

**A. I. Nº** - 279470.0005/04-1  
**AUTUADO** - XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
**AUTUANTE** - EUZIANE GOUVEIA DA SILVA  
**ORIGEM** - IFMT SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 14/03/2005

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0060-03/05

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com art. 117, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 28/12/04, para exigir o ICMS no valor de R\$13.350.857,92, 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 – exercícios de 1999 a 2004.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 20 a 36), suscitando as seguintes preliminares:

1. inexistência de recolhimento a menos do imposto – alega que, embora tenha escriturado o crédito em seus livros fiscais, jamais o utilizou na apuração mensal do ICMS, razão pela qual requer a realização de diligência para verificação do fato. Diz que a cobrança é ilegítima, por falta de embasamento legal, e os acréscimos moratórios e a correção monetária são indevidos, uma vez que não ocorreu a irregularidade apontada;
2. falta de embasamento legal para suportar a cobrança – afirma que, “a rigor, a presente autuação está limitada a cobrança de multa de 60% (sessenta por cento) pela escrituração errônea do crédito”, porém “em nenhum momento as normas utilizadas pela autuação autorizam a cobrança de valor correspondente ao crédito, de acréscimos moratórios e de correção monetária, tendo em vista que a Autuada não se encontra em mora”, já que recolheu todo o ICMS devido no período fiscalizado;
3. suspensão da exigibilidade do crédito tributário – aduz que, no momento da lavratura deste Auto de Infração, encontrava-se em vigor liminar proferida no Mandado de Segurança nº 20031067-0, em trâmite perante a Comarca de Simões Filho – BA e a medida cautelar proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADIN nº 310/DF, que o autorizavam a escriturar o crédito fiscal e a utilizá-lo na apuração mensal do imposto. Acrescenta que, “posteriormente, o Exmo. Juiz da Comarca de Simões Filho reconsiderou a liminar para permitir a lavratura do auto de infração visando prevenir o instituto da decadência, mantendo, no entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário”, e que, portanto, o prosseguimento do feito desobedece à ordem judicial. Requer a imediata

suspensão da presente cobrança até o julgamento definitivo do referido Mandado de Segurança ou até que seja julgada definitivamente a ADIN nº 310/DF.

No mérito, argumenta que, apesar da existência de dispositivo no RICMS/97 vedando a apropriação do crédito em questão, tanto o STF quanto o Superior Tribunal de Justiça e a doutrina, já firmaram entendimento no sentido da legitimidade da escrituração e utilização do crédito em lide.

Transcreve decisões judiciais, dispositivos da Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96 e alega que a Constituição Federal, ao disciplinar, no Título VI, a Tributação e o Orçamento, nada dispôs acerca do regime jurídico referente à Zona Franca de Manaus, não obstante o artigo 40 das Disposições Constitucionais Transitórias ter estabelecido a sua manutenção, com suas características de área de livre comércio, exportação, importação e incentivos fiscais, pelo prazo de 25 anos. Ressalta que, antes da Carta Magna, encontrava-se em vigor o Decreto-Lei nº 288/67, que concedia isenção do ICMS nas operações de venda de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus e, em determinadas condições, permitia a manutenção dos créditos relativos a insumos aplicados na fabricação de tais mercadorias, dispondo, em seu artigo 4º, que, para todos os efeitos fiscais, as vendas de mercadorias para aquela região são equiparadas a exportações para o estrangeiro.

Acrescenta que os tribunais sempre reconheceram, à Zona Franca de Manaus, a condição de área de livre comércio, estendendo-lhe todos os benefícios fiscais relativos às exportações (que não exigem estorno de créditos anteriormente apropriados), e, dessa forma, para todos os efeitos fiscais, equiparam-se, as vendas para a Zona Franca de Manaus, às exportações para o exterior.

Prossegue dizendo que o Convênio ICM nº 65/88, além de convalidar a isenção em questão, deixou explícito o direito dos estabelecimentos industriais à manutenção do crédito relativo aos insumos empregados na fabricação de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus (tal como ocorre com a exportação), conforme se verifica da leitura de suas Cláusulas primeira e terceira. Salienta que o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar suspendendo os efeitos do Convênio nº 06/90, que havia revogado a Cláusula terceira do Convênio ICM 65/88 que, por sua vez, autorizava os contribuintes a manterem o crédito de ICMS decorrente das entradas de insumos para a fabricação de produtos destinados a Manaus – AM, isto é, a decisão proferida na ADIN nº 310/DF acaba por autorizar a manutenção do crédito.

Conclui, assim, que as operações de venda de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus permanecem beneficiadas pela isenção de que trata o Decreto-Lei nº 288/67, garantida a manutenção dos créditos relativos aos insumos utilizados na produção das mercadorias, sendo injustificável e improcedente a exigência fiscal ora pretendida.

Alega, ainda, que a autuante utilizou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo extraída de documento por ele fornecido, quando deveria usar a alíquota de acordo com o Estado de origem, razão pela qual pede a realização de perícia. Apresenta dois quesitos a serem respondidos pelo perito.

Argumenta que a multa indicada (60%) é confiscatória, na medida em que representa mais da metade do valor do crédito escriturado. Transcreve decisão do STF para reforçar o seu posicionamento.

Por fim, requer: a) a suspensão do trâmite da presente autuação até que seja julgada definitivamente a liminar deferida no Mandado de Segurança nº 20031067-0 e/ou a medida cautelar deferida pelo Pleno na ADIN nº 310/DF; b) após o término da suspensão, que sejam acolhidas as preliminares apresentadas; c) a realização de diligência; d) a improcedência do Auto de Infração; e) a procedência parcial do lançamento para afastar a multa de 60%, aplicando-se percentual de acordo com o prejuízo causado pelo descumprimento de obrigação acessória e refazimento da autuação com base nas alíquotas corretas, conforme o Estado de origem das mercadorias.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 75 a 79), inicialmente rebate a preliminar de suspensão da vigência do Convênio ICMS 06/90, frisando que a constituição do crédito tributário é um procedimento de natureza administrativa que objetiva resguardar o fisco estadual dos efeitos da decadência, enquanto estiver em vigor a medida liminar em mandado de segurança. Discorre sobre o significado da palavra “liminar” e alega que, “em que pese se tratar de medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, os seus efeitos normativos em muito se assemelham à medida liminar em mandado de segurança”, prevista no Código Tributário Nacional como uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (artigo 151, inciso IV). Apresenta o pensamento da doutrina e da Procuradoria da Fazenda Estadual a respeito.

No mérito, frisa que a constituição do crédito tributário visa a resguardar o Fisco Estadual dos efeitos da decadência, pois o que está suspensa é tão somente a exigibilidade do referido crédito tributário e não a sua constituição.

Quanto à alegação defensiva, de que teria sido utilizada, de forma equivocada, a alíquota de 17%, esclarece que “os valores mensais lançados dos créditos a serem estornados foram extraídos da planilha: Valores Mensais do Crédito Mantido Referente às Saídas para Zona Franca de Manaus, fornecida pelo Contribuinte (folhas 08 e 09)” e “isto pode ser comprovado confrontando com os valores mensais constantes do DEMONSTRATIVO DE DÉBITO na coluna DÉBITO às páginas 04, 05 e 06, idênticos aos que constam na citada planilha”. Conclui que “a alíquota de 17%, tomada como preponderante, não interferiu na apuração do crédito a ser estornado”, já que “serviu apenas para determinação da base de cálculo a partir dos valores mensais escriturados do crédito mantido”.

Ressalta que a medida liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade em muito se assemelha à liminar concedida em Mandado de Segurança e que o CTN prevê, em seu artigo 151, inciso IV, apenas a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Apresenta a definição de exigibilidade e de medida liminar, oferecida pela doutrina e pela Procuradoria da Fazenda Estadual da Bahia, e conclui que “faz-se necessário 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”. Por fim, pede a manutenção do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS 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, nos exercícios de 1998 e 1999.

O contribuinte, em sua peça defensiva, impugnou os valores apontados nesta autuação e questionou a incidência do ICMS sobre a operação em tela e a imposição de multa, sob o argumento de que seu procedimento estava estribado em decisão judicial.

Considerando que o autuado possuía liminar no Mandado de Segurança nº 20031067-0 (fls. 70 a 72), determinando a suspensão da exigência do crédito tributário, a auditora fiscal constituiu o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência. Todavia, consoante o entendimento exarado pela PGE/PROFIS e por este CONSEF, a exigibilidade do crédito

tributário apurado ficará suspensa em obediência à citada liminar, até a decisão final proferida pelo Poder Judiciário.

Recentemente, a segunda instância deste CONSEF tem entendido, em matérias semelhantes, que, consoante o disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”.

Pelo acima exposto, voto pela EXTINÇÃO da lide, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS, como previsto no inciso II do § 1º do artigo 117 do RPAF/99, para que aquele órgão jurídico adote as providências cabíveis.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a Impugnação apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração **nº 279470.0005/04-1**, lavrado contra **XEROX COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR