasão da competência de tributar inerente a cada ente federativo.

Tal posicionamento, todavia, foi revisto pela PGE/PROFIS e pelo Conselho de Fazenda, entendendo que não há incidência do ICMS nas operações de saídas de jóias, pedras preciosas e semipreciosas, metais preciosos, obras derivadas e artefatos de joalheria, com pagamento em moeda estrangeira, no mercado interno, a não residentes no País, ou em lojas francas a passageiros com destino ao exterior, em decorrência das decisões emanadas do Tribunal de Contas do Estado e do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública desta Capital que, inclusive, condenou o Estado na verba honorária de 10% sobre o valor do crédito executado, em Ação de Execução interposta pelo Estado relativa a outro Auto de Infração lavrado contra este mesmo contribuinte.

Posteriormente, o contribuinte apresentou à Assessoria Técnica da PGE/PROFIS diversos documentos com o intuito de elidir a infração 1 e, de acordo com o levantamento feito por aquele órgão, o autuado logrou comprovar que as operações de saídas de mercadorias relacionadas na infração 1 deste Auto de Infração foram efetivamente realizadas a estrangeiros residentes no exterior e, portanto, não estão sujeitas à incidência do ICMS, remanescendo, porém, uma parcela de débito que ainda deve ser exigida na presente autuação, relativa à infração 2, conforme indicado no Acórdão CJF nº 0207-12/04, no valor de R\$2.987,28, a qual transitou em julgado e não foi objeto da Representação que ora se analisa.

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para excluir integralmente a exigência fiscal referente à infração 1 e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$2.987,28, de acordo com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS