

PROCESSO	- A. I. Nº 279470.0006/01-3
RECORRENTE	- POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0210-01/02
ORIGEM	- INFAZ CAMAÇARI
INTERNET	- 03.10.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-12/02

EMENTA: ICMS. 1) ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Imputação elidida. 2) NULIDADE. DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. O julgador não examinou o mérito das infrações 02 e 03. Inaplicabilidade do art. 167, II, do RPAF/99, pois a matéria objeto das infrações não é a questão sob a apreciação do Poder Judiciário. Na ADIN o que está sub judice é a constitucionalidade dos Convênios nº 02/90 e 06/90, e os seus efeitos apenas suspendem a exigibilidade do crédito. Devolvam-se os autos à 1ª JF para proferir nova decisão, examinando o mérito. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O autuado no prazo regulamentar interpôs através de seus representantes legais, o Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF/99, irredigido com parte da decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão nº 0210-01/02.

A autuação imputou ao recorrente as seguintes infrações:

1 - Recolhimento de ICMS efetuado a menos, em virtude do registro de operação tributável como sendo não tributável, na saída de produto semi-elaborado para a Zona Franca de Manaus sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Imposto exigido: R\$4.282,74. Multa: 60%.

2 - Falta de estorno do crédito fiscal de ICMS proporcionalmente à redução da base de cálculo relativo às entradas de matéria-prima, material secundário, material de embalagem, etc., utilizados na fabricação de produtos semi-elaborados com benefício da redução da base de cálculo destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação. Imposto exigido: R\$199.358,97. Multa: 60%.

3- Falta de estorno total do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de matéria-prima, material secundário, material de embalagem, etc., utilizados na fabricação de produtos semi-elaborados com benefício de isenção destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação. Imposto exigido: R\$295.089,81. Multa: 60%.

O autuado na defesa inicial, conforme o relatório da Decisão Recorrida alega que a exigência fiscal de que cuida o 1º item do procedimento em exame não procede, em face dos documentos a serem acostados aos autos.

Os itens 2º e 3º foram impugnados em conjunto, dada a natureza do fato – utilização de crédito fiscal de ICMS relativo a matéria-prima, material secundário e material de embalagem empregados na fabricação de polietileno de alta densidade, produto industrializado classificado na posição 3901.20.0100 da NBM.

O autuado argumenta que houve equívoco da fiscalização por não observar que a norma aplicável seria a do Convênio ICM nº 65/88, que assegura a manutenção dos créditos fiscais nas situações em lide, e não exclusivamente o Regulamento do ICMS, lastrado nos Convênios ICMS nº 2/90 e nº 6/90.

Alega que a cláusula primeira do Convênio ICM nº 65/88 isentava do imposto as remessas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, e a cláusula terceira permitia a manutenção do crédito dos insumos empregados na sua fabricação. Depois, o Convênio ICMS nº 2/90 revogou a isenção nas remessas de produtos considerados semi-elaborados para a Zona Franca de Manaus, e o Convênio ICMS nº 6/90 revogou a cláusula terceira do Convênio ICM nº 65/88, que previa a manutenção de crédito dos insumos empregados na industrialização dos produtos destinados à referida Zona.

Diz que o governador do Estado do Amazonas, ao perceber os sérios danos que a Zona Franca de Manaus sofreria com a entrada em vigor dos Convênios ICMS nº 2/90 e nº 6/90, propôs no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 310, tendo o Plenário do Supremo concedido medida liminar em 25/10/1990, suspendendo a vigência dos aludidos convênios

O autuado sustenta que o produto remetido à Zona Franca de Manaus – polietileno de alta densidade – é um produto industrializado, sendo, por conseguinte, legítimo o crédito fiscal dos insumos empregados na sua fabricação.

Prossegue argumentando que, como não houve ainda a decisão do mérito da supramencionada ADIN, e tendo em vista que a liminar não foi cassada, o Convênio ICM nº 65/88 está em pleno vigor. Observa que o Acórdão do Supremo que suspendeu a vigência dos Convênios ICMS nº 2/90 e nº 6/90 foi publicado em 16/4/1993, antes, portanto, da ocorrência dos fatos em discussão. Diz que a liminar assegura a isenção da remessa de produtos para contribuintes estabelecidos na Zona Franca de Manaus, bem como a manutenção dos créditos fiscais relativos aos insumos consumidos na sua produção. Argumenta que se os atos que revogaram tais benefícios estão com sua eficácia suspensa, prevalece integralmente o Convênio ICM nº 65/88.

A defesa passa a descrever os efeitos jurídicos da liminar concedida numa ação direta de inconstitucionalidade, que nesse caso tem natureza de cautelar-satisfativa.

Argumenta que, por força do Convênio ICM nº 65/88, a empresa é obrigada a abater do preço de venda o imposto que seria devido se não fosse o benefício fiscal, de modo que somente com a manutenção dos créditos fiscais é possível efetuar vendas para a Zona Franca de Manaus com os mesmos preços e margens de lucro praticados com os demais clientes.

O contribuinte, com arrimo em José Afonso da Silva, sustenta a tese de que qualquer decisão que decreta inconstitucionalidade tem eficácia *erga omnes* e é obrigatória.

Aduz que diversos Estados brasileiros, ao tomarem conhecimento da liminar concedida pelo STF nos autos da ADIN 310, imediatamente corrigiram suas legislações para que estas não continuassem eivadas de inconstitucionalidade. Diz que o Estado de São Paulo, por exemplo, se antecipou e reconheceu expressamente o direito de seus contribuintes à manutenção dos créditos fiscais oriundos dos insumos utilizados nos produtos destinados à Zona Franca de Manaus, tendo nesse sentido publicado os comunicados CAT 44/90, 45/90 e 29/91 (transcritos pela defesa), além de deixar de focar essa matéria no seu regulamento.

O autuado lembra que, tradicionalmente, o Supremo tem-se mostrado quase que irredutível quanto às liminares concedidas, registrando-se em toda a história daquela Corte apenas um único caso de revogação da liminar quando do julgamento do mérito.

A defesa insiste em que o polietileno de alta densidade é produto industrializado, e não semi-elaborado. Fala da evolução das normas atinentes à definição de produtos industrializados, a partir dos Convênios ICM nº 66/88 e nº 7/89, até a edição da Lei Complementar nº 65/91. Demonstra que esta, no art. 3º, prevê a manutenção do crédito em se tratando de exportação. Frisa que o Decreto-lei nº 288/67 equipara à exportação as operações que destinem mercadorias e serviços à Zona Franca de Manaus, equiparação essa que implica a fruição de todos os benefícios e prioridades previstos para as exportações. Lembra que a situação privilegiada da Zona Franca de Manaus foi mantida pela Constituição de 1988, que, no art. 40 do ADCT, estendeu pelo prazo de 25 anos os benefícios concedidos e determinou a competência exclusiva do legislador federal para alterar os critérios que a disciplinam. Diz que os Convênios ICMS nº 2/90 e nº 6/90 são inconstitucionais porque contrariam o art. 40 do ADCTs, segundo o qual somente lei federal pode modificar os critérios para a Zona Franca de Manaus.

Considera que a fiscalização incorreu em erro de direito ao lavrar o presente Auto de Infração, por não levar em conta a pendência de liminar. Argumenta que, como a autuação foi efetuada sem respeitar os preceitos da legislação aplicável em face dos efeitos da liminar judicial supramencionada, o procedimento fiscal é nulo. Destaca que, por unanimidade, a 2ª Turma do STF já decidiu que erro de direito não autoriza a retificação do lançamento efetuado, ou seja, em caso de existência de erro de direito, o ato não pode ser revisto, por ser nulo. Aponta no mesmo sentido o julgamento proferido pela 1ª Turma do Supremo no RE nº 69.426/RS.

O contribuinte argumenta que, uma vez iniciado o Processo Administrativo Fiscal, este deve permanecer sobrestado até a decisão final do STF, uma vez que a sua continuidade submete o sujeito passivo, injustificadamente, à constrição, exigindo-se dele a apresentação de impugnação e Recursos, impondo-se-lhe até a presunção por revelia, ficando o contribuinte sujeito ao recolhimento antecipado para que possa usufruir os benefícios da redução de multas, havendo ainda outros instrumentos de coerção, como inscrição em dívida ativa, intimações, etc.

Quanto à multa estipulada na autuação, a defesa protesta que, nos termos do art. 63, da Lei nº 9.430/96, não cabe lançamento de multa de ofício na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativamente a tributos e contribuições de competência da União cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma do inciso IV, do art. 151, da Lei nº 5.172/96. Aduz que o § 2º, do citado dispositivo, determina que a interposição da ação judicial favorecida com

liminar interrompe a incidência de multa de mora, desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Desse modo – conclui a defesa –, se o ato praticado pela empresa estava amparado pela ADIN 310, não houve infração, e, conseqüentemente, não pode haver punição.

Requer que seja considerado insubsistente o Auto de Infração, a suspensão do processo administrativo até o julgamento da ADIN 310 pelo STF, e a não aplicação de multa, inclusive multa de mora.

Os fiscais autuantes contestam as razões da defesa considerando que o sujeito passivo se limita a fazer uma negativa geral do cometimento de que cuida o 1º tópico do procedimento, sem contudo anexar qualquer documento que venha a comprovar a ocorrência de fato posterior, extintivo do crédito tributário.

Com relação aos demais tópicos do Auto de Infração, dizem os autuantes que o polietileno é enquadrado como semi-elaborado pela legislação. Acrescentam que a empresa indica nos documentos fiscais que o referido produto se enquadra no código 3901.20.0100 da NBM. Comentam que é assegurado ao contribuinte interpor reclamação à unidade federativa do seu domicílio com o fim de excluir o produto da relação dos semi-elaborados.

Quanto à suspensão da vigência dos Convênios ICMS nº 2/90 e nº 6/90, os autuantes argumentam que a constituição do crédito tributário, na forma destes autos, tem por objetivo evitar a decadência do direito de efetuar-se o lançamento, enquanto estiver em vigência a medida liminar, pois o que está suspensa é a exigibilidade, apenas. Comentam que a legislação não fala em suspensão do lançamento, mas sim da exigibilidade do crédito, etapa para a qual o lançamento constitui antecedente lógico. Citam trechos da doutrina acerca do conceito e dos efeitos da exigibilidade. Observam que a liminar judicial em apreço é apenas uma decisão provisória com fins de resguardar os destinatários da norma de eventuais prejuízos, mas que não faz qualquer exame ou consideração de mérito, o que demandaria uma apreciação mais demorada, nem sempre condizente com o caráter de urgência que a medida supõe.

Concluem dizendo que, por esses motivos, é necessário que se efetue o lançamento do crédito, cuja constituição está sujeita a prazos, pois a medida liminar não reflete qualquer juízo do STF em relação ao mérito.

Opinam pela manutenção das infrações 2ª e 3ª.

O autuado, evocando requerimento feito na defesa, solicitou a anexação de documentos para provar que as mercadorias foram entregues na Zona Franca de Manaus.

Ao se pronunciarem sobre os elementos acostados pelo contribuinte, os autuantes transcrevem dispositivos do regulamento, acentuando que não se trata de comprovação de um fato sobre o qual se devesse fazer incidir, inexoravelmente, uma norma tributária, mas, sim, de atendimento a determinadas condições impostas pelo Convênio ICM nº 36/97. Consideram que não pode o contribuinte se escusar do cumprimento de obrigação, a todos imposta, a pretexto de que bastaria provar a ocorrência do fato. Dizem que as provas apresentadas pelo contribuinte são

insubsistentes. As notas fiscais e os conhecimentos de transporte, bem como os livros fiscais, emitidos e escriturados pelo contribuinte, possuem peculiaridades, mas nada que lhes desfigure o caráter privado. Isto porque presumem-se verdadeiros os fatos descritos nos documentos fiscais regularmente emitidos. Essa força probatória não decorre da lei processual (CPC), mas da legislação de cada tributo. Segundo os autuantes, os documentos apresentados pela defesa servem de prova, por conseguinte, nos termos e limites que lhes reconheça tal efeito a legislação do ICMS, podendo ser opostos ao fisco como elementos marcados por uma presunção de veracidade. Consideram que o legislador achou de lhes subtrair esse manto presuntivo, nas operações de saída objeto desta autuação, receando que, sem a intervenção de uma entidade idônea, e com atuação em prol da região econômica beneficiada, haveria margem a que se simulassem operações destinadas à Zona Franca de Manaus, sem uma efetiva circulação de mercadoria.

Foi mandado dar vista da informação dos autuantes ao sujeito passivo.

O autuado protesta que os autuantes, em seu pronunciamento, emitem juízos de valor, exarando uma verdadeira decisão, invadindo assim a competência do órgão julgador. Apela para o princípio da verdade material. Apega-se à Ementa de decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em apelação cível, no Processo nº 1996.001.03808, em que foi aceita a prova do internamento de mercadorias na Zona Franca de Manaus através de Conhecimentos de Transporte, de declaração de clientes, de livros de entradas de clientes, etc. Demonstra que o CONSEF, por sua Câmara Superior, no julgamento do Auto de Infração nº 0567259/94, mediante o Acórdão CS nº 0067/00, publicado no D.O. de 18/2/2000, conforme Ementa transcrita na defesa, deu Provimento ao Recurso do sujeito passivo, admitindo a regularidade das operações em situação como esta. Transcreve também a Ementa do Acórdão CJF nº 0188/01, da 2ª Câmara, no julgamento do Auto de Infração nº 0567248/94, que considerou insubsistente a autuação pelos mesmos motivos. O autuado chama a atenção para a valorização do princípio da verdade material por este órgão de julgamento. Pede que se determine a realização de nova diligência para que sejam analisados os documentos anexados aos autos, de modo a se determinar a sua idoneidade, caso o órgão julgador não considere suficientes as provas apresentadas.

Na Decisão Recorrida o julgador de 1ª Instância proferiu o seguinte voto:

“O 1º tópico deste Auto de Infração acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude do registro de operação tributável como sendo não tributável, na saída de produto semi-elaborado para a Zona Franca de Manaus sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.

Na descrição do fato, é feita referência a produto semi-elaborado. A distinção entre produtos industrializados e produtos semi-elaborados era válida na vigência dos Regulamentos de 1989 e 1996. A partir da vigência do Regulamento de 1997, não faz mais sentido a distinção entre produtos industrializados e produtos semi-elaborados. O contribuinte anexou aos autos a prova de que as mercadorias relativas às Notas Fiscais 13778 e 19218 chegaram ao destino, na Zona Franca de Manaus, haja vista os registros na escrita fiscal do destinatário. Os extratos de cobrança bancária comprovam os pagamentos das duplicatas correspondentes. Pede que se determine a realização de nova diligência para que sejam analisados os documentos anexados aos autos, de modo a se determinar a sua idoneidade, caso este Conselho não considere suficientes as provas apresentadas. Não vejo necessidade de nova diligência, pois considero suficientes as provas apresentadas. A defesa demonstrou que, em casos anteriores, o CONSEF admitiu provas semelhantes, conforme os enunciados das súmulas do Acórdão CS 0067/00, da Câmara Superior, e do Acórdão CJF 0188/01, da 2ª Câmara. Essa jurisprudência tem respaldo no princípio da verdade material. É indevida a exigência fiscal de que cuida o 1º item do Auto de Infração.

Os itens 2º e 3º foram impugnados em conjunto. A defesa considera que se trata da mesma coisa. Na verdade, o 2º item diz respeito ao estorno parcial do crédito fiscal de insumos, proporcionalmente à redução da base de cálculo das saídas de produtos semi-elaborados com benefício da redução da base de cálculo destinados à Zona Franca de Manaus, compreendendo o período em que a legislação fazia a distinção entre produtos industrializados e

produtos semi-elaborados, ao passo que o 3º item se refere ao estorno total do crédito fiscal relativo às entradas de insumos utilizados na fabricação de produtos industrializados [o Auto se refere, por equívoco, a “semi-elaborados”] cujas saídas ocorreram com isenção, destinados à Zona Franca de Manaus.

Os fiscais autuantes não declaram, no Auto de Infração, qual o produto considerado. Mas nos demonstrativos anexos aos autos – cujas cópias sem dúvida foram entregues ao sujeito passivo no ato da intimação, nos termos do art. 46 do RPAF – consta que se trata de polietileno, e isso é confirmado pela defesa. O Anexo 7 do RICMS/89 e do RICMS/96 relacionam como sendo produtos semi-elaborados os polímeros de etileno, em formas primárias, classificados na posição 3901. Consta nos autos que o produto em questão, polietileno de alta densidade, é enquadrado no código 3901.20.0100 da NBM. A autuação, desse modo, é consentânea com a legislação. Não é razoável discutir-se, no âmbito administrativo, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do direito positivo.

As considerações acima dizem respeito, unicamente, à alegação da defesa de que o polietileno seria um produto industrializado, e não um produto semi-elaborado.

Quanto à exigência do estorno do crédito, que constitui, a rigor, o cerne da questão, essa matéria não será objeto de apreciação quanto ao mérito, por se encontrar *sub judice*. Farei algumas considerações em torno da questão apenas para situar os fatos em exame, porém me absterei de emitir juízo de valor quanto a ser ou não ser cabível a anulação do crédito, pela razão acima exposta.

Com efeito, os itens 2º e 3º dizem respeito ao crédito de insumos empregados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, parte com redução da base de cálculo, parte com isenção de ICMS. O fisco glosou o crédito, proporcionalmente, no caso das reduções, e totalmente, no caso das isenções. A defesa considera que se, nos termos do art. 4º do Decreto-lei nº 288/1967, a exportação de mercadorias de origem nacional para a Zona Franca de Manaus, para todos os efeitos fiscais, é equivalente a uma exportação para o estrangeiro, é legítima a manutenção do crédito fiscal.

O débito levantado pelo fisco compreende os exercícios de 1996 e 1997. Esses períodos são regidos por três Regulamentos: o de 1989, o de 1996 e o de 1997.

No Regulamento de 1989, durante algum tempo, nas remessas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus havia isenção, redução de base de cálculo e manutenção de créditos. Houve mudanças na legislação, eliminando-se a autorização da manutenção do crédito. No Regulamento de 1996, só havia previsão de isenção e redução da base de cálculo. No Regulamento de 1997, apenas existe a previsão de isenção do tributo.

No presente Auto de Infração, discute-se a manutenção do crédito, questão um tanto melindrosa. A matéria, conforme já foi salientado, está *sub judice*. A discussão reporta-se ao Convênio ICM 65/88, através do qual foram concedidos dois benefícios para as remessas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus: isenção e manutenção do crédito relativo às matérias-primas, aos materiais secundários e aos materiais de embalagem utilizados na produção dos bens que tivessem aquela destinação. Posteriormente, o Convênio ICMS 2/90 restringiu a isenção para os produtos industrializados em sentido estrito, excluindo do benefício os semi-elaborados, que passaram a ter redução da base de cálculo semelhante à prevista para os semi-elaborados exportados para o exterior. Por seu turno, o Convênio ICMS 6/90 viria a revogar a cláusula terceira do Convênio ICM 65/88, que autorizava a manutenção do crédito nas saídas com isenção para a Zona Franca de Manaus. Ocorre que os Convênios ICMS 2/90 e 6/90 tiveram os seus efeitos suspensos por medida cautelar deferida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Estado do Amazonas. Trata-se da ADIn 310/DF, em que figura como requerente o Governador do Estado do Amazonas e como requeridos os Secretários de Fazenda ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal e o Ministro da Fazenda.

O art. 117 do RPAF/99 prevê que se o sujeito passivo optar pela discussão da lide na via judicial ficam prejudicados sua defesa ou recurso no âmbito administrativo, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa. Essa regra não se aplica ao caso em exame. O contribuinte não ingressou em juízo visando à discussão do presente caso. O que existe é uma ação tramitando no Supremo que, apesar de o autuado não ser parte, a questão diz respeito à norma jurídica que dá sustentação à legislação estadual sobre a matéria aqui analisada.

Existem estudos doutrinários que norteiam o comportamento do fisco e por conseguinte também dos órgãos de julgamento na esfera administrativa quando se trata de medida liminar em Mandado de Segurança ou de medida cautelar ou de tutela antecipada deferida em outras espécies de ações judiciais. Valho-me aqui dos ensinamentos doutrinários expostos pela Dra. Maria Leonor Leite Vieira, em tópico no qual analisa o lançamento de ofício (Auto de Infração) na vigência de medida liminar. Segundo a autora, o Auto de Infração é lavrado apenas para *constituir* o crédito tributário, de modo a evitar que venha a caducar o direito de lançá-lo enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade. Sua argumentação é peremptória nesse sentido:

“O entendimento segundo o qual, com a suspensão da exigibilidade, está a Fazenda Pública impedida de efetuar o lançamento, por intermédio do auto de infração, assim, parece equivocado, pois que o lançamento *contido* na peça mencionada consubstancia uma pretensão legítima do Fisco, já que esta se define como

sendo a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação ou, na situação reflexa, o dever de outro de realizar a prestação, e o que caracteriza a pretensão é a *exigibilidade* ou, em outras palavras, a possibilidade de a Administração determinar a terceiros o cumprimento de obrigação veiculada pelo ato" (*A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário*, p. 85).

De fato, o que o CTN prevê, no art. 151, é que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspendem a *exigibilidade* do crédito, não a sua *constituição*. O ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo haver óbices à sua prática. O que não pode é o crédito ser *exigido*, isto é, executado, em caso de medida liminar ou de tutela antecipada, inclusive, evidentemente, em caso de medida cautelar em ADIn.

Noutro trecho, a referida autora assinala:

"Se assim é, para não sofrer os efeitos da decadência, ou seja, para não deixar perecer o crédito tributário, indisponível e irrenunciável para o agentes públicos, o Fisco deve proceder ao lançamento, dele dar ciência ao sujeito passivo e atestar a suspensão da exigibilidade do crédito. Ao fim da discussão – da lide – já terá os elementos para proceder à inscrição da dívida e promover a ação de execução fiscal e haver o seu legítimo crédito" (*op. cit.*, p. 87).

Num artigo publicado em jornal de circulação interna desta Secretaria, a Dra. Sylvia Amoedo Cavalcante, da PROFAZ, traçou com muita propriedade a linha a ser seguida em situação dessa natureza. Reportando-se ao entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional, ela comenta que nos casos de medida liminar concedida em Mandado de Segurança ou em Procedimento Cautelar com depósito do montante integral do tributo, quando já não houver saldo, deve o fisco efetuar o lançamento, sendo que,

"[...] efetuado o lançamento e notificado o contribuinte, deve ser esclarecido ao mesmo que a exigibilidade do crédito apurado permanecerá suspensa, em face da liminar concedida em MS, nos termos do art. 151 do C.T.N." (*Nulidade do Processo Administrativo Fiscal*, in Informativo Técnico Tributário, ano II, nº 9. Set/97, SEFAZ, p. 6-7).

Por conseguinte, os itens 2º e 3º devem ser mantidos, ficando, contudo, suspensa a execução fiscal do crédito tributário correspondente até a decisão final da ADIN 310/DF.

As ponderações da defesa a respeito da multa e dos acréscimos moratórios não se aplicam nesse caso, haja vista que dizem respeito a tributos federais.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Nas razões aduzidas no Recurso Voluntário, o autuado se diz surpreso com o julgamento referente ao Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, justificando que examinou o mérito dos itens em questão, concernente à ilegalidade e inconstitucionalidade dos produtos como semi-elaborados. Alega ser o estorno de crédito relativo aos insumos, inconstitucional, face ao art. 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCTs), na Constituição de 1988.

Pede que seja anulada a multa por entender que a ADIN suspendeu os efeitos dos Convênios nº 02/90 e nº 06/90, e consequentemente o Regulamento do ICMS.

Argüi que só baseado em lei é que o Fisco poderá impor penalidade, pois considera que não infringiu a norma em razão dos dispositivos que impunham os estornos estarem suspensos até o julgamento da ADIN.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a autoridade fiscal estava impedida de efetuar o lançamento em virtude da liminar da referida ADIN, citando o art. 62, do Decreto nº 70.235/72.

Diz que a ADIN 310/DF assegurou a isenção na remessa de produtos para contribuintes da Zona Franca de Manaus e a manutenção dos créditos de insumos na produção dos mesmos.

Afirma que está amparado pelo Convênio nº 65/88, e quanto aos que revogaram o benefício da manutenção dos créditos referidos (Conv. nº 02/90 e nº 06/90), por força da liminar estão com as suas eficácias suspensas.

Alega que os autuantes ao efetuarem as autuações na pendência da liminar da ADIN em questão, incorreram em erro de direito. E que o mérito não foi apreciado na Decisão Recorrida sob a alegação da existência da liminar e por isso entende que não existindo a motivação, a decisão seria nula com base no art. 18, do RPAF/99.

Prossegue discorrendo sobre a questão da suspensão da exigibilidade e considerou que deve o processo ser sobrestado, e que não poderia a decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, intimar o autuado para o pagamento do imposto acrescido de multa e juros moratórios porque considera que estaria constringendo o mesmo.

Se insurge contra a justificativa do julgador de que não é da competência do CONSEF apreciar inconstitucionalidade, por que ao seu ver, é daquele órgão o poder de aplicar ou deixar de aplicar lei por ele considerada inconstitucional e aplicar as constitucionais.

Alega ainda que não concebe que os produtos finais sejam considerados semi-elaborados, e que não pode aceitar que o produto “polietileno de alta densidade” seja produto semi-elaborado, porque na verdade seriam produtos industrializados.

Conclui requerendo a improcedência da autuação e considera ilegal a aplicação de multa citando o art. 63, da Lei nº 9.430/96, que tem aplicação federal e entende que deve ser adotada pela administração estadual. Pede ainda que seja julgado Nulo o Auto de Infração.

A PROFAZ, às fls. 190 e 191 exarou Parecer opinativo onde rejeita as preliminares suscitadas, esclarecendo que a liminar concedida pelo STF em ADIN impede apenas atos que se refiram a execução do débito, mas não tem o condão de impedir que a autoridade administrativa faça o lançamento. E diz que não pode ser apreciada qualquer alegação até a decisão final da mesma, e para que não haja julgamentos contraditórios, determina-se que o CONSEF não aprecie o mérito.

Quanto à alegação da multa com efeito confiscatório, assevera que a mesma foi aplicada com base na lei. Diz que acerca do pedido de sobrestamento do processo, o julgador de 1ª Instância fez constar no seu voto que até a decisão final da ação o processo ficará suspenso. Concluiu pelo Não Provimento do Recurso.

Na assentada de julgamento a Representante da PROFAZ, requereu vistas do processo, e emitiu novo Parecer retificando a manifestação daquele órgão, exarada no Parecer de fls. 190/191, quanto à falta de julgamento do mérito das infrações 2 e 3. Entendeu que assiste razão ao recorrente e considerou que a matéria objeto das infrações não é a questão que está sob a apreciação do Poder Judiciário, porque o que está em exame é o mérito das referidas infrações que foram objetivamente “considerados e amparados pela legislação estadual em vigor”, e não a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos Convênios nº 02/90 e 06/90. Opinou pela nulidade da Decisão Recorrida, respaldada no art. 18, inciso III, do RPAF/99, para que seja julgado o mérito dos itens 02 e 03 da acusação fiscal.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente sob o argumento do Auto de Infração ter sido lavrado na vigência de uma liminar da ADIN, entendendo o recorrente que a autoridade fiscal estava impedida de instaurar procedimento fiscal e efetuar o lançamento, uma vez

que a liminar concedida pelo STF nos autos da ADIN 310-1/DF não tem o condão de obstar que o titular do crédito tributário instaure procedimento fiscal e efetue o lançamento, resguardando-se dos efeitos da decadência do direito de constituir o aludido crédito. A liminar tão somente suspende a exigibilidade do crédito e impede os atos de constrição concernentes à sua execução. Ademais a regra inserta do Art. 151, do Código Tributário Nacional, dispõe que a concessão de medida liminar suspende a exigência do crédito tributário, mas não a sua constituição.

O recorrente argüiu ainda a nulidade da decisão sob o argumento da decisão não ter apreciado o mérito dos itens 2 e 3 e quanto à multa de 60% alegando que a exigibilidade do crédito está suspensa.

Ocorre que o mérito como visto na decisão de 1ª Instância só foi apreciado relativamente ao item 01, onde o julgador considerou as provas apresentadas pelo autuado e acolheu a jurisprudência referida pela defesa quanto a decisões que admitiram provas semelhantes, por este CONSEF e entendeu que a exigência fiscal do referido item não procedia.

Quanto ao mérito das infrações 02 e 03 que se referem a falta de estorno de crédito fiscal o julgador da Decisão Recorrida assim se manifestou: “Quanto à exigência do estorno do crédito, que constitui, a rigor, o cerne da questão, essa matéria não será objeto de apreciação quanto ao mérito, por se encontrar *sub judice*. Farei algumas considerações em torno da questão apenas para situar os fatos em exame, porém me absterei de emitir juízo de valor quanto a ser ou não ser cabível a anulação do crédito, pela razão acima exposta”.

Assim, quanto aos itens acima referidos, entendemos em consonância com a PROFAZ que o Relator da 1ª Instância, incorreu em engano ao entender que se aplicava ao caso, a regra do inciso II, do art. 167, do RPAF/99, por que o que está sob a apreciação do órgão julgador administrativo é o mérito das infrações amparadas na legislação estadual em vigor, e não a constitucionalidade ou não dos Convênios nº 02/90 e nº 03/90, esta sim, matéria objeto de arguição pela ADIN 310-1 ao Poder Judiciário.

Deste modo, concordo com a PROFAZ que deve ser declarada a nulidade da decisão, para que sejam devolvidos ao órgão julgador de 1ª Instância, para apreciar o mérito das infrações 02 e 03.

Relativamente à multa o argumento de que a Lei nº 9.430/96 deve ser aplicada na administração estadual não prospera, uma vez que a mesma tem aplicação para os tributos federais, e adotá-la implicaria em violar a autonomia dos Estados, no Sistema Federativo, pois consoante dispõe o art. 25, da CF/88, “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Ademais a referida multa está prevista na Lei nº 7.014/96 (art. 42, VII, “b”), e assim, a sua aplicação tem respaldo legal.

Não assiste razão ao recorrente quanto à alegação de que a multa aplicada teve caráter de confisco, por que está respaldado na Lei nº 4.825/89 e na Lei nº 7.014/96.

Quanto à autuação, entendo que os autuantes constituíram o crédito tributário pelo lançamento, atividade da competência exclusiva da autoridade administrativa na intelecção do comando do artigo 147 do CTN, com o objetivo de evitar a decadência do direito de constituir o mesmo, pelo decurso do prazo.

Em face do exposto, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, decretando-se o retorno dos autos para a 1ª Instância julgar o mérito das infrações 02 e 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e decretar o retorno dos autos à 1ª Junta de Julgamento Fiscal-JJF, para proferir nova decisão relativa às exigências constantes nos itens 02 e 03 do lançamento de ofício, referente ao Auto de Infração nº 279470.0006/01-3, lavrado contra **POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A**.

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

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFUZ