

A. I. N° - 281073.0001/04-0
AUTUADO - BRASKEM S/A
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS B. DE CARVALHO e CARLOS ANTONIO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 06/05/2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-01/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria sub judice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-0, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Mantido o lançamento de ofício para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito da ADIN. Inexistência de nulidade na exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/11/2004, exige ICMS, no valor de R\$116.136,94, em decorrência da falta do estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem etc. utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefícios de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação. Conforme demonstrativo constante da planilha “ESTORNO PROPORCIONAL DE CRÉDITOS DE INSUMOS/MAT. PRIMAS RELATIVO A VENDAS DE PVC PARA A ZFM.”

O autuado apresentou defesa às folhas 157/197, impugnando o lançamento tributário, inicialmente, alegando que a autuação não merece prosperar, haja vista que o Decreto-Lei nº 288/67, em vigor até os dias atuais, garante ao autuado o direito à manutenção do crédito fiscal de ICMS relativo às aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, conforme pretende demonstrar.

Em relação a multa aplicada de 60%, assevera que jamais poderia ser exigida, seja porque o autuado não agiu em desconformidade com a legislação, seja porque, ainda que o tivesse feito, a infração teria sido cometida pela Trikem S/A, titular do estabelecimento autuado à época da ocorrência dos fatos geradores, sociedade que veio a ser incorporada pelo autuado, que não pode responder pelas multas de infrações praticadas por sua sucedida.

Argumenta que a autuação ora querreada pretende exigir do autuado o pagamento do ICMS não recolhido em virtude da ausência de estorno dos créditos fiscais nas aquisições dos insumos aplicados na industrialização de produtos destinados à Zona Franca de Manaus – ZFM, com fulcro nos artigos 100, inciso I, e 124 do RICM/97, os quais transcreveu, entretanto, tais dispositivos não podem se aplicados à vendas realizadas à ZFM, uma vez que o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos utilizados na produção de mercadorias a ela

destinadas é garantido por norma superior, válida e eficaz. Aduz que, mesmo antes do advento da Carta Política de 1988, estava em vigor o Decreto-Lei nº 288/67, que previa isenção do ICMS nas operações de venda de produtos industrializados para a ZFM e, em determinadas condições, permitia a manutenção dos créditos relativos a insumos aplicados na fabricação de tais mercadorias, uma vez que o artigo 4º, do referido decreto, equiparava, para todos os efeitos fiscais, essas vendas a exportação para o estrangeiro.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal sempre reconheceu a condição de área de livre comércio da ZFM, estendendo-lhe todos os benefícios fiscais relativos às exportações (que não exigem estorno de crédito anteriormente apropriados), transcrevendo parte das decisões para fundamentar sua alegação. Com o advento da constituição Federal de 1988, a Zona Franca de Manaus adquiriu *status* constitucional.

Salienta que o Convênio ICMS nº 65/88, vigente a partir de 09 de dezembro de 1988, respeitando o quanto estatuído no DL 288/67, 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 àquela área de exceção fiscal (tal como ocorre com a exportação), conforme se verifica da leitura de suas cláusulas primeira e terceira.

Aduz que, posteriormente, afrontando o quanto estatuído no texto constitucional, bem assim na legislação infraconstitucional atinente à matéria, o Convênio nº 06/90 modificou a isenção acima referenciada, na medida em que cancelou o benefício de manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados nas operações de remessa de mercadorias para a ZFM. Insurgindo-se contra essa evidente afronta ao texto constitucional, o Governador do Estado de Amazonas requereu, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, o reconhecimento de que o referido Convênio não poderia ter modificado as de isenção prevista no Decreto-Lei nº 288/67, sob a alegação de que estaria ele infringindo as normas contidas no artigo 40 do Ato das disposições Constitucionais Transitórias (já transcrito), que garantiu a manutenção desses incentivos, após a vigência da nova Carta Magna. Tendo o Supremo Tribunal Federal, acolhendo a alegação em comento, concedeu, em 25/10/90, liminar suspendendo os feitos do referido Convênio, até a decisão final a ser proferida na referida ação, estando a mesma em vigor, conforme extrato de andamento processual da referida ADIN (doc.03), produzindo seus feitos até os dias atuais, citando doutrina de Hugo de Brito Machado, José Afonso da Silva e transcreveu partes da Resolução nº 2911/94, deste CONSEF, para fundamentar sua tese.

Sustenta que, a despeito do entendimento anteriormente esposado, o fisco estadual, tendo em vista a demora no julgamento da mencionada ADIN nº 310-DF, que já se estende por 14 anos, vem efetuando os lançamentos que entende cabíveis, no intuito de evitar a decadência do seu direito de constituir os respectivos créditos tributários caso o referido instrumento de controle de constitucionalidade venha a ser julgado improcedente. Entretanto, entende que tal procedimento encontra-se eivado de vício insanável da inconstitucionalidade, haja vista que a liminar concedida não se limita a suspender a exigibilidade do crédito tributário, como ocorre com as liminares concedidas em ações propostas pelo contribuinte, enumeradas no artigo 151 do CTN.

No tocante a multa aplicada, sustenta que ao se apropriar dos créditos referentes às aquisições de insumos a serem empregados na produção de mercadorias destinadas à ZFM, o autuado obedeceu à decisão proferida pela Corte Constitucional do País, não podendo ser punido por agir em consonância com a decisão *erga omnes* proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, não se pode admitir infração à legislação que não está apta a produzir seus efeitos no mundo jurídico, como é o caso do Convênio 06/90 cujos efeitos estão suspensos pela multi-citada liminar proferida em sede de ADIN pelo STF. Cita que a Lei Federal nº 9.430/96, em seu artigo 63, determina a não incidência de multa de ofício e de mora nas ocasiões em que o lançamento

tributário tenha sido realizado unicamente com o intuito de prevenir a decadência, por estar o crédito inexigível, relativo a tributos e contribuições de competência da União, transcrevendo jurisprudência do Tribunal Regional Federal e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

No item denominado “DA IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR MULTA DE INFRAÇÃO DE SOCIEDADE INCORPORADA”, o autuado reitera que a sociedade que supostamente cometeu as infrações capituladas pelo autuado, a saber, Trikem S/A, foi incorporada pela ora impugnante, Braskem S/A, em 15.01.2004, conforme se pode inferir de cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária realizada em 15.01.2004, publicada no Diário Oficial de 17 e 18 de janeiro de 2004 (doc.04), ficando claro que a constituição do crédito tributário que está sendo exigido ocorreu cerca de 10 (dez) meses após a incorporação em comento, tendo em vista que o Auto de Infração guereado foi lavrado em 17.11.2004. Sendo assim, a sociedade incorporadora não pode ser compelida ao pagamento do crédito tributário decorrente de multas punitivas por infrações cometidas pela sociedade, a teor do quanto disposto no art. 132, do Código Tributário Nacional, uma vez que não tinha conhecimento, no momento da incorporação, da existência da obrigação tributária em foco, citando doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação por entender que falta respaldo legal, ante a suspensão do Convênio nº 06/90 por liminar proferida nos autos da ADIN 310-DF em curso no Supremo Tribunal Federal, estando o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados na industrialização de mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus garantida pelas disposições constantes do artigo 40 do ADCT, do DL 288/67 e do Convênio nº 65/88. Caso assim não entendam os julgadores, requer que seja afastada a multa aplicada.

Na informação fiscal, às folhas 215/221, os autuantes frisam que em nenhum momento o autuado questiona o levantamento fiscal efetuado, não se detendo, por conseguinte, às quantidades e valores encontrados no curso da ação fiscal, operando-se desde logo a preclusão do direito de vir a impugnarlos futuramente.

Quanto a alegada suspensão da vigência do convênio 06/90, salienta que a constituição do crédito tributário relativo à infração consubstanciada no respectivo Auto de Infração, objetiva resguardar o fisco estadual dos efeitos da decadência, evitando o seu perecimento, enquanto estiver em vigência a medida liminar, pois o que está suspensa é a exigibilidade, apenas. Em que pese se tratar de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade, os seus efeitos normativos podem ser inseridos na previsão encontrada no CTN, em seu artigo 151, inciso V, o qual transcreveu. Destaca que o CTN não fala em suspensão do lançamento, mas da exigibilidade do crédito, etapa para o qual o lançamento se constitui em antecedente lógico, transcrevendo doutrina de Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado e Maria Leonor Leite Vieira.

Transcreveu parte do Parecer da então Procuradoria da Fazenda Estadual, exarado pela Ilustre Procuradora Dra. Sylvia Amoedo, onde manifesta o entendimento de que o crédito tributário deve ser constituído pelo lançamento, ficando suspensa a sua exigibilidade.

Salienta que ainda não houve decisão definitiva em relação à validade ou não do convênio referido, a despeito do que afirma o autuado, querendo fazer crer a decisão liminar seria uma antecipação da decisão de mérito, o que, evidentemente, entra em contradição com o que leciona a doutrina no que diz respeito à natureza da medida liminar.

Relativamente a multa aplicada, ratificaram os termos de tudo quanto acima apresentado: uma vez julgado procedente a infração, deve a multa pela infração subsistir. Obviamente, estado suspensa a exigibilidade do crédito tributário, a mesma somente poderá ser exigida quando do desfecho da ação que ensejou tal suspensão.

No que concerne ao argumento de que a multa não pode ser aplicada a sociedade incorporadora, destacaram que a Ordem de Serviço foi emitida em nome da TRIKEM, companhia que, no curso da ação fiscal, foi incorporada pela BRASKEM. Além disso, mesmo antes da incorporação, a TRIKEM já pertencia ao grupo controlador da BRASKEM, não subsistindo, portanto, a alegação de ofensa ao princípio constitucional da personificação da pena. Ressaltam que este é um fato relevante que não pode ser desconsiderado.

Ao finalizar, aduzem que a defesa é meramente protelatória e opinam pela manutenção da autuação.

O autuado foi intimado pela IFEP, às folhas 222 e 222-A, para se manifestar sobre a informação fiscal.

Em nova manifestação, às folhas 224/249, o autuado reitera os argumentos anteriores, além de contestar o argumento dos autuantes, no tocante à alegação de que a sociedade controlada já pertencia ao grupo controlador, esta restou evasiva, vez que o autuado não logrou comprovar tal assertiva. Até porque a BRAKEM S/A não só jamais figurou como acionista da TRIKEM, que dirá como sua controladora. Além disso, tal aspecto é irrelevante para fins de aplicação do artigo 132 do CTN, que não faz qualquer ressalva quanto a eventual incorporação de controlada por controladora, já que se trata de pessoas jurídicas com personalidades distintas.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação por entender que falta respaldo legal, ante a suspensão do Convênio nº 06/90 por liminar proferida nos autos da ADIN 310-DF em curso no supremo Tribunal Federal, estando o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados na industrialização de mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus garantida pelas disposições constantes do artigo 40 do ADCT, do DL 288/67 e do Convênio nº 65/88. Caso assim não entendam os julgadores, requer que seja afastada a multa aplicada.

VOTO

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que os auditores imputam ao autuado a falta do estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria prima, material secundário e material de embalagem utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefícios de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em sua defesa sustenta o autuado que o lançamento tributário não merece prosperar, por entender que o Decreto-Lei nº 288/67, amparado pela liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, impetrada pelo Estado da Amazonas, contra o Convênio nº 06/90, garante ao autuado o direito à manutenção do crédito fiscal de ICMS relativo às aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus.

Efetivamente, em relação a material em lide, este Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), através das Câmaras de Julgamento Fiscal e da Câmara Superior, em julgamentos reiterados, tem firmado o entendimento de que a liminar concedida não tem o condão de obstar a constituição do crédito tributário, inclusive para evitar a ocorrência do instituto da decadência, não havendo, assim, qualquer impedimento para que seja realizado o lançamento de ofício. No caso em lide, uma vez constituído definitivamente o crédito tributário, que ocorrerá após esgotada a fase administrativa, e não havendo decisão de mérito sobre a ADIN, é que ficará suspensa a exigibilidade do mesmo, em atendimento à regra inserta no art. 151, IV, do Código Tributário Nacional. A título de exemplo de decisão deste colegiado, transcrevo a Ementa do Acórdão, da Câmara Superior, CS Nº 0876/01, sobre decisão proferida em idêntica material em Auto de

Infração lavrado contra a Empresa CQR – Companhia Química do Recôncavo, que posterior passou a ser TRIKEM e que, atualmente, exerce suas atividades com a denominação do autuado.

“CAMÁRA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0876/01

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria sub judice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-0, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Mantido o lançamento de ofício para evitar a decadência do crédito tributário, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a Decisão do mérito da ADIN. Inexistência de nulidade na exigência fiscal.”

Em relação a multa aplicada de 60%, sobre o imposto devido, o argumento do autuado de que não tinha conhecimento da existência do débito, não pode ser acolhido, pois conforme prova acostada aos autos a ação fiscal foi iniciada em 14/01/2004, mediante Termo de Intimação, ou seja, data anterior a incorporação. Ademais, a material em lide, conforme ementa acima transcrita, já era de conhecimento da empresa incorporada e, logicamente, da incorporadora, uma vez que trata-se de uma operação de valores bastantes elevados. Quanto ao argumento de não ser cabível a aplicada da referida multa em função da incorporação, o mesmo não pode ser acatado pro falta de previsão na legislação do ICMS. Da mesma forma, não pode ser acolhido o argumento de que não descumpriu com a legislação em vigor, pois este não é o entendimento deste CONSEF, conforme já relatado acima, que tem decidido pela procedência da autuação sobre a referida matéria, por considerar que houve descumprimento da legislação em vigor.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281073.0001/04-0**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$116.136,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos legais, ficando, contudo suspensa a exigibilidade do crédito até a Decisão final da ADIN pelo STF.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR