

PROCESSO	- A.I. N° 0268001804/91
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CARAÍBA METAIS S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão CS nº 3309/98
ORIGEM	- INFAC CAMAÇARI
INTERNET	- 19.08.04

## CÂMARA SUPERIOR

### ACÓRDÃO CS N° 0005-21/04

**EMENTA:** ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. IMPROCEDÊNCIA DO ITEM XI DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONTROLE DE LEGALIDADE. Representação proposta com base no art. 114, II, do RPAF/99, fundamentada no fato de não incidir o ICMS sobre o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial. A caracterização do ouro como ativo financeiro e consequente imunização ante o ICMS depende de compromisso de destinação ao mercado financeiro e interveniência do Banco Central ou de instituição financeira por ele autorizada. Não comprovada a existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante que não se presume. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

O presente processo administrativo fiscal tem sua origem no Auto de Infração nº 268001804/91, estando o processo na Procuradoria para o controle da legalidade, com vistas à inscrição na dívida ativa, nos termos do artigo 2º, XXVI da Lei nº 8.207/2002, com redação dada pela Lei Complementar nº 19/2003.

O Auto de Infração mencionado possui como única matéria remanescente o item XI que trata da suposta falta de estorno de ICMS em decorrência da entrada de matéria prima da qual se extraiu ouro, utilizado como ativo financeiro.

O artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea “c” da CF/88 estabelece que o ICMS não incide sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, parágrafo 5º, que se refere ao ouro, quando definido em lei, como ativo financeiro ou instrumento cambial.

No mesmo sentido, o artigo 3º, inciso IV da Lei Estadual nº 7.014/96 estabelece a não incidência do ICMS sobre o ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial.

Dispõe o artigo 1º da Lei Federal nº 7.766/89 que o ouro em qualquer estado de pureza, bruto ou refinado, quando destinado ao mercador financeiro será, desde a extração, considerado ativo financeiro.

Dos dispositivos retro transcritos, aflora, a toda evidência, que, inobstante o ouro ter sido proveniente de um resíduo da matéria prima utilizada pela empresa, a destinação dada ao ativo financeiro, comprovada nos autos, faz atrair a imunidade constitucional com relação a toda a cadeia, na forma definida pela legislação aplicável.

Se a entrada do ouro não está sujeita ao recolhimento do ICMS, pretender o estorno do crédito fiscal significa penalizar duplamente a empresa. Tendo se apropriado do crédito fiscal, o

recolhimento indevido restará superado, não trazendo prejuízos para a empresa, nem beneficiamento indevido do Estado.

Ademais, o artigo regulamentar em que se funda a autuação refere-se à obrigação de estorno do crédito quando as mercadorias forem objeto de saída não sujeita ao ICMS, não se referindo à hipótese de a própria entrada não se sujeitar ao imposto, pela razão lógica de que, neste caso, sequer deveria haver o pagamento do tributo.

Não se pode utilizar dois pesos e duas medidas. A autuação considera o ouro como ativo financeiro com saída imune para efeito de estorno do crédito, mas, contraditoriamente, não o considera na entrada quando houve o pagamento do imposto.

A solução para neutralizar o pagamento indevido na entrada é permitir a utilização do crédito fiscal, sendo equivocada, *data vénia*, a pretensão em extorná-lo, o que configura vício insanável e ilegalidade flagrante na autuação.

Isto posto, nos termos do Decreto do Governador do Estado publicado no DOE de 08.08.2003, bem como da designação contida na Portaria PGE nº 040/03, acolhe o procurador chefe da PGE/PROFIS, Dr. Jamil Cabus Neto, o Parecer exarado pela i. procuradora Dr<sup>a</sup> Rosana Galvão, às fls. 1363 a 1368 dos autos, pelo que, com base no artigo 114, II do RPAF/BA, representa ao Egrégio CONSEF, no exercício do controle da legalidade, para, com fundamento no quanto acima exposto, julgar improcedente o item XI do Auto de Infração em exame.

## VOTO VENCIDO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que os fundamentos apresentados na Representação da Douta PGE/PROFIS, estão de acordo com a legislação vigente.

Assim, concedo este voto pelo ACOLHIMENTO da Representação apresentada, julgando totalmente improcedente o item XI do lançamento de ofício em tela.

## VOTO VENCEDOR

Inicialmente, observo que o parecer se refere à provocação da empresa, conforme consta do seu primeiro parágrafo, dando origem à Douta representação que ora se examina. Como essa provocação não se encontra nos autos após o esgotamento da via administrativa, afirmada pela Procuradora M<sup>a</sup> Olívia T. de Almeida (fl. 1.228), entendo que as alegações da Ilustre procuradora retomam a discussão de matéria já submetida ao controle da legalidade, que cabe ao Conselho de Fazenda por iniciativa e provocação da Procuradoria Fiscal. Por isso, preliminarmente não poderia ser conhecida a Douta Representação.

Igualmente, não poderia ser conhecida, nem acolhida a representação ora em exame por falta de atendimento aos pressupostos para sua interposição e pela falta de fundamento jurídico para decretar-se a improcedência, pois o fundamento regulamentar indicado na Representação para seu conhecimento foi o inciso II do art. 114 do RPAF, que assim dispõe:

*Art. 114. A Fazenda Estadual, através do órgão competente, cancelará ou não efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, mediante despacho fundamentado, nos seguintes casos:*

.....II - existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante;

Ora, a leitura dos argumentos expendidos pela Douta Procuradoria não revela vício insanável, nos termos do art. 18 do RPAF, porque o ato de lançamento foi praticado por servidor competente,

não houve preterição do direito de defesa, as decisões no processo estão fundamentadas e o lançamento, efetuado contra sujeito passivo legítimo, contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Quanto à suposta ilegalidade flagrante, não há demonstração da flagrância, posto que não se encontra na D. Representação qualquer dispositivo da Lei nº 7.014/96 que proíba ou não autorize a exigência de estorno do crédito na situação específica indicada no lançamento.

Embora conhecida por esta Câmara Superior a D. Representação, não merece ela acolhimento posto que a afirmação contida na D. Representação (fl. 1371) de que a pretensão estatal de que o crédito seja extornado revelaria vício insanável não está fundamentada, pois não se enquadra nas hipóteses do citado art. 18 do RPAF. Para que se caracterizasse a suposta nulidade, seria necessário demonstrar-se que o lançamento fora praticado por servidor incompetente, o que não é o caso, pois foi praticado por Auditor Fiscal do Estado. Ou que teria havido preterição do direito de defesa, o que não se configura nos autos, pois a empresa pôde exercer com total liberdade seu amplo direito de impugnar o lançamento e recorrer das decisões prolatadas no curso do processo. Ou, também, que as decisões no processo não estivessem fundamentadas. Ou, ainda, que o lançamento tivesse sido efetuado contra sujeito passivo ilegítimo, o que não se prova nos autos e menos ainda na D. Representação. Por fim, caberia como fundamento à D. Procuradoria demonstrar que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, insuficiência e insegurança não demonstradas por aquela Procuradoria especializada.

Também não merece acolhimento a afirmação de existência de ilegalidade flagrante, seja porque não há qualquer ilegalidade, seja porque se ilegalidade houvesse, não seria ela flagrante. Haveria ilegalidade se os autuantes não houvessem fundamentado a acusação em dispositivo do Regulamento do Imposto que está integrado à lei estadual instituidora do imposto. Por outro lado, se ilegalidade houvesse, o RPAF somente autoriza a representação se ela for flagrante. Não basta fumaça, cheiro ou *fragrância* de ilegalidade. É preciso que se comprove haver *flagrância*, que seja ela evidente, escandalosa. Como se noticiou na assentada de julgamento, decisão de tribunal superior sobre a mesma questão reconheceu ao ente estatal a procedência da exigência fiscal. Ora, se há decisão judicial favorável, onde está a flagrante ilegalidade?

A leitura dos autos revela que o autuado comprou mercadoria - concentrado de cobre - e não prata e ouro, componentes esperados no concentrado, cuja presença sequer pode ser quantificada *a priori*. Industrializado no Brasil e depois novamente industrializado na Inglaterra o concentrado adquirido no Brasil ou no Exterior e encontrado nele o metal ouro, aí, só então, a empresa decide que destinação lhe dará: se o venderá a fabricantes de jóias, ao Banco Central ou quem quer que possa interessar-se pela mercadoria ouro. Neste momento o ouro extraído nos processos industriais poderá ser destinado a constituir-se em ativo financeiro, ou continuar como mercadoria.

Se a interpretação da Lei Federal nº 7.766/89 pudesse ter a extensão pretendida pela D. Representação, se alguém comprar anéis de ouro para os destinar a compor seu patrimônio pessoal como ativo financeiro e assim o informar ao Banco Central, ocorrerá a pretendida imunização quanto ao ICMS? Embora o exemplo seja absurdo, serve para evidenciar que a regra imunizante somente se aplica à venda de ouro diretamente pelos seus extratores ou pelas cooperativas autorizadas a operarem no respectivo mercado, como dispõe o art. 1º da citada lei federal. Quanto ao ouro que resulta de *tratamento ou refino*, como é o caso presente, somente pode ser considerado ativo financeiro quando houver prévio compromisso firmado perante o Banco Central. É o que se depreende da simples leitura do inciso I do § 1º do art. 1º da Lei Federal nº 7.766/89.

Importante observar-se que no caso do ouro sair do município sem o compromisso e a destinação indicada no citado inciso I, as negociações com o ouro não serão consideradas operações financeiras! É o que diz o inciso II do mesmo dispositivo legal.

Observo ainda que se as negociações com o ouro efetuadas nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão, somente serão caracterizadas como operações financeiras com o ouro caracterizado como ativo financeiro se derem sem a interveniência de instituição financeira autorizada, ou seja, se as operações não atenderem a esse requisito, serão operações com mercadorias sujeitas ao ICMS. Vale dizer, somente quando houver compromisso de destinação específica como ativo financeiro e interveniência de instituições autorizadas pelo Banco Central se poderá cogitar de não incidência do imposto.

Por fim, se o autuado não pretendia estornar os créditos, que não se creditasse integralmente do ICMS incidente na aquisição do concentrado, posto que, segundo ela entende, o ouro contido no concentrado estaria imune ao imposto estadual desde a sua extração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) César Augusto da Silva Fonseca, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, Tolstoi Seara Nolasco e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo Ferreira Santos, Fauze Midlej, Rosa Maria dos Santos Galvão e Marcos Rogério Lyrio Pimenta.

Sala de Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS