

PROCESSO - A. I. Nº 281076.0007/03-8  
RECORRENTE - POLALDEN PETROQUÍMICA S/A  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão da 3ª JJF nº 0072-03/04  
ORIGEM - IFEP- METRO  
INTERNET - 03.06.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0102-12/04

**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. No caso em lide, cumpre distinguir os fatos e o direito aplicável. Os fatos não foram questionados pelo sujeito passivo, pois este nem nega ter feito as vendas para a Zona Franca de Manaus, nem questiona os cálculos. No tocante ao direito aplicável, a matéria se encontra *sub judice*, haja vista a concessão de Liminar na ADIN nº 310-1-DF. Mantido o lançamento do crédito tributário, para evitar a decadência do direito de efetuá-lo, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. Não acatada a preliminar de decadência. Correta a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$496.252,71, 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 de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação - exercícios de 1998 e 1999.

O ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, analisou e rejeitou a preliminar de decadência suscitada pelo sujeito passivo, salientando que embora o Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, mas quando o Fisco atua no sentido de recuperar parcelas do tributo mediante lançamento de ofício, o prazo para contagem da decadência deve ser aquele expresso no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado”, o que no caso, não foi feito pelo sujeito passivo.

Aduz que na situação em análise, os fatos geradores ocorrem no período de janeiro de 1998 a dezembro de 1999 e o prazo para constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2003 e

como o Auto de Infração foi lavrado em 22/12/03, não havia se configurado a decadência do prazo para lançamento do tributo.

Salienta, ainda, que esse entendimento é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF e transcreve, como exemplos, o voto do Cons. Ciro Roberto Seifert, no Acórdão CJF nº 0274-12/02, o voto vencedor da Cons. Ivone de Oliveira Martins, no Acórdão CJF nº 0150/12/02 e o exarado pelo Cons. Tolstoi Nolasco Seara, no Acórdão CJF nº 11/02.

Quanto ao mérito observa que o autuado não impugnou os números apresentados pelo autuante, limitando-se a sustentar que a existência de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 310-1-DF, suspendendo os efeitos jurídicos dos Convênios ICMS nºs. 01/90, 02/90 e 06/90, lhe asseguraria o direito à manutenção do crédito fiscal referente aos insumos aplicados na industrialização de mercadorias remetida para a Zona Franca de Manaus pelas disposições constantes do artigo 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitória, do Decreto-Lei nº 288/67 e do Convênio ICM Nº 65/88.

Entendeu o ilustre relator que a liminar concedida não tem o condão de impedir que a autoridade fazendária constitua o crédito tributário, como assevera o autuado, ao argumento de que a medida antecede à lavratura do Auto de Infração, consoante a jurisprudência assente neste CONSEF e também porque a regra inserida no artigo 151, do Código Tributário Nacional, dispõe que a liminar suspende a exigência do crédito tributário, mas não a sua constituição.

Para corroborar esse entendimento, transcreve o voto prolatado pelo Cons. Tolstoi Seara Nolasco, no Acórdão nº 0111-12/03.

O recorrente, por seu advogado, interpôs Recurso Voluntário primeiro analisando e sintetizando a base de argumentos da Decisão recorrida, entendendo que a sua fundamentação não tem respaldo legal.

Afirma que a despeito do Órgão Julgador ordinário não ter acatado a preliminar de decadência, cumpria demonstrar a impossibilidade de o Auto de Infração combatido exigir o recolhimento de parcelas do imposto, relativas aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 1998, em virtude de estar esse crédito tributário irremediavelmente atingido pela decadência, por se tratar o ICMS de típico tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o sujeito passivo pratica uma série de atos, culminando com a antecipação do tributo, enquanto a Fazenda Pública se limita a exercitar o controle homologando, expressa ou tacitamente, os expedientes realizados pelo contribuinte.

Entende, assim, que se aplica o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional e, reputando tacitamente homologado, extinto o crédito tributário, conforme dicção do artigo 156, VII, do citado Código.

Aduziu que no caso em tela, na data em que foi efetuado o lançamento – 23.12.2003 -, já havia ocorrido a homologação tácita dos pagamentos relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 1998, pelo que se operou a perda do direito do Fisco Estadual exigir o complemento do imposto supostamente recolhido a menor, devendo ser excluída da autuação a parcela a ela correspondente.

Disse ainda que a conclusão a que chegou a Decisão recorrida para descharacterizar o lançamento por homologação, está calcada em uma premissa equivocada, qual seja, a de que não houve o

recolhimento de fato do ICMS relativo àquelas competências, o que não condiziria com a realidade, porque a recorrente recolheu normalmente o imposto devido no período, abatendo, entretanto, todos os créditos a que fazia jus em conformidade com a legislação que regula a matéria, o que incluiria aqueles incidentes sobre a aquisição de insumos utilizados na industrialização de produtos remetidos à Zona Franca de Manaus.

Reitera que os débitos referentes ao período compreendido entre janeiro e novembro de 1998 devem ser extintos, pois o direito à sua cobrança já havia decaído à época da autuação.

Com relação à questão de mérito, estorno de créditos decorrente da venda de produtos para a Zona Franca de Manaus, aponta que o Auto de Infração exige o pagamento do ICMS não recolhido em virtude da recorrente não ter estornado os créditos fiscais respectivos, fundamentando a autuação nos arts. 100 I e 214, ambos do RICMS/97, os quais transcreve, disse que a recorrente lastreou seu direito à utilização dos créditos sob ótica no Decreto-Lei nº 288/67, que trata da referida Zona Franca, dispendo em seu artigo 4º que, para todos os efeitos fiscais, as vendas de mercadorias para lá destinadas são equiparadas à exportação para o estrangeiro.

Discorre sobre o Convênio ICM nº 65/88 que convalidou essa isenção e a Disposição Constitucional Transitória da Constituição Federal aplicável a Zona Franca de Manaus.

Cita e transcreve jurisprudência sobre o tema.

Com relação ao Convênio nº 06/90, que modificou a isenção em comento, na medida em que cancelou o benefício de manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados nas operações de remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, o Supremo Tribunal Federal acolheu Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, requerida pelo Governador do Estado de Amazonas, e concedeu, em 25.10.90, liminar suspendendo os efeitos do referido convênio, até a decisão final da ação.

Assim, entende que, estando o Convênio suspenso, é forçosa a conclusão de que devem ser aplicadas as regras de regência anteriores, que asseguram a manutenção do crédito fiscal considerado indevido. Daí porque, como a liminar tem efeitos *erga omnes* e, portanto, deve ser obedecida pela autoridade fazendária e por ter o condão de impedir o lançamento, a liminar em questão suspenderia a exigibilidade do crédito e também a sua constituição.

Transcreve doutrina predominante sobre a matéria.

Ao final requer que sejam acolhidas as suas razões recursais para reformar totalmente a decisão de Terceira Junta de Julgamento Fiscal e que seja declarada a decadência do direito do Fisco Estadual ao lançamento do ICMS supostamente recolhido a menor nos meses de janeiro a novembro de 1998 e que seja julgado Improcedente o auto de infração em lide, tendo em vista a falta de respaldo legal, ante a suspensão dos efeitos do Convênio nº 06/90, por liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, aponta que a recorrente desde a Primeira Instância alega que existe ação judicial, no Supremo Tribunal Federal, ADIN Nº 310-DF, com deferimento de liminar, que suspende os efeitos do Convênio ICMS 06/90, que regulamenta a matéria objeto do presente Auto de Infração.

Entende a Douta procuradora que o Recurso Voluntário interposto encontra-se prejudicado, ante o deslocamento da discussão em lide para o judiciário, efetivada pelo autuado, o que deveria ter ocorrido desde a defesa interposta e que, assim, deve ser aplicado o art. 117, § 1º, do RPAF/97, devendo o presente recurso ser julgado prejudicado e o processo encaminhado a PGE/PROFIS para saneamento e demais providências, após a lavratura do termo de encerramento do PAF.

Na assentada de julgamento, a procuradora presente a sessão, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa expressou o seguinte Parecer:

*“Considero que não se trata de escolha pelo contribuinte da via judicial. A ADIN, evidentemente, suscitará efeitos sobre a autuada, mas não foi escolha sua discutir o tema no Poder Judiciário.*

*Além do mais, o pedido do Recurso é exatamente a impossibilidade da lavratura do Auto de Infração diante da existência da liminar em ADIN. Essa pergunta portanto, deve ser respondida, daí a necessidade do processamento do Recurso.*

*No mérito, o COTEB, baseado em autorização legal (art. 150, § 4º do CTN) adiou o marco inicial da decadência para o 1º dia do exercício seguinte.*

*Quanto aos efeitos da liminar da ADIN, entendo que é uma decisão precária que não pode impedir a constituição do crédito tributário.*

*Além do mais, não haveria diferença para a decisão de mérito, que é definitiva, ao contrário da liminar.*

*Ademais, a aplicação da legislação anterior não é possível, em face do quanto estabelecido na LICC que exclui a reprise da legislação no nosso ordenamento jurídico.*

*Por fim, entendo que o princípio da segurança jurídica não pode ser abalado pela liminar em ADIN.*

*Os Estados não podem ficar sem substrato jurídico para a prática dos seus atos”.*

## VOTO

Entendo que a questão é eminentemente jurídica e, assim, acompanho o Parecer da Douta procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

Portanto, afasto a preliminar de decadência das parcelas do imposto, relativas aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e novembro de 1998, argüidas pelo recorrente, ao considerar que, por se tratar o ICMS de típico tributo sujeito ao lançamento por homologação, teria decaído o direito de a Fazenda Pública exigir o valor não recolhido, ao observar que a legislação baiana, com base no próprio art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, estabeleceu o marco inicial para contagem da decadência o primeiro dia do exercício seguinte à data do fato gerador.

Com relação aos efeitos da liminar da ADIN nº 310, entendo que é uma decisão precária que não pode impedir a constituição do crédito tributário, embora suspenda a sua exigibilidade.

Dessa forma, verifico que a Decisão recorrida está correta e, assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

**RESOLUÇÃO**

**ACORDAM** os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281076.0007/03-8, lavrado contra **POLIALDEN PETROQUÍMICA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$496.252,71, 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.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): José Carlos Barros Rodeiro, Tolstoi Seara Nolasco José Raimundo Ferreira dos Santos, Cesar Augusto da Silva Fonseca e Carlos Fábio Cabral Ferreira .

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as): Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS