

PROCESSO	- A.I. Nº 281076.0003/99-7
RECORRENTE	- QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0196-02/02
ORIGEM	- INFRAZ JACOBINA
INTERNET	- 03.10.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0345-12/02

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM BASE DE CÁLCULO A MENOS, POR CONSIDERAR PREÇO INFERIOR À PAUTA FISCAL. Modificada a decisão. Nas operações com produtos extrativos somente será adotada pauta fiscal se efetuadas por extrator não equiparado a comerciante ou a industrial. Não acolhida a preliminar de decadência do direito da Fazenda Estadual de constituir uma parcela dos valores exigidos. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a decisão da 2ª JJF, que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0196-02/02 – que exige imposto em decorrência de recolhimento de ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de barita, por ter sido utilizado preço inferior àquele fixado por pauta fiscal.

Em preliminar, alegou o recorrente a decadência dos créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos antes de 30 de setembro de 1994, pois o direito da Fazenda Estadual de constituí-los já havia se expirado pela decorrência de 5 anos do seu lançamento, conforme preceitua o art. 173, I, do CTN.

No mérito, argüiu que a utilização de preço diferente daquele estipulado em Pauta Fiscal não causou qualquer prejuízo ao Erário Estadual, pois as operações tratavam de transferência de mercadoria realizada entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, localizados no Estado da Bahia, não ensejando “circulação econômica”, o que tornaria incabível qualquer presunção de redução da base de cálculo e/ou recolhimento do imposto.

Disse que a transferência do minério BARITA do estabelecimento situado no município de Miguel Calmon, aparentemente gerando menos imposto para o Estado, por consequência, gera menos crédito ao seu estabelecimento localizado em Feira de Santana, que utiliza este produto no seu processo de industrialização como matéria-prima, elevando o imposto recolhido por este, sendo clara a conclusão de que sempre o Fisco Estadual receberá o mesmo montante do imposto, independente do valor da base de cálculo do ICMS da transferência.

Informou que diversos Tribunais, inclusive Administrativos, mantêm o entendimento – e este se consolidou no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula nº 166 – de que “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Ao final, requereu a improcedência do Auto de Infração.

A Representante da PROFAZ, na sua manifestação, afirmou que a preliminar de nulidade por decadência do direito da fazenda pública em constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até setembro de 1994 não prospera, pois o marco inicial desse prazo decadencial fixada pela legislação baiana, respaldada na autorização legal contida no parágrafo quarto do art. 150, do CTN, é o primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador. Assim, em relação aos fatos geradores contestados, que ocorreram entre janeiro a setembro de 1994, o início do prazo decadencial se deu em 01.01.95, e a ação fiscal se iniciou em 21.07.99, consoante termo apensado à fl. 74, que culminou com a lavratura do Auto de Infração em 30.09.99, dentro do prazo previsto. Considerou, então, afastada, peremptoriamente, a ocorrência da decadência.

Quanto ao mérito, aduziu que assiste razão ao recorrente, pois efetivamente a saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular não é sequer fato gerador do ICMS, seguindo a orientação do Prof. José Eduardo Soares de Melo, cuja posição firmada transcreveu no seu Parecer.

Observou, ainda, que o diligente fiscal em seu parecer às fls. 129/131, concluíra pela improcedência da exação fiscal, seguindo a tese da ausência de prejuízo ao erário.

Opinou, portanto, pelo Provimento do presente Recurso Voluntário, para que fosse julgada improcedente a autuação.

## VOTO

Inicialmente, aprecio a argüição preliminar de nulidade por decadência do direito da fazenda pública em constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até setembro de 1994.

Como lecionou a ilustre Representante da PROFAZ, o art. 150, do CTN, no seu parágrafo quarto, define que, se a lei não fixar prazo à homologação do lançamento, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Amparado neste preceito legal, a Lei Estadual nº 4.825/89, vigente à época, no seu art. 44, § 1º, estabelecia que após 5 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considerar-se-ia ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Destarte, em relação aos fatos geradores contestados, que ocorreram entre janeiro a setembro de 1994, o início do prazo decadencial se deu em 01.01.95, e a homologação tácita dos lançamentos se daria em 01.01.2000.

A ação fiscal se iniciou em 21.07.99, consoante termo apensado à fl. 74, que culminou com a lavratura do Auto de Infração em 30.09.99, dentro, portanto, do prazo previsto. Deixo, então, de acolher a preliminar de decadência suscitada.

Discordo veementemente do entendimento da Representante da PROFAZ de que a saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular não é sequer fato gerador do ICMS.

O art. 2º, V, da mesma Lei n.º 4.825/89 preconiza, literalmente, que ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Ultrapassados estes preâmbulos, passo à análise do mérito da autuação, propriamente dito, qual seja, da exigência de imposto em decorrência de recolhimento de ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de barita, por ter sido utilizado preço inferior àquele fixado por pauta fiscal.

É fato incontrovertido que as tais saídas se referem a transferências do minério “barita” do local de extração, sítio no município de Miguel Calmon, para o seu estabelecimento localizado em Feira de Santana, que utiliza este produto no seu processo de industrialização como matéria-prima.

Ainda, o diligente da SAT/DAT NORTE/COFEP, atendendo à solicitação do Relator da 2ª JJF, no seu Parecer, fls. 129 a 131, informou que as minas onde se extrai barita no Estado são exploradas pelo recorrente, e, assim, não há como se estabelecer comparativos que comprovem que o preço praticado estava abaixo do preço de mercado, e quanto ao custo de produção, o contribuinte alegou não mais possuir tais controles, por se tratar de documentos destinados a orientar o sistema de produção, não sendo preservados por muito tempo (o tempo decorrido entre a ocorrência do fato gerador – transferência da barita extraída em Miguel Calmon – e a emissão deste Parecer é de sete anos).

O terceiro quesito do Relator da Decisão Recorrida dirigida ao diligente foi se, ao praticar preços abaixo do estipulado em pauta fiscal vigente, o contribuinte apresentou justificativas convincentes, de acordo com o § 10º, do art. 70, do RICMS/89.

Em resposta, o diligente disse que o contribuinte alegou que ao transitar com o produto, barita, pelos Postos Fiscais, ao terem suas notas fiscais visadas pelo Fisco Estadual, sem que houvesse qualquer discordância, teria sido motivo suficiente para justificar que seus preços estavam atinentes às expectativas de arrecadação pelo Estado.

Posto os fatos, passemos à norma legal.

O art. 70, do RICMS/89, que define a base de cálculo do ICMS, no seu inciso I, determina que, na saída de mercadoria, esta será o valor da operação.

Da leitura do inciso II, do mesmo artigo, que assim inicia: “na falta do valor a que se refere o inciso anterior”, infere-se que a forma de se determinar a base de cálculo é excludente, hierarquizando os incisos do primeiro ao último.

É assim que, ao chegarmos ao seu inciso XX, no caso das saídas de produtos de qualquer natureza, inclusive de origem mineral, bem como nas prestações de serviço de transporte efetuadas por transportador autônomo, quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, ou quando for difícil a apuração do valor real da operação ou prestação, vê-se a previsão de que a base de cálculo será fixada mediante pauta fiscal, de acordo com a média de preços praticada na região.

Ocorre que, em nenhum momento, os autuantes aventaram a possibilidade do recorrente ter praticado o preço inferior ao de mercado, nem demonstraram a dificuldade na apuração do valor real da operação.

Mais ainda, a operação em questão é transferência. Neste caso, em razão da inexistência de mercancia, o valor da operação é aquela apurada pelo próprio contribuinte, desde que, é claro, não exorbita o mercado, nem para mais nem para menos. Mesmo assim, esta exceção deve ser comprovada.

Outro ponto a ser considerado é o fato de que o minério transferido é utilizado como matéria-prima em outro estabelecimento do contribuinte, localizado em Feira de Santana, no seu processo industrial. Aí, o débito gerado no estabelecimento autuado se constitui em crédito neste último. Conclui-se que assiste razão ao recorrente na sua tese de que não ocorreu prejuízo ao Erário Estadual.

Por derradeiro, o contribuinte autuado, consoante a regra do art. 17, II, do RICMS/89, é equiparado a industrial, pois industrializa a própria produção extrativa, e nesta situação não se aplica a Pauta Fiscal. É o que se deduz da leitura do item 1 da Instrução Normativa n.º 141/93, anexada pelos autuantes à fl. 76, onde reza “a base de cálculo para efeito de incidência do ICMS dos produtos abaixo, na primeira operação realizada pelos produtores, fica atualizada para:”.

Inclusive hoje esta regra está expressa no art. 73, § 2º, III, do RICMS/97, que determina que, nas operações com produtos agropecuários e extractivos somente será adotada pauta fiscal se efetuadas por produtor ou extrator não equiparado a comerciante ou a industrial ou por pessoa não inscrita no cadastro estadual, ressalvadas as operações com gado e carvão vegetal.

Pelo que expus, reputo que Decisão Recorrida merece reforma, e meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281076.0003/99-7, lavrado contra **QUÍMICA GERAL DO NORDESTE S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de Setembro de 2002.

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ