

A. I. N° - 299314.0002/05-5
AUTUADO - LANXESS – INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTES - CARLOS ALBERTO ANDRADE DO NASCIMENTO e CRISANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07/11/2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0399-03/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA UTILIZAÇÃO NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM 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 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 efetuar-lo, ficando, contudo, suspensa a sua exigibilidade até a decisão final da lide no âmbito do Poder Judiciário. Não acata a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 17/08/05, para exigir o ICMS no valor de R\$2.587.440,18, 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 2000 a 2004.

O autuado apresentou defesa por meio de advogados (fls. 265 a 280), legalmente constituídos (fls. 299 a 301). Inicialmente discorre sobre a infração e diz que conforme disposto no art. 156, V do Código Tributário Nacional (CTN), a Fazenda Pública perdeu o direito de constituir o crédito tributário por decurso do prazo. Afirma que nos termos do art. 150, § 4º do CTN, os tributos sujeitos a modalidade do lançamento por homologação têm prazo decadencial de cinco anos. Transcreveu às fls. 267 a 269, diversas decisões do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria da decadência.

Afirma que “No caso em tela, está sendo exigido crédito tributário a título de ICMS, relativo aos períodos de apuração de 30/01/2000 a 31/12/2004” e que no seu entendimento o lançamento feito em 19/08/05 só poderia englobar o período de apuração de 31/08/00 a 31/12/04. Diz que consoante o disposto no art. 156, V do CTN, decaiu a exigência relativa ao período de 31/01/00 a 31/07/00.

No mérito, argumenta que, conforme disposto no art. 97, I, “a” do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 270, é vedada a apropriação do crédito em questão, porém 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 (ZFM), tal como ocorre com a exportação, conforme se verifica da leitura de suas Cláusulas primeira e terceira (transcritas à fl. 271).

Afirma que é com base no citado Convênio que a impugnante encontra amparo legal para a escrituração dos créditos objeto da presente atuação e salienta que com a instituição do Convênio ICMS nº 06 de 30/05/90, foi revogada a Cláusula Terceira do Convênio ICM 65/88, que garantia a manutenção dos créditos relativos aos insumos, materiais secundários e de embalagens utilizados na fabricação de produtos industrializados remetidos a ZFM. Diz que o Governador do Estado do Amazonas entrou com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 310-1 no Supremo Tribunal Federal (STF), que em sessão plenária de 25/10/00 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 manter 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.

Ressalta que a medida cautelar permanece, até o presente momento, conforme extrato de acompanhamento processual juntado às fls. 314 a 316, e que se aguarda o julgamento do mérito. Aduz que, desde 25/10/90 está assegurado em âmbito nacional a manutenção do crédito do ICMS decorrente de aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos destinados a ZFM, nos termos das regras estabelecidas no Convênio ICM 65/88.

Destaca que o Estado de São Paulo, em virtude da medida cautelar concedida pelo STF na ADIN nº 310-1, através dos comunicados CAT 44/90, 45/90 e 29/91, que transcreveu às fls. 273 a 274, reconheceu expressamente a aplicação da regra de manutenção do crédito relativo a saída de produtos industrializados para a ZFM.

Salienta que os Convênios do ICMS ratificados nacionalmente passam a regular a matéria em cada Estado e que dessa forma deve ser aplicado no Estado da Bahia, o disposto no Convênio ICMS 65/88 enquanto a medida cautelar concedida pela ADIN 310-1 estiver em vigor, pertinente ao crédito do imposto de produtos industrializados destinados a ZFM.

Argumenta que o Auto de Infração ora impugnado, além da exigência do imposto contempla juros e multa prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/96, mas que conforme demonstrado anteriormente, o crédito fiscal escriturado encontra-se suportada pela citada medida cautelar e que nos termos do art. 10 e seguintes da Lei nº 9.868/99, que transcreveu à fl. 276, o fisco não pode exigir a multa pecuniária, pois o crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa, por força da liminar concedida pelo STF. Transcreveu às fls. 277 e 278 duas decisões proferidas pelo STJ para reforçar o seu posicionamento.

Conclui requerendo:

- a) o reconhecimento da decadência do crédito tributário em relação ao período de apuração de 01/00 a 07/00;
- b) afastar integralmente a multa aplicada, por conta da suspensão do crédito tributário, em razão da medida cautelar deferida pelo STF na ADIN nº 310-1;
- c) cancelar integralmente a presente atuação em razão da improcedência da exigência, com respaldo no Convênio ICM 65/90 e suspensão da execução do Convênio ICMS 06/90, em razão da liminar proferida pelo STF na ADIN 310-1.

Por fim, requer, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 321 a 325), inicialmente rebatem a preliminar de decadência afirmando que carece de fundamentação legal a afirmação do autuado de que o lançamento só poderia englobar o período de 31/08/00 a 31/12/04. Aduzem que a lavratura do Auto de Infração constitui uma das fases do lançamento fiscal e não o seu encerramento. Afirmaram que no caso do ICMS, nos termos do art. 150, §§ 1º e 4º combinado com o art. 173, I e II, § único do CTN, que transcreveram às fls. 321 e 322, o prazo decadencial de cinco anos começa a contar a

partir do "primeiro dia do exercício seguinte àquele que se extinguiu o direito prestativo do Estado rever e homologar o lançamento".

Afirmam que o autuado está ciente da vigência do Convênio ICMS 06/90, e da existência da ADIN 310-1, 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. Discorrem sobre o significado da palavra "liminar" e alegam 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). Apresentam o pensamento da doutrina e da Procuradoria da Fazenda Estadual a respeito.

No mérito, frisam 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.

Ressaltam 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. Apresentam a definição de exigibilidade e de medida liminar, oferecida pela doutrina e pela Procuradoria da Fazenda Estadual da Bahia, e concluem 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, ressalta que o autuado não contestou, data, valores, base de cálculo, percentual de redução, alíquotas aplicadas, demonstrativos dos quais recebeu cópia e pedem 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.

O autuado, na sua impugnação, suscitou que a exigência do crédito tributário relativo ao período de 31/01/00 a 31/07/00 teria decaído, sob alegação de que tendo sido cientificada da autuação em 19/08/05, consoante o disposto no art. 156, V do CTN, decaiu a exigência relativa ao período de 31/01/00 a 31/07/00, e o lançamento só poderia englobar o período de apuração de 31/08/00 a 31/12/04.

Rejeito o pedido de decadência formulado pelo impugnante, tendo em vista que o lançamento fiscal foi realizado em 17/08/2005, com ciência do autuado em 19/08/05.

O art. 173, I do CTN, incorporado a Lei do ICMS (Lei 7.014/96, art. 31, § 1º) e RICMS/97 através do seu art. 965, I determina que:

"Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado."

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício

de 2000, ou seja, os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/00 a 31/12/04 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2006.

No mérito, o contribuinte, em sua peça defensiva, reconheceu que a legislação tributária do Estado da Bahia, veda a utilização do crédito fiscal de insumos aplicados na industrialização de bens destinados a ZFM (art. 97, I, “a” do RICMS/BA), no entanto, 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 a escrituração do crédito fiscal está amparada na Cláusula Terceira do Convênio ICM nº 65/88. Disse que tendo a citada Cláusula sido revogada pelo Convênio ICMS nº 06/90, este Convênio teve seus efeitos suspensos em decorrência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 310-1 concedida no Supremo Tribunal Federal (STF) e que até o presente aguarda-se o julgamento do mérito da Medida Cautelar de Segurança concedida o que no seu entendimento, fica assegurado o direito da manutenção do crédito do imposto relativo a insumos utilizados na fabricação de produtos destinados a ZFM. Pelo exposto, constato que o lançamento do crédito tributário, objeto da autuação, foi feito com respaldo na legislação tributária estadual. O art. 30 da Lei nº 7.014/96 determina:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;”

Logo, a legislação estadual prevê o estorno de crédito do ICMS utilizado na fabricação de produtos, quando a saída resultante for isenta do imposto. Portanto é legal a exigência do crédito tributário. Ressalto que o autuado não contestou os valores do imposto exigido, conforme demonstrativos acostados ao processo às fls. 159 a 260.

Quanto à alegação defensiva de que deve ser suspensa a exigência do crédito tributário, enquanto não for julgada pelo STF, a medida cautelar concedida pela ADIN 310-1, que suspendeu os efeitos do Convênio ICMS nº 06/90, entendo que o auditor fiscal constituiu o crédito, por meio deste lançamento, para resguardar o direito do fisco em razão da decadência, conforme ressaltado pelo autuante, evitando o seu perecimento, enquanto estiver em vigência a medida liminar. 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.

Quanto à argumentação defensiva de que o fisco não pode exigir a multa pecuniária, pois o crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa, por força da liminar concedida pelo STF, entendo que a multa exigida está vinculada diretamente ao fato gerador do imposto e é prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/96. Portanto é correta a sua indicação, ficando suspensa, no entanto a sua exigibilidade até que a citada medida cautelar que suspendeu os efeitos da exigência do imposto seja julgada em caráter definitivo.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, ficando, entretanto, suspensa a sua exigibilidade do crédito tributário até Decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS, para providência de sua competência

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0002/05-5**, lavrado contra **LANXESS - INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.587.440,18** 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 decisão final da lide pelo Poder Judiciário, devendo o presente PAF ser encaminhado à PGR/PROFIS, para providências de sua competência.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA AGUIAR – JULGADOR