

A. I. Nº - 269366.0001/05-4
AUTUADO - POLIBRASIL RESINAS S.A.
AUTUANTES - JORGE CLAUDEMIRO DA SILVA e ANGELO DOURADO CRUZ LINO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 17.08.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0282-02/05

EMENTA: ICMS. ZONA FRANCA DE MANAUS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO A INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE BENS DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Matéria *sub judice*: deferida pelo STF medida cautelar na ADIn 310-0-DF, 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/05/2005, exige ICMS no valor de R\$ 572.009,55 e multa de 60%, em razão da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de mercadorias no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Mercadorias enviadas com isenção para a Zona Franca de Manaus, conforme demonstrativo em anexo.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 28 a 39, na qual tece os seguintes argumentos:

Preliminarmente, assevera que improcede a presente autuação, uma vez que não foi indevida a utilização de crédito fiscal, pois todos os créditos apropriados estavam de acordo com a prescrição estabelecida em lei.

Ressalta, com suporte legal no inciso I, §2º, do artigo 155 da Constituição Federal e nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, a aplicabilidade do princípio da não cumulatividade no que diz respeito ao ICMS, aduzindo que a compra de qualquer insumo gera crédito para o seu adquirente.

Informa que a empresa adquiriu produtos para utilizá-los como insumo de sua produção, o que, como já afirmado, gera crédito de ICMS e que a venda do produto final foi realizada para a Zona Franca de Manaus, que recebe tratamento fiscal diferenciado, consoante demonstram o artigo 40 do ADCT e as Cláusulas Primeira e Terceira do Convênio ICMS 65/88, pelo fato de ser o referido complexo industrial uma área de tributação especial criada para atender a vários objetivos, conforme depreende-se da leitura dos artigos 1º e 4º do Decreto Lei nº 288/67.

Alega, diante das circunstâncias descritas, que a exigência do estorno dos créditos fiscais, referentes aos insumos empregados na fabricação de produtos, destinados à Zona Franca de Manaus, com isenção de ICMS, não pode ser permitido, até porque tal operação se equipara a uma exportação e, como tal, a manutenção dos créditos é devida, pois encontra assento na Lei Complementar 87/96, que em seu artigo 21, §2º, prevê que não se estornam os créditos referentes a

mercadorias e serviços que venham a ser objeto de operações ou prestações destinadas ao exterior.

Assinala, ademais, que a Adin de nº 310-1-DF suspendeu os efeitos dos Convênios ICMS 02/90 e 06/90, os quais tinham revogado a Cláusula Terceira do Convênio 65/88, o que assegura a sua plena eficácia e impede, conseguintemente, o Fisco baiano de exigir o crédito tributário ora reclamado.

Afirma que, tendo em vista que tanto a jurisprudência do CONSEF quanto as do STJ e STF seguem a tese da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mister se faz que o julgamento do presente Auto de Infração aguarde a decisão final da aludida Adin.

Com arrimo nos argumentos supra apresentados, requer seja o Auto e Infração em estudo julgado improcedente. Todavia, caso assim não entendam os senhores julgadores, que seja afastada a aplicação da Taxa Selic juntamente com os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatório.

Os autuantes prestam a informação fiscal às fls. 46 a 49, nos seguintes termos:

Primeiramente, quanto à não cumulatividade do imposto argüida pelo autuado em sua peça impugnatória, transcrevem o “caput” e o inciso III do artigo 100 do RICMS.

Quanto à constituição do crédito tributário, asseveram que o presente lançamento visa a resguardar o fisco estadual dos efeitos da decadência enquanto estiver em vigência a referida medida liminar, uma vez que o que se encontra suspensa é somente a exigibilidade, em consonância com o inciso IV do artigo 151 do CTN, bem como com o entendimento da melhor doutrina.

Após mencionarem pensamentos relacionados à matéria de Paulo de Barros Carvalho, Hugo de Brito Machado, Maria Leonor Leite Vieira e da Procuradora Sylvia Amoedo, arrematam 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, no que concerne à argüição da inaplicabilidade da Taxa Selic, transcrevem o “caput” e o inciso II do artigo 138-B do RICMS/BA.

Com base nas alegações expostas, ratificam todos os termos do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, todos especificados no índice do processo à fl. 20, os quais lhe permitiram a verificação das quantidades e dos valores apurados.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade argüida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

No tocante aos questionamentos, da defesa, acerca da multa, está consoante a Lei nº 7.014/96. No que diz respeito à taxa SELIC aplicada, a redação do inciso I, do art. 138-B, foi dada pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001). Ademais, pelo que dispõe o art. 167, do RPAF/99,

não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e de questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

No mérito, trata-se de exigência de estorno de créditos fiscais, de insumos empregados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, com isenção de ICMS. A defesa considera que é legítima a manutenção do crédito fiscal, com fundamento no art. 21, § 2º, da Lei Complementar nº 87/1996, pois nos termos do art. 4º do Decreto-lei nº 288/1967, a exportação de mercadorias de origem nacional para a Zona Franca de Manaus, para todos os efeitos fiscais, é equivalente a uma exportação para o estrangeiro.

A matéria de mérito, cinge-se portanto, à manutenção do crédito, questão *sub judice*, no âmbito do Poder Judiciário, para posicionamento quanto à validade ou não dos convênios que extinguiram a previsão da manutenção dos créditos de ICMS, nas remessas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus.

Através 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 viria revogar 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 310-0-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.

Neste caso, havendo, liminar em medida cautelar, o Auto de Infração é lavrado apenas para *constituir* o crédito tributário, de modo a evitar que venha a caducar o direito de lançá-lo enquanto perdurar a suspensão da exigibilidade, consoante a melhor doutrina, como segue:

“O entendimento segundo o qual, com a suspensão da exigibilidade, está a Fazenda Pública impedida de efetuar o lançamento, por intermédio do auto de infração, assim, parece equivocado, pois que o lançamento *contido* na peça mencionada consubstancia uma pretensão legítima do Fisco, já que esta se define como sendo a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação ou, na situação reflexa, o dever do outro de realizar a prestação, e o que caracteriza a pretensão é a *exigibilidade* ou, em outras palavras, a possibilidade de a Administração determinar a terceiros o cumprimento de obrigação veiculada pelo ato” (*A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário*, p. 85, Maria Leonor Leite Vieira).

De fato, o que o CTN prevê, no art. 151, é que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspendem a *exigibilidade* do crédito, não a sua *constituição*. O ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo haver óbices à sua prática. O que não pode é o crédito ser *exigido*, isto é, executado, em caso de medida liminar ou de tutela antecipada, inclusive, evidentemente, em caso de medida cautelar em ADIn.

Noutro trecho, a referida autora assinala:

“Se assim é, para não sofrer os efeitos da decadência, ou seja, para não deixar perecer o crédito tributário, indisponível e irrenunciável para os agentes públicos, o Fisco deve proceder ao lançamento, dele dar ciência ao sujeito passivo e atestar a suspensão da exigibilidade do crédito. Ao fim da discussão – da lide – já terá os elementos para

proceder à inscrição da dívida e promover a ação de execução fiscal e haver o seu legítimo crédito” (*op. cit.*, p. 87).

Por conseguinte, o lançamento em discussão deve ser mantido, ficando, contudo, suspensa a possibilidade de execução fiscal do crédito tributário correspondente até a decisão final da ADIn 310-0 DF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269366.0001/05-4, lavrado contra **POLIBRASIL RESINAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 572.009,55**, sendo R\$ 93.720,70 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e mais R\$ 478.288,87, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Fica, contudo, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da ADIn 310-0-DF, em que figuram como requerente o Governador do Estado do Amazonas e como requeridos os Secretários de Fazenda ou Economia dos Estados e do Distrito Federal.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR