

PROCESSO - A.I. Nº 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 - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 19.08.04

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 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 conseqüente 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 esta 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 vênia*, 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^a 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^a 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