

PROCESSO - A. I. Nº 281073.0001/04-0
RECORRENTE - BRASKEM S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0150-01/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 26/06/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0230-11/06

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 nº 310-DF, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas. Suspensa a eficácia das normas em que se fundamentou a autuação. Restabelecida a legislação que assegurava o direito à manutenção dos créditos dos insumos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JJF, que julgou o Auto de Infração procedente – Acórdão JJF nº 0150-01/05 – lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$116.136,94, em decorrência da falta do estorno de crédito fiscal do imposto relativo às entradas de matéria prima, material secundário, 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.

As teses apresentadas no Recurso Voluntário, foram assim sintetizadas:

1. Não está obrigado a estornar o mencionado crédito fiscal, uma vez que o Convênio 06/90, que dá amparo à legislação estadual, a exigir o referido estorno, está com seus efeitos suspensos, por força da Decisão liminar concedida na ADIN nº 310-DF pelo Supremo Tribunal Federal, devendo, portanto, obedecer a legislação anterior, que lhe garantia o direito ao referido crédito;
2. a multa aplicada é improcedente, seja por não ter descumprido a legislação em vigor, seja por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, seja por se tratar de sociedade incorporadora, não podendo, pois, ser responsabilizada por ilícito a que não deu causa.

Na sua conclusão, pediu, alternativamente:

1. Que fosse dado provimento ao presente Recurso, para que fosse julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração, tendo em vista a sua total falta de respaldo legal, ante a suspensão do Convênio nº 06/90 por liminar proferida nos autos da ADIN nº 310-DF em curso no Supremo Tribunal Federal, estando garantido o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados na industrialização de mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus pelas disposições constantes no artigo 40, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do DL 288/67 e do Convênio nº 65/88;
2. que fosse afastada, por improcedência, a multa aplicada, uma vez que a sociedade incorporadora não responde por multas de infração eventualmente devidas pela sociedade incorporada, a teor do artigo 132, do Código Tributário Nacional;
3. que fosse julgada nula a Decisão recorrida, com base no art. 18, III, do RPAF, por não ter sido fundamentada a manutenção da multa de infração aplicada, a despeito dos argumentos deduzidos na Impugnação, relativos à impossibilidade de se exigir a referida penalidade quando o procedimento adotado pelo contribuinte está respaldado em Decisão do Supremo Tribunal Federal, ou quando o crédito tributário está com a sua exigibilidade suspensa, ou que fosse julgado improcedente a cobrança da multa por estes motivos.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, disse que a Decisão cautelar concedida pelo STF na ADIN nº 310-DF, ainda em vigor, retirou do ordenamento jurídico os Convênios 02/90 e 06/90 que lastreiam a autuação, e tem como primordial efeito o de tornar inaplicáveis, no curso da sua vigência, as disposições destes Convênios.

Afirmou que se assim não fosse revelar-se-ia medida totalmente inútil, pois o que se quer, com a sua concessão, é justamente impedir a ocorrência dos prejuízos que adviriam da aplicação da norma tida como inconstitucional, e dizer que a medida cautelar deferida pelo STF em ADIN suspenderia a exigibilidade do crédito, mas não a sua constituição, é de todo equivocado e não pode prevalecer, porque não se está a tratar, aqui, de liminar concedida em processo cautelar ou Mandado de Segurança, para suspender a exigibilidade creditícia, que, esta sim, não logra impedir a constituição do crédito, porque se volta tão-somente contra a sua exigibilidade, enquanto que aquela, nenhuma relação tem com este ou aquele crédito tributário específico, eis que se relaciona com a validade ou não de leis em sentido lato, mas, voltando-se contra a própria matriz normativa que deu suporte a determinada autuação, termina por esta atingir na sua origem, impedindo, assim, a constituição do crédito dela decorrente.

Asseverou que a ADIN é a mais efetiva e clara manifestação do controle de constitucionalidade das normas, de sorte que, vindo a ser deferida, no bojo de uma demanda desta natureza, uma medida cautelar para suspender a eficácia do instrumento normativo questionado, este se queda inaplicável e ingressa, ainda que provisoriamente, numa espécie de limbo jurídico, ficando inapto à produção de qualquer efeito, e a autuação do contribuinte levada a efeito com base na norma, há muito suspensa, seria incabível, porque efetivada sem o necessário lastro jurídico.

Concluiu que, estando com a eficácia suspensa os convênios referidos, o contribuinte não poderia ter sido submetido à autuação, porque não se poderia inquinar de ilegítimo o procedimento por ele adotado, uma vez que a manutenção de tais créditos era regularmente autorizada pela Cláusula 3ª, do Convênio 65/88, e entender de forma diversa eqüivaleria a negar vigência à Decisão do STF, cuja aplicação é *erga omnes*.

Diante disso, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que se reconheça a improcedência da autuação.

Este Parecer foi ratificado pelo seu superior imediato.

VOTO

Neste processo o sujeito passivo é acusado de ter deixado de estornar crédito fiscal relativo à aquisição de insumos empregados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus com o benefício da isenção do ICMS, em afronta direta ao que dispõe o art.100, I e 124 do RICMS/97.

A matéria aqui discutida é de índole eminentemente jurídica, porquanto relacionada aos efeitos da concessão da medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, instrumento através do qual se postula a invalidade das normas que dão respaldo à presente exigência fiscal, mais especificamente os Convênios ICMS 02 e 06 de 1990.

O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar ao requerente da ADI nº 310-DF, cujo autor da demanda é o Governador do Estado do Amazonas. A tese sustentada pelo recorrente é a de que a liminar concedida tem como consequência, a suspensão da eficácia dos citados convênios, cuja constitucionalidade é questionada, bem como o restabelecimento das disposições do Convênio ICM nº 65/88, que lhe permite a manutenção dos referidos créditos.

A representante da PGE/PROFIS por seu turno, ao se manifestar nos autos, sustentou, com respaldo na doutrina e na jurisprudência, assistir razão ao recorrente, tendo em vista que “*a ADIN é a mais efetiva e clara manifestação do controle de constitucionalidade das normas, de sorte que, vindo a ser deferida, no bojo de uma demanda dessa natureza, uma medida cautelar para suspender a eficácia do instrumento normativo questionado, este queda-se inaplicável e ingressa, ainda que provisoriamente, numa espécie de limbo jurídico, ficando inapto à produção de qualquer efeito.*” Sustenta ainda, a ilustre procuradora que, diferentemente da liminar em mandado de segurança, que apenas suspende a exigência do crédito tributário, a medida cautelar

em ADIn se relaciona à validade ou não de leis em sentido lato, fato que termina por atingir a matriz normativa que daria suporte a exigência fiscal, impedindo com isso, a constituição do crédito tributário pertinente.

A Decisão recorrida pautou-se em jurisprudência consolidada deste colegiado, cujo fundamento, sempre sintonia com o órgão jurídico do Estado, trazia como premissa, em face do caráter precário de uma Decisão liminar, mesmo em Ação Direta de Inconstitucionalidade, a necessidade de lançamento do crédito tributário, objetivando prevenir a sua decadência.

Não obstante, esta 1ª Câmara, acompanhando a PGE/PROFIS, em novo entendimento sobre a matéria, através do Acórdão CJF nº 0150-11/06, à unanimidade resolveu acolher a tese do contribuinte, julgando insubstancial o lançamento do crédito tributário. Essa Decisão, evidentemente, criou um importante precedente jurisprudencial, fato que conduz este colegiado a, doravante, analisar as demandas pertinentes a essa matéria com base nos paradigmas advindos desse novo entendimento.

De fato, a doutrina e a jurisprudência, parecem conduzir a um ponto de convergência, a discussão a respeito da matéria que se está a examinar neste processo. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, mesmo em decisões preliminares, impõe a observância do seu conteúdo a todos, impedindo a realização de qualquer ato respaldado na norma atingida por aquela Decisão. Isto é o que deflui da Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento da ADIn perante o STF, cujos § 1º e 2º do artigo 11 assim se expressa:

“Art. 11.
§ 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.
§ 2º. A concessão de medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.”

Dessa forma, deferida a medida cautelar, suspendendo a eficácia dos Convênios ICMS 02 e 06/90, sem restrição ao efeito restringitório da Decisão, restaurou-se, com eficácia *erga omnes*, a Cláusula Terceira do referido Convênio ICM 65/88, a qual confere ao contribuinte, o direito à manutenção do crédito dos insumos empregados na fabricação dos produtos destinados a Zona Franca de Manaus. Em consequência, entendo, assim como a Procuradoria, que o poder público está impedido de efetuar lançamento de crédito tributário atinente à matéria albergada pela medida cautelar na ADIn nº 310-DF, desde a sua concessão até Decisão final do processo.

É de se concluir, portanto, que razão assiste ao recorrente no tocante à discussão da matéria principal, em face da impossibilidade jurídica da aplicação das normas atingidas pela referida medida cautelar. Quanto às argüições vinculadas à aplicação da multa por descumprimento da obrigação principal, não comungo com os fundamentos esposados na peça recursal. Todavia, deixo de tecer maiores considerações, até porque, tal discussão deixa de ter relevância neste processo, porquanto insubstancial o lançamento do crédito tributário.

Em face de tudo quanto exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e julgar insubstancial o presente 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 281073.0001/04-0, lavrado contra BRASKEM S/A.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS