

PROCESSO - A. I. Nº 269366.0001/04-6
RECORRENTE - POLIBRASIL RESINAS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0152-03/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0128-12/06

EMENTA: ICMS. ZONA FRANCA DE MANAUS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA FABRICAÇÃO DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS, DESTINADOS À ZONA FRANCA DE MANAUS COM O BENEFÍCIO DA ISENÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A concessão de medida cautelar deferida na ADIN nº 310-1-DF suspendeu a aplicação do Convênio ICMS 06/90, restaurando as disposições contidas no Convênio ICM 65/88, o qual assegurava a manutenção do crédito fiscal em questão. A exigência fiscal não subsiste por ausência de fundamentos jurídicos que a respalde, pois a eficácia do Convênio ICMS 06/90 está suspensa por força de liminar concedida em ADIN, a qual suspende a constituição do crédito tributário, e não a sua exigibilidade. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª JF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 31.918,20, em razão da falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento e que, posteriormente, foram destinadas à Zona Franca de Manaus com isenção do imposto.

Ao proferir o seu voto na Decisão recorrida, a ilustre relatora votou pela procedência da autuação, mantendo suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a Decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Esse seu posicionamento foi fundamentado na tese de *a liminar concedida pelo STF na ADIN nº 310-1-DF, consoante diversos Pareceres apresentados pela PGE/PROFIS e decisões exaradas por este CONSEF, como o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Estado do Amazonas ainda não foi apreciado, nada impede que o Estado da Bahia constitua regularmente o crédito tributário, devendo, entretanto, ser suspensa a sua execução até a Decisão final do Supremo Tribunal Federal. Saliente-se que o CTN prevê, em seu artigo 151, que a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada suspendem a exigibilidade do crédito tributário, mas não a sua constituição.*

Ressaltou a ilustre relatora que *esta matéria já foi objeto de inúmeras decisões exaradas por este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0309/11-02, 0341/12-02, 0445/12-02, 0448/12-02, 0476/01, 2560/00, 0049/01, 0268/01, 0476/01, 0469-12/02, 0030-12/03, 0111-12/03, 0145-12/03, 0102-12/04, 0248-11/03 e CS nº 0876/01, não restando dúvidas quanto ao acerto da ação fiscal.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o lançamento em questão é improcedente, pois os créditos fiscais estornados pelo

fisco foram apropriados de acordo com o previsto na legislação, já que o ICMS tem como principal característica o princípio constitucional da não-cumulatividade. Aduz que, por ter origem na Constituição Federal, esse princípio não pode ter o seu alcance ampliado ou reduzido por norma infraconstitucional.

Menciona que a Lei Complementar nº 87/96 assegura o direito ao crédito referente ao imposto anteriormente cobrado, ao passo que as Cláusulas primeira e terceira do Convênio ICM 65/88 prevêm, respectivamente, a isenção do imposto nas saídas de produtos destinados à Zona Franca de Manaus e o direito à manutenção do crédito fiscal correspondente. Sustenta 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 aceito por esta Câmara de Julgamento Fiscal e, portanto, deve o Acórdão recorrido ser reformado, até porque a operação está equiparada a exportação e, como tal, a manutenção dos créditos é devida, nos termos do art. 21, § 2º, da Lei Complementar nº 87/96, e do art. 6º, II, do RICMS-BA, que transcreve.

Salienta que os Convênios ICMS 02/90 e 06/90, que revogaram a Cláusula terceira do Convênio ICM 65/88, tiveram seus efeitos suspensos por medida liminar deferida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310/DF, movida pelo Estado do Amazonas, e, dessa forma, a SEFAZ não pode exigir o estorno do crédito, pois o Convênio ICMS 65/88 continua vigorando. Pondera que o mais correto seria a suspensão do julgamento na esfera administrativa, pois, a depender da Decisão final da ADIN nº 310-0-DF, o julgamento recorrido perderá a sua eficácia. Após afirmar que a concessão de medida liminar ou tutela antecipada suspendem a exigibilidade do crédito tributário, transcreve ementas de decisões do STJ e do STF sobre a matéria.

Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Diz que, caso assim não entendam os julgadores, a Decisão recorrida deve ser cancelada, ficando suspenso o julgamento do PAF, até que o STF decida acerca da constitucionalidade dos Convênios questionados.

Ao exarar o Parecer de fls. 77 a 79, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, afirma que, depois de aprofundado estudo da matéria em questão, a PROFIS decidiu modificar o entendimento que vinha sendo externado pelos seus representantes.

Diz a ilustre procuradora que a Decisão cautelar concedida pelo STF continua em vigor e tem como principal efeito tornar inaplicáveis, no curso de sua vigência, as disposições dos Convênios questionados. Frisa que, se assim não fosse, tal medida revelar-se-ia totalmente inútil, pois a sua concessão visa a impedir a ocorrência de prejuízos advindos da aplicação da norma tida como inconstitucional. Afirma que, dessa forma, está demonstrado que os dispositivos dos Convênios citados se encontram suspensos desde 1990, restando prejudicada a presente autuação.

Aduz que a manutenção dos créditos fiscais era autorizada pela Cláusula 3ª do Convênio ICM 65/88, dispositivo que somente veio a ser revogado pelo Convênio ICMS 06/90. Diz que esse último teve a sua eficácia suspensa pela cautelar deferida no STF, deixando, assim, de existir no mundo jurídico. Assegura que os créditos fiscais em questão podem ser apropriados pelo recorrente, pois a norma que vedava a sua utilização encontra-se sobrestada.

Menciona que é equivocada a afirmação de que a medida cautelar deferida pelo STF suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não a sua constituição. Explica que o caso em tela não se trata de liminar concedida em mandado de segurança, e sim de medida cautelar concedida em ADIN pelo STF. Para corroborar o seu entendimento, cita jurisprudência sobre a matéria.

Ao concluir o seu Parecer, a ilustre procuradora opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que se reconheça a improcedência do Auto de Infração.

Conforme despacho à fl. 84, o supracitado Parecer foi ratificado pela Dra. Maria Olívia de Almeida, Assistente da PGE/PROFIS.

Após ser apreciado em pauta suplementar, o processo foi convertido em diligência, para que o Sr. Chefe da PGE/PROFIS se pronunciasse acerca do novo entendimento sobre a matéria em lide, bem como acostasse ao processo cópia de documentos que entendesse necessários.

A diligência foi cumprida, fls. 89 a 92, tendo o Dr. Jamil Cabus Neto, Procurador-chefe da PROFIS/PGE, e a Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, Procuradora do Estado, ratificado o Parecer exarado pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa (fls. 77/79), o qual opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário apresentado, para que fosse declarada a improcedência do Auto de Infração em apreço, pois foi pautado no Convênio ICMS 06/90, cuja vigência encontrava-se suspensa pela medida cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1.

Os ilustres procuradores explicam que esse foi o recente entendimento firmado pela PGE/PROFIS, depois de aprofundado estudo acerca dos efeitos das medidas cautelares em ação direta de inconstitucionalidade. Para embasar sua alegação, transcrevem ementas de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Asseveram que, ao ser deferida a liminar na ADIN 310-1, suspendeu-se a eficácia do Convênio 06/90 e restaurou-se a vigência da Cláusula terceira do Convênio ICM 65/88, que assegurava o direito de manter os créditos relativos às aquisições de matéria-prima, produtos intermediários e materiais de embalagem empregados na industrialização de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus. Ressaltam que a medida cautelar deferida na ADIN restaurou a norma revogada e o benefício por ela instituído, ficando o Poder Público impedido de efetuar lançamentos que venham a considerar como infração o uso dos mencionados créditos fiscais.

Concluem opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário apresentado, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração em apreço, por ausência de fundamentos jurídicos, uma vez que a eficácia do Convênio ICMS 06/90 se encontra suspensa pelo STF por força de liminar em ADIN.

VOTO

No Auto de Infração em lide, o recorrente foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, em decorrência da falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento e que, posteriormente, foram destinadas à Zona Franca de Manaus com isenção do imposto estadual.

Conforme dito na Decisão recorrida, a matéria em apreciação já foi objeto de reiteradas decisões deste CONSEF, que decidiram pela procedência da exigência fiscal. Inclusive a Câmara Superior deste colegiado, a exemplo do Acórdão CS Nº 0876/01, já teve a oportunidade de confirmar o acerto de decisões que mantiveram a autuação em casos similares. Nessas decisões, o Parecer da PGE/PROFIS era pela manutenção da exigência fiscal, sob a fundamentação de que a ADIN suspendia a exigibilidade do crédito tributário, porém não impedia a sua constituição.

Contudo, no processo em apreço, a ilustre representante da PGE/PROFIS diz que, após aprofundados estudos, decidiu aquela especializada rever e modificar o seu entendimento sobre os efeitos da concessão da cautelar em ADIN.

Para o deslinde da questão, faz-se mister definir quais as consequências, no presente processo administrativo fiscal, da cautelar concedida na ADIN Nº 310-1-DF, matéria eminentemente jurídica. Dessa forma, foi solicitado, nos termos do art. 137, II, do RPAF/99, um novo Parecer a ser emitido pelo Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

Esse novo Parecer ratificou integralmente o Parecer anterior e definiu que o opinativo daquele órgão encarregado do controle da legalidade era pelo Provimento do Recurso Voluntário, para

que se julgasse improcedente o Auto de Infração, uma vez que entendia que a concessão da medida cautelar em Ação Direita de Inconstitucionalidade tem efeito *erga omnes* e restaura a vigência da Cláusula Terceira do Convênio ICM 65/88, que assegurava aos estabelecimentos industriais o direito de manter os créditos fiscais referentes às aquisições de matéria-prima, produtos intermediários e materiais de embalagem empregados na industrialização de mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus com isenção do ICMS.

Considerando que se trata de uma matéria eminentemente jurídica, acolho o Parecer da d. PGE/PROFIS, modifico o meu entendimento e passo a considerar que a concessão de medida cautelar deferida na ADIN nº 310-1-DF suspende a aplicação do Convênio ICMS 06/90, restaurando as disposições contidas no Convênio ICM 65/88 que asseguravam a manutenção do crédito fiscal em questão. A exigência fiscal não subsiste por ausência de fundamentos jurídicos que a respalde, pois a eficácia do Convênio ICMS 06/90 está suspensa por força de liminar concedida em ADIN, a qual suspende a constituição do crédito tributário, e não a sua exigibilidade.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e declarar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** Auto de Infração nº 269366.0001/04-6, lavrado contra **POLIBRASIL RESINAS S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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