

PROCESSO - A.I. Nº 271330.0003/02-9
RECORRENTE - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0101-03/03
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 28.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0248-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MATERIA PRIMA E MATERIAIS SECUNDÁRIOS ADQUIRIDOS PARA UTILIZAÇÃO NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM O BENEFÍCIO DA ISENÇÃO. A Cláusula 3ª do Convênio ICMS nº 65/88 que assegurava a manutenção do crédito foi revogada pelo Convênio ICMS nº 06/90, com efeitos a partir de 01/01/91, não havendo previsão legal para a manutenção do crédito. A existência da liminar na ADI nº 310-1-DF não obsta a constituição do crédito tributário, apenas suspende sua exigibilidade. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Rejeitado o pedido de diligência. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo através de seu representante legal, respaldado no art. 169, I “b” do RPAF/99, em face da Decisão proferida na 3ª Junta de Julgamento Fiscal que através do Acórdão nº 0101-03/03, foi julgado Procedente o Auto de Infração acima indicado.

A infração apontou falta de estorno do crédito fiscal relativo ao ICMS nas entradas das matérias-primas, materiais secundários e material de embalagem utilizados na fabricação de produtos industrializados com o benefício de isenção nas operações de saídas destinadas à Zona Franca de Manaus com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação.

O autuado apresentou defesa tempestiva, às fls. 36 a 40, argüindo preliminarmente a Nulidade do lançamento, sob o fundamento de exigência do crédito tributário amparado nos Convênios nºs 01/90 02/90 e 06/90 que estão com a eficácia suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo Governo do Estado do Amazonas, pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1-DF.

Argúi nulidade ainda por entender que o autuante inobservou o art. 40 do RPAF/99 e não apensou a autorização para lavrar mais um Auto de Infração no mesmo período.

No mérito, alegou que a acusação não podia prosperar por que a empresa autuado estaria amparada pelos Convênios nºs 65/88, 45/89, 25/89 e 48/89, e que relativo às saídas dos produtos que enviou para a Zona Franca de Manaus, com isenção, é assegurado pelos Convênios ICMS nºs 65/88, 45/89 e nos demais acima referidos. Acrescenta que o cálculo do valor a ser estornado

constante das planilhas demonstradas nos Anexos D-1 e D-2 deve ser claro, para que dúvidas não existam quanto aos valores ali consignados. Argúi que o cálculo a ser estornado constante das referidas planilhas foi feito incorretamente e de maneira vaga, o que levou o autuado a deduzir que aquele valor fosse oriundo dos custos constantes das planilhas gerenciais da empresa.

Prossegue alegando que o artigo 40 do RPAF/99 não foi observado. Aduziu ainda que ao lavrar dois Autos de Infração, sendo o Auto de Infração nº 271.330.0002-02/02 de 15/10/02, que reclama o estorno de créditos relativos a insumos, constantes nas planilhas da empresa, suscitou dúvida se o valor calculado pelo autuante estaria errado. Considera para que os mesmos fossem aceitos como corretos, que o autuante deveria demonstrar o produto (insumo), e o valor que a empresa utilizou o crédito. E acrescenta ainda, que a infração enuncia que deixou de efetuar o estorno de matérias-primas, material secundário, mas, não identificam quais os materiais. Requer na hipótese de não acatar a nulidade que seja feita uma diligência para dirimir a dúvida quanto ao valor devido.

O autuante às fls. 44 a 48, apresentou informação fiscal, porém equivocadamente se referiu ao Auto de Infração nº 271.330.0002-02-03. O autuado tendo sido intimado no AR às fls.47 e 48, se manifestou nos autos, onde observa que o Auto de Infração relativo a este processo é o de nº 271.330.0003/02-9, e que só tem uma infração descrita, enquanto a informação fiscal se refere a outro lavrado contra a empresa. Pede que se esclareça qual a informação correta, a fim de que não tenha seu direito de defesa cerceado, e alega que a diligência feita pela relatora à Inspetoria de origem para que o autuante apresentasse a informação fiscal referente a este processo, o que foi feito pelo autuante à fl. 57 a 59 dos autos, e da mesma não teve conhecimento.

Na informação fiscal, o autuante refutou as preliminares argüidas, e no mérito alegou que a ADIN proposta pelo Estado do Amazonas ainda não foi apreciada no seu mérito, e por isso entendeu que não havia impedimento para a constituição do crédito tributário, tendo em vista que a liminar impede a execução, mas não a constituição do crédito, que são fases distintas no lançamento.

Acerca da argüição de infringência ao art. 40 do RPAF/99, pela lavratura de dois Autos de Infração, ressaltou que a autorização do Inspetor ocorreu com a aposição do visto no corpo do próprio Auto de Infração. Requereu a Procedência da autuação.

No julgamento da Junta a relatora do processo rejeitou o pedido de diligência respaldando-se no inciso I do art. 147 do RPAF/99, por considerar que os elementos constantes dos autos eram o bastante para o seu convencimento.

Rejeitou também as preliminares levantadas pelo sujeito passivo, por não vislumbrar nenhuma das situações elencadas no art. 18 do RPAF/99.

Relativo à liminar concedida na ADI nº 310-1/DF, alegou a relatora que tomou por base diversos julgados deste CONSEF e Pareceres exarados pela PROFAZ no sentido de que não há impedimento para que o Estado constitua o crédito tributário ficando suspensa a execução do mesmo até a Decisão final da ação pelo STF. E cita o art. 151 do CTN que prevê a suspensão da exigibilidade, mas não a constituição do crédito, havendo concessão de medida liminar ou de tutela antecipada.

Quanto aos cálculos dos estornos do crédito fiscal considerou que os demonstrativos de fls. 8 a 24, que não foram impugnados especificamente pelo autuado, presumiam-se verdadeiros conforme dispõe o art. 142 do RPAF/99, pois não foram contrapostos por outros levantamentos pelo impugnante, e observou que às fls.21 a 24, o autuante esclareceu as parcelas que compunham o custo de produção do ANEXO D-2.

Observou que a autuação abrange o exercício de 1997 que ocorrera na vigência dos Regulamentos de 1996 e 1997, e o art. 100, inciso IV do RICMS/96 e o art. 100, inciso I do RICMS/97, determinam o estorno do crédito fiscal na hipótese da saída subsequente ser isenta ou não tributada. Cita diversas decisões do CONSEF cuja matéria é idêntica a este Auto de Infração e conclui pela sua Procedência.

O sujeito passivo irredigido com a Decisão da 1ª Instância, interpôs Recurso Voluntário aduzindo as seguintes razões:

- 1) argúi preliminar de nulidade da infração descrita na peça acusatória, alegando que a exigência do imposto não está respaldada em lei que o tenha estabelecido, em face do crédito tributário está baseado em Convênio que a liminar em Mandado de Segurança lhe retirou a eficácia, referindo-se a ADI nº 310-1/DF.
- 2) Alega que o Convênio nº 65/88 está vigorando e que é sob o mesmo que está amparado o autuado ao manter os créditos.
- 3) Requer a nulidade sob outro argumento, em face da lavratura do Auto de Infração ter infringido o art. 40 do RPAF/99, porque não consta que o Inspetor tenha autorizado a lavratura de dois Autos de Infração. Diz que a cópia de cada Auto de Infração deve ser acostada ao outro Auto de Infração, e que a relatora admitiu uma autorização tácita, mas tal fato prejudicou a defesa no julgamento de 1ª Instância.
- 4) Alega que foi intimada da informação fiscal de outro Auto de Infração lavrado na mesma data, e argúi cerceamento de defesa por não ter sido comunicado da correção feita pelo autuante, bem como, o de não ter tido acesso à informação fiscal.
- 5) Reitera o pedido de Nulidade sob o fundamento de não ter exercido o seu direito de defesa, e que na hipótese do seu pleito não ser Acolhido, que seja cancelado o Auto de Infração em comento.
- 6) Quanto ao mérito, alega que os valores a serem estornados, constantes das planilhas D-1 e D-2, foram apurados incorretamente. Alega ainda que estão vagos e sem referência o que o levou à conclusão que sejam provenientes dos custos constantes nas planilhas gerenciais do autuado.
- 7) Assevera que o crédito fiscal dos produtos que tiveram saída para a Zona Franca de Manaus, com isenção, estavam assegurados pelos Convênios nºs 65/88 e 45/89, e o estorno deveria ter sido apurado com base no art. 100, inciso I do RICMS, identificando as entradas ou aquisições dos produtos.

Conclui que se os julgadores não acatarem a Nulidade, por não ter certeza se os valores lançados a título de estorno estão corretos isto levaria à improcedência da autuação.

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 82, onde considera que após analisar as razões do Recurso Voluntário entende que carece de argumentos jurídicos capazes de promover reforma no Acórdão recorrido.

Considerou que o fato gerador estava perfeitamente identificado e que não se verificou a existência de vício de nulidade. Identificou que o cerne da acusação foi à falta de estorno do crédito fiscal referente entradas de matérias-primas, material secundário e material de embalagem que foram utilizados na industrialização com o benefício da isenção na saída dos produtos para a Zona Franca de Manaus, tendo o autuado mantido o crédito fiscal que não está previsto na legislação.

Manifestou-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Examinando as peças constitutivas do presente processo, inicialmente apreciando a arguição de Nulidade da exigência fiscal, pelo sujeito passivo de que ante a existência de uma liminar em Mandado de Segurança em que se argüiu inconstitucionalidade dos Convênios n^{os} 01/90, 02/90 e 06/90, a autuação fiscal em que se exigiu o estorno de crédito fiscal não podia prosperar, verifico que o entendimento do recorrente, *permissa venia* não merece guarida, pois o mesmo é de todo equivocado, visto que a constituição regular do crédito fiscal não pode ser obstada por medida judicial concessiva de liminar, tendo em vista que não se subsume às situações elencadas no art. 151 do CTN.

O artigo referido no inciso IV, preconiza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, havendo concessão de medida liminar em Mandado de Segurança, mas como se vê, não impede a constituição do crédito.

Ademais, compete privativamente à autoridade administrativa efetuar o lançamento do crédito tributário, e sendo esta uma atividade vinculada, portanto cabia ao autuante ao constatar a irregularidade praticada pelo autuado que se utilizou do crédito fiscal relativo à aquisição de produtos (matéria-prima, material secundário e material de embalagem), sem proceder o devido estorno, por ter dado saída de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, efetuar o lançamento ex officio.

Verifico que também não assiste razão ao recorrente quanto ao fato do autuante ter efetuado a lavratura de dois Autos de Infração, que tem previsão no art. 40 do RPAF/99, e o visto do inspetor no corpo do Auto de Infração evidencia que autorizava o procedimento.

Ressalto ainda, que a nulidade só deve ser decretada quando ficar demonstrado o efetivo prejuízo à parte, ou evidente preterição ao direito de defesa, o que não ocorreu neste caso, inclusive por que a matéria objeto da autuação consta do Termo de Intimação para pagamento às fls. 26 a 28 dos autos, que data de 03/10/02 a ciência pelo autuado do teor do contido na intimação, e que não tendo sido pago no prazo ali consignado de dez dias, ensejou a lavratura deste Auto de Infração, relativo à infração 4 da referida intimação.

De fato o referido dispositivo determina que seja anexada a cada Auto de Infração cópia do outro Auto ou dos Autos de Infração anteriores. Contudo a inobservância deste procedimento não acarretou prejuízo ao recorrente, e é assente na doutrina que a nulidade só deve ser declarada diante da constatação de que houve um efetivo prejuízo para a parte que argüiu o vício. E esse vício há de ficar demonstrado. Porém não vislumbro nas razões do Recurso Voluntário a evidência de prejuízo, nem impossibilidade do oferecimento dos argumentos defensivos, inclusive, as planilhas constantes às fls. 8 a 24 do PAF foram entregues cópia ao recorrente conforme comprova o recibo à fl. 25 dos autos.

De outro modo, também considero que o descumprimento pelo autuante, ao que determina o artigo 40 do citado regulamento, que o mesmo deve justificar circunstanciadamente as razões da lavratura de mais de um Auto de Infração no mesmo período, não configura hipótese de nulidade ao teor do art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, a infração restou demonstrada, uma vez que, se tratando de saídas cuja tributação não ocorrerá por força da isenção concedida para as empresas que efetuam vendas para

empresas situadas na Zona Franca de Manaus, a legislação tributária determina que se proceda o devido estorno do crédito fiscal.

Neste sentido, considero que a não apresentação pelo recorrente de quaisquer levantamentos ou mesmo indicação de incorreções nos levantamentos elaborados pelo autuante que respaldam a acusação, às fls. 8 a 24 dos autos, tendo o mesmo argüido apenas que a manutenção do crédito estaria respaldado no Convênio ICM nº 65/88, tal argumento não prevalece, porquanto o Convênio ICMS nº 06/90 revogou a Cláusula terceira do citado Convênio ICMS nº 65/88, que autorizava a manutenção do crédito nas saídas com isenção para a Zona Franca de Manaus.

Assim, como o referido Convênio nº 06/90 teve os seus efeitos suspensos por medida cautelar deferida pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo Estado do Amazonas, referente a ADI nº 310-1-DF, a autuação fiscal subsiste, ficando contudo suspensa a exigibilidade do crédito até o julgamento do mérito da referida ADIn.

Observo que a matéria foi examinada na Decisão recorrida e os argumentos aduzidos no Recurso Voluntário por serem os mesmos da impugnação, já foram enfrentados no julgado de 1ª Instância.

A pretensão do recorrente de que o crédito seja mantido sob o argumento da validade do Convênio nºs 65/88 e 45/89 que foram revogados como dito acima, não prospera. A regra prevista no art. 100 do RICMS/97 respalda a autuação, ainda que a exigibilidade do crédito fiscal fique sobrestada conforme dispõe o art. 151 do CTN.

Concluindo, considero correta a exigência do estorno do crédito fiscal, pois não há o que se falar em manutenção do crédito visto que não se trata das hipóteses elencadas no art. 104 do RICMS/97. E como bem assinalou a relatora da Decisão recorrida, a matéria objeto da lide tem precedentes julgados neste CONSEF, em que se considerou correto o procedimento fiscal.

Por todo o exposto, em consonância com o opinativo da PROFAZ, mantenho o julgamento *a quo* e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271330.0003/02-9, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$231.823,05**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios. Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário (STF).

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFAZ