

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0004/05-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - BRASKEM S/A
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0122-04/06
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 29/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0253-12/06

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 310-DF, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas, retirando do ordenamento jurídico o suporte legal da autuação. No mérito, a Constituição Federal, através das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 40 *caput*, equipara as exportações às vendas para a ZFM, excluindo assim a obrigação de estornar o crédito fiscal pela aquisição de matéria-prima, material secundário e de embalagem dessas vendas. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela referida 4ª Junta de Julgamento Fiscal contra a Decisão pela mesma prolatada através do Acórdão n.º 0122-04/06, à luz do quanto disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.2000

O Auto de Infração em lide exige ICMS no valor de R\$4.865.811,99, em decorrência da falta do estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na fabricação de produtos industrializados com benefícios de isenção, exercícios de 2001 a 2004, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação. O percentual de estorno foi obtido pela razão do valor das saídas para a Zona Franca e do valor total das saídas no mês.

O autuado apresentou defesa às folhas 26/49, impugnando o lançamento tributário, alegando, inicialmente, que a autuação não merece prosperar, haja vista que o Decreto-Lei nº 288/67, em vigor até os dias atuais, garante ao autuado o direito à manutenção do crédito fiscal de ICMS relativo às aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, conforme pretende demonstrar. Em relação à multa aplicada de 60%, asseverou que jamais poderia ser exigida, uma vez que o autuado não agiu em desconformidade com a legislação.

Ressaltou que a autuação ora guerreada pretende exigir do autuado o pagamento do ICMS não recolhido, em virtude da ausência de estorno dos créditos fiscais nas aquisições dos insumos aplicados na industrialização de produtos destinados à Zona Franca de Manaus – ZFM, com fulcro nos artigos 100, inciso I, e 124 do RICM/97, os quais transcreveu. Entretanto, prossegue, tais dispositivos não podem se aplicados à vendas realizadas à ZFM, uma vez que o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos utilizados na produção de mercadorias a ela destinadas é garantido por norma superior, válida e eficaz. Aduziu que, mesmo antes do advento da Carta Política de 1988, estava em vigor o Decreto-Lei nº 288/67, que previa isenção do ICMS

nas operações de venda de produtos industrializados para a ZFM e, em determinadas condições, permitia a manutenção dos créditos relativos a insumos aplicados na fabricação de tais mercadorias, uma vez que o artigo 4º, do referido decreto, equiparava, para todos os efeitos fiscais, essas vendas a exportação para o estrangeiro.

Asseverou que o Supremo Tribunal Federal sempre reconheceu a condição de área de livre comércio da ZFM, estendendo-lhe todos os benefícios fiscais relativos às exportações (que não exigem estorno de crédito anteriormente apropriado), transcrevendo parte das decisões para fundamentar sua alegação. Com o advento da constituição Federal de 1988, a Zona Franca de Manaus adquiriu *status* constitucional.

Salientou que o Convênio ICMS nº 65/88, vigente a partir de 09 de dezembro de 1988, respeitando o quanto estatuído no DL 288/67, 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 àquela área de exceção fiscal (tal como ocorre com a exportação), conforme se verifica da leitura de suas cláusulas primeira e terceira.

Aduziu que, posteriormente, afrontando o quanto estatuído no texto constitucional, bem assim na legislação infraconstitucional atinente à matéria, o Convênio nº 06/90 modificou a isenção acima referenciada, na medida em que cancelou o benefício de manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados nas operações de remessa de mercadorias para a ZFM. Insurgindo-se contra essa evidente afronta ao texto constitucional, o Governador do Estado de Amazonas requereu, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, o reconhecimento de que o referido Convênio não poderia ter modificado as de isenção prevista no Decreto-Lei nº 288/67, sob a alegação de que estaria ele infringindo as normas contidas no artigo 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (já transcrito), que garantiu a manutenção desses incentivos, após a vigência da nova Carta Magna. Tendo o Supremo Tribunal Federal, acolhendo a alegação em comento, concedeu, em 25/10/90, liminar suspendendo os feitos do referido Convênio, até a Decisão final a ser proferida na referida ação, estando a mesma em vigor, conforme extrato de andamento processual da referida ADIN (doc.03), produzindo seus feitos até os dias atuais, citando doutrina de Hugo de Brito Machado, José Afonso da Silva e Parecer da PROFAZ de 05/06/2005 favorável à improcedência da autuação.

Sustentou que, a despeito do entendimento anteriormente esposado, o fisco estadual, tendo em vista a demora no julgamento da mencionada ADIN nº 310-DF, que já se estende por 15 anos, vem efetuando os lançamentos que entendem cabíveis, no intuito de evitar a decadência do seu direito de constituir os respectivos créditos tributários caso o referido instrumento de controle de constitucionalidade venha a ser julgado improcedente. Entretanto, entende que tal procedimento encontra-se eivado de vício insanável da inconstitucionalidade, haja vista que a liminar concedida não se limita a suspender a exigibilidade do crédito tributário, como ocorre com as liminares concedidas em ações propostas pelo contribuinte, enumeradas no artigo 151 do CTN. Salientou que esse também foi o entendimento da PGE/PROFIS, exarado através do Parecer de 05/06/2005, anexo às folhas 62 a 64 deste PAF.

No tocante à multa aplicada, sustentou que ao se apropriar dos créditos referentes às aquisições de insumos a serem empregados na produção de mercadorias destinadas à ZFM, o autuado obedeceu à Decisão proferida pela Corte Constitucional do País, não podendo ser punido por agir em consonância com Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, não se pode admitir infração à legislação que não está apta a produzir seus efeitos no mundo jurídico, como é o caso do Convênio 06/90, cujos efeitos estão suspensos pela multi-citada liminar proferida em sede de ADIN pelo STF.

Ressaltou, ainda que, diante de recentes decisões deste Conselho, no sentido de que o Crédito Tributário aqui debatido estaria com sua exigibilidade suspensa, é inadmissível a exigência de multa de infração, visto que seria um total contra-senso admitir que o crédito tributário em

questão não possa ser cobrado do contribuinte, em face de Decisão judicial que determina a suspensão da sua exigibilidade e ao mesmo tempo punir o contribuinte por não haver recolhido o crédito fiscal inexigível.

Citou que a Lei Federal nº 9.430/96, em seu artigo 63, determina a não incidência de multa de ofício e de mora nas ocasiões em que o lançamento tributário tenha sido realizado unicamente com o intuito de prevenir a decadência, por estar o crédito inexigível, relativo a tributos e contribuições de competência da União, transcrevendo jurisprudência do Tribunal Regional Federal e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Ao finalizar, requereu a improcedência da autuação tendo em vista a falta respaldo legal, ante a suspensão do Convênio nº 06/90 por liminar proferida nos autos da ADIN 310-DF em curso no Supremo Tribunal Federal, estando o direito à manutenção do crédito fiscal relativo aos insumos aplicados na industrialização de mercadorias remetidas para a Zona Franca de Manaus garantida pelas disposições constantes do artigo 40, do ADCT, do DL 288/67 e do Convênio nº 65/88. Caso assim não entendam os julgadores, requereu fosse afastada a multa aplicada.

Na informação fiscal, às folhas 68/71, os autuantes argumentam que uma medida cautelar não é Decisão definitiva do mérito, tendo por natureza apenas resguardar direitos ou interesses. Atua apenas no âmbito da eficácia da norma, não lhe retirando do mundo jurídico.

Esclarecem que a suspensão da eficácia, não ataca nem a existência nem a validade da norma, produzindo efeitos apenas no campo de seus efeitos. Dizem que na situação aqui discutida, ter-se-ia a administração pública impedida da execução dos créditos, nunca a sua constituição. Assim, a constituição do crédito tributário em relação a norma ainda sem Decisão definitiva, em sede de ADIN, não ofende qualquer instituto jurídico.

Ao final, requereram que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

Através do Acórdão JJF nº 0122-04/06, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela Improcedência do presente Auto de Infração, em razão do seguinte entendimento:

- a) inicialmente, no que concerne à argüição de inconstitucionalidade, ressaltou que “*o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma*”;
- b) sustenta que “*trata a presente lide de matéria estritamente de natureza jurídica e, de acordo com o Parecer da PGE/PROFIS de 05/06/2005 proferido pela ilustre Procuradora Maria Dulce Baleiro da Costa sobre idêntica matéria, o contribuinte não poderia ter sido submetido à autuação, porquanto não se poderia inquinar de ilegítimo o procedimento por ele adotado. Entender de forma diversa equivaleria a negar vigência à Decisão do STF, cuja aplicação é, como cediço, erga omnes*”;
- c) acrescentou a R. 4.^a Junta, ainda, que “*Ao conceder a liminar, o STF retirou do ordenamento jurídico o Convênio 02/1990 e 06/1990, os quais, cancelava a manutenção de crédito nas vendas para a ZFM. Neste caso, suspendendo-se os referidos Convênios, restaura-se a situação jurídica anterior, que assegurava a manutenção dos créditos fiscais pela aquisição de matéria prima, material secundário e material de embalagem, utilizados na fabricação de produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus. Esclareço que os efeitos jurídicos principais da concessão da medida cautelar se encontram dispostos na Lei nº 9869/99 que dispõe sobre o processo de julgamento da ADIN perante o STF*”;
- d) por fim, ressaltou que “*a 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, através do acórdão CJF nº 0119-12/06, sobre julgamento de matéria idêntica decidiu por unanimidade pela improcedência do Auto de Infração nº 271330.0008/03-9, entendendo que, diferentemente daquela decorrente de Mandado de Segurança, a medida cautelar concedida em ADin atinge a matriz normativa que no caso, deu suporte a autuação, impedindo não somente a exigibilidade, mas também a constituição do crédito tributário*”.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

À luz do brilhante Parecer emitido pela PGE/PROFIS, da lavra da Procuradora do Estado, Dr.^a Maria Dulce Baleeiro da Costa acerca de matéria idêntica “*o contribuinte não poderia ter sido submetido à autuação, por quanto não se poderia inquinar de ilegítimo o procedimento por ele adotado. Entender de forma diversa equivaleria a negar vigência à Decisão do STF, cuja aplicação é, como cediço, erga omnes*”.

É de corriqueira sabença que o Pretório Excelso, ao deferir a liminar, retirou do ordenamento jurídico o Convênio 02/1990 e 06/1990, que cancelavam a manutenção de crédito nas vendas para a ZFM, razão pela qual se restaura o *status quo ante*, que assegurava a manutenção dos créditos fiscais pela aquisição de matéria prima, material secundário e material de embalagem, utilizados na fabricação de produtos industrializados e destinados à Zona Franca de Manaus.

Insta reiterar observação invocada na Decisão recorrida de que “*os efeitos jurídicos principais da concessão da medida cautelar se encontram dispostos na Lei nº 9869/99 que dispõe sobre o processo de julgamento da ADIN perante o STF*”.

Pari passu, cura ressaltar que esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, através do acórdão CJF nº 0119-12/06, decidiu, por unanimidade, pela improcedência do Auto de Infração nº 271330.0008/03-9, entendendo que, diferentemente daquela decorrente de Mandado de Segurança, a medida cautelar concedida em ADIn atinge a matriz normativa que, no caso, deu suporte à autuação, impedindo não somente a exigibilidade, mas também a constituição do crédito tributário.

Ex positis, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado, mantendo a Decisão de primeira instância em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279196.0004/05-9, lavrado contra BRASKEM S/A.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMA RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPRES. DA PGE/PROFIS