

A. I. Nº - 271330.0003/02-9  
AUTUADO - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A  
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE  
ORIGEM - INFRAZ SIMÕES FILHO  
INTERNET - 07/04/2003

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0101-03/03

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM O BENEFÍCIO DA ISENÇÃO. A Cláusula 3<sup>a</sup> do Convênio ICMS 65/88 que assegurava a manutenção do crédito foi revogada pelo Convênio ICMS 06/90, com efeitos a partir de 01/01/91, não havendo previsão legal para a manutenção do crédito. A existência da liminar na ADIN 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 15/10/02, para exigir o ICMS no valor de R\$231.823,05, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem etc, utilizados na fabricação de produtos industrializados com o benefício da isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação – exercício de 1997.

Às fls. 26 a 28, foi acostado um Termo de Intimação para Pagamento para que o contribuinte pudesse recolher o débito, no prazo de dez dias da ciência, sem a imposição de multa.

O autuado apresentou defesa, às fls. 36 a 40, preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento, pois “está a exigir imposto sem que a Lei o tenha estabelecido”, “isto pelo fato de estar o crédito tributário amparado pelos Convênios ICMS 01/90, 02/90 e 06/90, que se encontram com sua eficácia suspensa por força de liminar em Mandado de Segurança concedida ao Governador do Estado do Amazonas, na qualidade de Chefe do Executivo daquele Estado, pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1-DF”.

Acrescenta que o Auto de Infração também deve ser declarado nulo porque o autuante não seguiu as normas previstas no artigo 40, do RPAF/99, isto é, deixou de apresentar, nos autos, a autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, além das cópias dos demais autos de infração lavrados.

No mérito, alega que a exigência não pode prosperar, pois o crédito fiscal dos produtos que enviou para a Zona Franca de Manaus, com isenção, é assegurado pelos Convênios ICMS 65/88, 45/89, 25/89, 48/89 e 62/89.

Aduz, ademais, que “o cálculo do valor a ser estornado supostamente demonstrado nas planilhas dos Anexos D-1 e D-2, foi feito de maneira incorreta” e, por ser “completamente vago e sem referência”, levou-o a “inferir que os valores reclamados pelo autuante são oriundos dos custos constantes em planilhas gerenciais” por ele fornecidas. Entretanto, os valores considerados nas planilhas elaboradas pelo preposto fiscal “contemplam produtos que o Estado não permite o crédito fiscal de suas aquisições”; como o autuante não juntou cópias dos demais Autos de Infração lavrados na mesma ação fiscal, alega que “não tem a segurança jurídica necessária para afirmar que os valores lançados a título de estorno de crédito estão corretos”.

Ressalta que o autuante, ao desconsiderar créditos referentes a diversos insumos constantes das planilhas gerenciais da empresa e inclusive lavrar o Auto de Infração nº 271330.0002/02-2 de 15/10/02, que reclama o estorno desses créditos, gerou a dúvida se o valor do estorno calculado estaria correto.

Argumenta que “para que os valores fossem corretos e válidos, seria necessário que o nobre autuante demonstrasse o valor e os produtos (insumos) que efetivamente a empresa tomou como crédito e que estes foram aceitos pelo Estado” e que “tomar o valor lançado a custo constante de planilhas gerenciais geradas pela empresa, não garante que os valores, ali lançados, geraram efetivamente créditos de ICMS na sua entrada no estabelecimento”.

Por fim, solicita a realização de diligência “para dirimir suas dúvidas quanto ao valor que realmente é devido”, “visto que os valores apontados não traduzem com segurança o valor supostamente devido”.

O autuante, às fls. 44 a 48, acostou uma informação fiscal referente ao Auto de Infração nº 271330.0002/02-2, em que combate as preliminares de nulidade levantadas pelo contribuinte e, no mérito, apresenta argumentos relativos a cinco infrações.

Intimado a se pronunciar, uma vez que o autuante retificou o Anexo IF-A, o contribuinte salienta que o presente lançamento exige o ICMS relativamente a apenas uma infração e levanta a hipótese de a informação fiscal se referir a outro Auto de Infração. Assim, requer que este CONSEF esclareça a que auto de infração pertence a informação fiscal, a fim de poder se defender corretamente.

Esta 3ª JJF, constatando o equívoco cometido pelo autuante, ao apresentar informação fiscal relativa a outro lançamento, decidiu converter o PAF em diligência para que o preposto fiscal acostasse a informação fiscal pertinente.

O autuante apresentou a sua informação fiscal, às fls. 57 a 59, inicialmente combatendo as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo da seguinte forma:

Diz que o mérito da ADIN proposta pelo Estado do Amazonas ainda não foi apreciado, de maneira que “nada impede ao estado da Bahia constituir regularmente seus créditos e aguardar a decisão final do STF”, tendo em vista que “a liminar impede a execução do débito e não a sua constituição, que são etapas totalmente distintas do lançamento”.

Quanto à alegada infringência ao artigo 40, do RPAF/99, aduz que o Inspetor Fazendário aceitou a justificativa para a lavratura de dois autos de infração, uma vez que concedeu a sua autorização mediante a aposição de visto no local apropriado nos autos de infração. Acrescenta que a separação das infrações em lançamentos distintos teve como objetivo imprimir celeridade processual à lide, já

que “enquanto fica sobrestada a execução de créditos tributários oriundos da exigência de estorno de crédito fiscal das aquisições nas saídas para a Z. Franca de Manaus, as outras infrações têm seu trâmite normal, o que se mostra bastante lógico”.

Prosegue dizendo que a exigência de autorização para a lavratura de autos de infração distintos somente fazia sentido no RPAF/81, época em que o Inspetor Fazendário só tomava conhecimento dos lançamentos de ofício após a sua lavratura e a ciência ao autuado, e que com a alteração da legislação processual tributária (RPAF/99), a autoridade fazendária tem o total controle de todo o processo que envolve a ação fiscal e, portanto, somente é possível a lavratura de um ou mais autos de infração com sua autorização, o que se perfaz com a aposição do “visto” no corpo do auto de infração.

Por fim, alega que, de acordo com renomados processualistas, uma nulidade apenas deve operar se trouxer prejuízos à parte, o que não ocorreu na situação em análise, tendo em vista que o sujeito passivo pôde contestar todos os itens dos dois lançamentos de ofício.

No mérito, argumenta que o autuado tentou confundir os julgadores “trazendo numa mesma contestação a discussão de dois autos de infração distintos”. Para sanar as dúvidas, diz que deve ser verificada a planilha D-2 (fl. 24) onde se demonstra quais parcelas foram consideradas para apuração do custo unitário de produção. Ressalta que, em uma situação normal, o contribuinte teria direito ao crédito na aquisição das mercadorias, mas que, na presente situação, trata-se de saídas não tributadas, estando o contribuinte obrigado a realizar o estorno dos créditos apropriados na aquisição, uma vez que o benefício fiscal foi concedido para as empresas localizadas na região amazônica e não para os contribuintes situados em outras regiões do país.

Salienta, ainda, que o outro auto de infração foi lavrado por falta de estorno de créditos fiscais referentes a materiais de uso e consumo, infração que não integra o presente lançamento, o qual exige o tributo com fundamento na legislação, consoante os dispositivos que foram citados.

Finalmente, alega que não importa a denominação dos relatórios e sim a certeza de que deles se poderiam extrair as informações necessárias à apuração do custo unitário de produção, “como de fato ocorreu, expurgando-se da apuração do custo as parcelas não autorizadas pela legislação”. Acrescenta que “se esta apuração estivesse realmente incorreta a defesa teria apresentado outra planilha com os valores que considerasse correto”. Conclui dizendo que a defesa é meramente procrastinatória, ao requerer uma diligência desnecessária, e pede a procedência deste lançamento.

## VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência formulado pelo autuado, com fundamento no artigo 147, inciso I, do RPAF/99, já que considero suficientes, para a formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos.

Além disso, o sujeito passivo não apontou de forma específica, em sua peça defensiva, os equívocos porventura cometidos pelo autuante, limitando-se a afirmar que “o cálculo do valor a ser estornado supostamente demonstrado nas planilhas dos Anexos D-1 e D-2, foi feito de maneira incorreta” e, por ser “completamente vago e sem referência”, levou-o a “inferir que os valores reclamados pelo autuante são oriundos dos custos constantes em planilhas gerenciais” por ele fornecidas.

Deixo, ainda, de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo contribuinte, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado com a descrição da irregularidade e o seu enquadramento legal, não

ocorrendo nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18, do RPAF/99 para a declaração de nulidade do lançamento.

Quanto à liminar concedida pelo STF na ADIN nº 310-1-DF, consoante diversos pareceres apresentados pela PROFAZ e decisões exaradas por este CONSEF, como o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Amazonas ainda não foi apreciado, nada impede que o Estado da Bahia constitua regularmente o crédito tributário, devendo, entretanto, ser suspensa a sua execução até a decisão final do Supremo Tribunal Federal. Saliente-se que o CTN prevê, em seu artigo 151, que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspendem a *exigibilidade* do crédito tributário, mas não a sua *constituição*.

Relativamente à alegação defensiva, de lavratura de dois autos de infração sem a autorização do Inspetor Fazendário, com infringência ao disposto no artigo 40, do RPAF/99, também não pode ser acatada. O mencionado artigo 40, do RPAF/99 determina que “em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, anexando-se a cada Auto, cópia da justificativa e da autorização”. Tal dispositivo regulamentar deve ser interpretado em consonância com as alterações legais levadas a efeito no procedimento de lavratura de lançamentos de ofício. Atualmente, é impossível o registro de autos de infração sem o “visto” da Autoridade Fazendária no campo próprio, o que equivale a dizer que o presente lançamento de ofício foi devidamente autorizado pelo Inspetor Fazendário e é capaz de produzir todos os seus efeitos legais e jurídicos.

Ademais, como bem salientado pelo preposto fiscal, uma nulidade somente deve ser declarada se, comprovadamente, trouxer prejuízos à parte, o que não ocorreu na situação em análise, tendo em vista que o sujeito passivo pôde contestar, sem nenhum cerceamento de defesa, a infração apontada neste lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o imposto em decorrência da falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem etc, utilizados na fabricação de produtos industrializados com o benefício da isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação, no exercício de 1997.

O autuado se limitou a dizer que o Convênio ICMS 65/88 está vigorando em toda a sua plenitude e, portanto, o procedimento por ele adotado está legalmente amparado e que “o cálculo do valor a ser estornado supostamente demonstrado nas planilhas dos Anexos D-1 e D-2, foi feito de maneira incorreta” e, por ser “completamente vago e sem referência”, levou-o a “inferir que os valores reclamados pelo autuante são oriundos dos custos constantes em planilhas gerenciais” por ele fornecidas.

Não obstante os argumentos defensivos, verifica-se que os cálculos dos estornos de crédito fiscal foram efetuados pelo autuante e apresentados nos diversos demonstrativos anexados ao PAF, às fls. 8 a 24, os quais não foram especificamente impugnados pelo contribuinte, que não apontou nenhum equívoco porventura cometido e sequer acostou outras planilhas com valores que pudessem se contrapor ao trabalho do preposto fiscal, presumindo-se, assim, serem verdadeiros os números apresentados pelo autuante em seus demonstrativos, acorde o artigo 142, do RPAF/99.

Ressalte-se que o autuante se baseou nas planilhas gerenciais de custo fornecidas pelo próprio sujeito passivo, adotando como custo de produção apenas o somatório dos valores de aquisição de

matérias primas, materiais secundários, insumos, utilidades e materiais de embalagem, conforme consta no campo “observações” do Anexo D-2 (fl. 24).

Como mencionado acima, no presente lançamento, discute-se a manutenção ou não do crédito fiscal relativo ao ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição de matérias primas, materiais secundários, materiais de embalagem etc, utilizados na fabricação de produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus, com o benefício da isenção.

Por meio do Convênio ICM 65/88 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 revogou 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 310-1-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.

A presente autuação abrange o exercício de 1997, na vigência dos Regulamentos de ICMS de 1996 e 1997 e, tanto o artigo 100, inciso IV, do RICMS/96 quanto o artigo 100, inciso I, do RICMS/97, estabelece que o contribuinte anulará ou estornará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias forem objeto de operação ou prestação subsequente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível à data da entrada.

Observe-se que, no artigo 104 do RICMS/96 e do RICMS/97, o qual especifica as hipóteses de manutenção de crédito do imposto estadual, não estão incluídas as operações de saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus.

Ademais, esta matéria já foi objeto de inúmeras decisões exaradas por este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0309/11-02, 0341/12-02, 0445/12-02, 0448/12-02, 0476/01 e 2560/00, não restando dúvidas sobre o acerto da ação fiscal.

Finalmente, há que se destacar que o contribuinte não foi intimado a se pronunciar sobre a informação prestada pelo autuante, às fls. 57 a 59, porque não foram aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 271330.0003/02-9, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

no valor de R\$ 231.823,05, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de abril de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA