

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0002/05-5
RECORRENTE - LANXESS – INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECUSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0399-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 10/05/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJE Nº 0150-11/06

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. Matéria sub judice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIn 310-1-DF que suspendeu a eficácia do Convênio ICMS 06/90 e restabeleceu a Cláusula Terceira do Convênio ICM 65/88, anteriormente vigente, que assegurava aos estabelecimentos industriais, quando promovessem saídas com isenção do ICMS, destinadas à Zona Franca de Manaus, o direito de manter os créditos fiscais relativos às aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagens empregados no processo produtivo das mercadorias. Incabível a constituição do crédito tributário. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, contra Decisão unânime que julgou Procedente o Auto de Infração 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.

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 autuação 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.

Além das arguições acima o recorrente discorre no Recurso Voluntário às folhas 366 a 383, sobre a equiparação das operações de remessas de mercadorias para ZONA FRANCA DE MANAUS, com as exportações de produtos para outros países com base no disposto no art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67.

Art. 4º - A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.

Desta forma estaria as operações em tela desobrigadas de efetuarem o estorno proporcional dos créditos do ICMS relativos às operações anteriores a estas remessas, na esteira do que determina o art. 21 §2º da Lei complementa nº 87/96 senão vejamos:

Art. 21 – O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

Parágrafo 2º - Não se estornam créditos referentes a mercadorias e serviços que venham a ser objeto de operações ou prestações destinadas ao exterior.

Destaca ainda, sobre os efeitos da medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal, regulada nos artigos 10 a 12 da Lei nº 9.868/99 destacando o a seguir transcrito:

“Art. 11 – Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da Decisão, no prazo de 10 dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção deste Capítulo.

Parágrafo 1º - A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Parágrafo 2º - A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.”

O Supremo Tribunal Federal debateu com bastante profundidade os efeitos da medida cautelar deferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, no âmbito da Reclamação nº 2.256-1 de 11/09/2003.

Desta forma restou definido no Supremo Tribunal Federal a orientação pacífica no sentido de reconhecer que, deferida a liminar que suspende a aplicação da norma questionada, é de se aplicar, integralmente o direito anterior.

O mesmo entendimento jurídico do recorrente, foi manifestado no DESPACHO (folha 406) da ilustríssima Procuradora Assistente, Dra. Maria Olívia T. de Almeida, datado de 04 de janeiro de 2006, e ratificado em Despacho datado de 29/03/2006 pelo Procurador Chefe da PGE/PROFIS.

Desta forma entendem os ilustres procuradores que a Medida Liminar concebida em Ação Direta de Inconstitucionalidade retira do ordenamento jurídico os efeitos da norma julgada, passando a vigorar a norma anterior, conseqüentemente os lançamentos efetuados são improcedentes.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência de qualquer órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Na realidade o que se discute no processo é se o lançamento poderia ter sido efetivado tendo por base uma norma sem eficácia jurídica, ou seja, fora do ordenamento jurídico vigente.

À vista dos fatos e corroborando com o entendimento emanado nos DESPACHOS acostados ao processo pelos ilustres Procuradores, e tomando por base o disposto na Lei nº 9.868/99, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, conseqüentemente pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299314.0002/05-5, lavrado contra **LANXESS - INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

GILBERTO FREIRE LEAL FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS