

A. I. N° - 206975.0001/03-6
AUTUADO - CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA
AUTUANTE - ISMÊNIA MAJDALANI DAMASCENO e ZILMAR DA SILVA VIEIRA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.06.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0211-02/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM BENEFÍCIO DE ISENÇÃO. Exige-se o estorno dos créditos fiscais relativos às entradas dos insumos e do material de embalagem utilizados na fabricação de produtos semi-elaborado, saídos com benefício de isenção para a Zona Franca de Manaus, quando não houver previsão legal para manutenção dos citados créditos fiscais. Existência de Liminar em ADIN suspende a exigibilidade do crédito tributário até decisão definitiva da ação. Lançamento subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/03, exige o ICMS de R\$126.528,89, relativo aos exercícios de 1998 e 1999, em razão da falta de estorno de crédito fiscal relativo aos insumos utilizados na fabricação de produtos semi-elaborados (DI-Octil-Ftalato – DOP), os quais foram destinados à Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção, sem que houvesse previsão legal para a manutenção do crédito fiscal, conforme demonstrativos às fls. 8 a 87 dos autos.

O autuado, apresenta impugnação ao Auto de Infração, às fls. 89 a 113 dos autos, através de sua procuradora legalmente constituída, onde apresenta as seguintes razões de defesa:

1. Preliminarmente argüi a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que a autoridade fiscal estaria impedida de instaurá-lo e lançá-lo, sob os efeitos da ADIN 310-DF, cuja liminar para suspensão dos Convênios 02/90 e 06/90 foi concedida pelo plenário do STF em 25/10/90. Destaca que a referida ADIN nº 310-DF, suspendeu, até o julgamento final da Ação, o que não ocorreu até a presente data, a vigência dos Convênios ICMS nº 2/90 e 6/90, os quais revogaram o benefício da isenção, nas saídas de produtos destinados para contribuintes estabelecidos na Zona Franca de Manaus, e, conseqüentemente, impossibilitaram a manutenção dos créditos de ICMS, relativos aos insumos consumidos na produção, previstas no Convênio nº 65/88. Cita o art. 62 c/c o art. 7º do RPAF, aprovado pelo Decreto Federal nº 70.235/72, do que entende que independe de ser aplicável aos processos administrativos federais, pois tem o condão de demonstrar a materialização de direito subjetivo.

2. No mérito, entende que a legislação a ser aplicada é o Convênio ICM nº 65/88, o qual isentou do ICM as remessas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, como também assegurou, expressamente, o direito a manutenção dos citados créditos fiscais. Invoca a Lei Complementar nº 65/91, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF, mantendo sua eficácia, na qual, em seu artigo terceiro, ratifica definitivamente o direito ao crédito integral sobre os produtos destinados ao exterior. Em seguida, aduz que o Decreto nº 288/67 equiparou todas as operações destinadas à Zona Franca de Manaus à operações de exportação, com todos os incentivos fiscais que as exportações recebem dos governos estaduais e federal, cuja situação privilegiada foi mantida pela Constituição Federal de 1988. Assim, entende que tal fato só vem corroborar a flagrante inconstitucionalidade dos Convênios Estaduais 02/90 e 06/90, cujo lançamento do crédito tributário deve permanecer sobrestado até o julgamento final da ADIN. Por fim, alega ser injusta e ilegal a multa aplicada de 60% durante a vigência de liminar em ADIN, com efeitos *erga omnes*, mesmo porque entende que não cometeu qualquer infração. Cita doutrina e jurisprudência.

Diante de tais considerações, requer o defendente:

1. pela nulidade do Auto de Infração, em vista de Liminar concedida na ADIN 310-DF;
2. pela suspensão do PAF, a partir do lançamento fiscal até o julgamento da ADIN pelo STF;
3. pela retirada da multa indevidamente aplicada de ofício, pois o ato praticado foi legal, amparado pela ADIN, logo, não havendo infração não poderá haver aplicabilidade de multa;
4. pelo recebimento da impugnação em todos os seus efeitos para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Os autuantes, em sua informação fiscal, às fls. 119 a 120 do PAF, aduzem que a contestação apresentada não contém nenhum elemento capaz de modificar a autuação. Ressaltam que o Auto de Infração tem por efeito constituir o crédito tributário para evitar a eventual caducidade do direito de lançamento, enquanto perdurar a medida liminar, pois o que está suspensa é a exigibilidade. Registram que a ação fiscal está fundamentada no RICMS-BA, vigente á época do fato gerador, que não mais contemplava a manutenção do crédito fiscal de matérias-primas, materiais secundários e materiais de embalagem utilizados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus. Entendem que a medida liminar é sempre provisória, destinadas a evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação, sem, contudo, examinar ou considerar o mérito. Citam doutrina e entendimento da PROFAZ, o qual se reporta ao Parecer Normativo nº 1064/93, emitido pela Procuradoria da Fazenda Nacional, no sentido de 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 sido, deve ser efetuado o lançamento, ex-vi do art. 142 e respectivo parágrafo único do C.T.N.”, orientando, ainda, que deve ser esclarecido ao contribuinte que a exigibilidade do crédito apurado permanecerá suspensa, em face da liminar concedida, nos termos do art. 151 do C.T.N. Assim, concluem os autuantes que deve-se efetuar o lançamento do crédito, cuja constituição se submete a prazos, pois a medida liminar não reflete qualquer juízo do STF em relação ao mérito.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$126.528,89, em razão da falta de estorno de créditos fiscais, nos exercícios de 1998 e 1999, por falta de previsão legal para sua manutenção, relativos aos insumos utilizados na fabricação de produto semi-elaborado, vendido com isenção do imposto à Zona Franca de Manaus, conforme demonstrativos às fls. 8 a 87 dos autos.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida pelo autuado no sentido de que a autoridade fiscal estaria impedida de instaurá-lo e lançá-lo, sob os efeitos da ADIN 310-DF, cuja liminar para suspensão dos Convênios nº 02/90 e 06/90 foi concedida pelo plenário do STF em 25/10/90, uma vez que, no caso concreto, o citado instrumento jurídico, apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não seu lançamento, no sentido de se resguardar o interesse do erário estadual, diante da iminência de se operar a decadência do direito de constituí-lo.

Portanto, a medida liminar apenas suspende a exigência do crédito tributário, pois não houve qualquer decisão definitiva do mérito, consoante art. 151, inciso V, do CTN, o qual estabelece que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, sendo que seu lançamento e sua constituição continuam legítimos e válidos. Assim, não há, portanto, de se falar em nulidade.

Quanto ao mérito, entendo não ser pertinente a alegação de defesa de que a legislação a ser aplicada é o Convênio ICM nº 65/88, o qual isentou do ICM as remessas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, como também assegurou, expressamente, o direito a manutenção dos citados créditos fiscais, uma vez que não se deve chegar a tal conclusão enquanto não houver a decisão judicial transitado em julgado.

Esta infração reiteradamente já foi objeto de julgamento por este tribunal administrativo, sendo pacífico o entendimento da procedência da exigência do imposto e o Não Provimento do Recurso Voluntário por parte dos colegiados das instâncias superiores.

Assim, na ausência de qualquer decisão judicial sobre a validade dos Convênios nºs 02/90 e 06/90, cabe ao CONSEF a aplicação das normas regulamentares compreendidas na esfera estadual, a exemplo do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, no qual em seu art. 100, inciso I, estabelece que o contribuinte estornará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando forem objeto de operação subsequente isenta ou não tributada.

Como trata-se de saídas de produto semi-elaborado para a Zona Franca de Manaus com o benefício da isenção, nos termos do art. 29 do RICMS, sem que haja previsão legal para a manutenção dos créditos fiscais, aplica-se o estorno previsto no citado art. 100 do RICMS, conforme procederam corretamente os autuantes.

No tocante a multa de 60% sobre o imposto exigido, considerada injusta e ilegal pelo sujeito passivo, é a prevista na Lei nº 7.014/96, para o caso concreto.

Do exposto, voto o Auto de Infração PROCEDENTE, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão definitiva da ADIN nº 310-DF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206975.0001/03-6**, lavrado contra **CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.528,89**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão definitiva da ADIN nº 310-DF.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR