

**A. I. N°** - 279196.0004/05-9  
**AUTUADO** - BRASKEM S/A  
**AUTUANTE** - JORGE VICTOR GRAVE e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP METRO  
**INTERNET** - 25. 04. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0122-04/06

**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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/12/2005, 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, inicialmente, alegando 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 a multa aplicada de 60%, assevera que jamais poderia ser exigida, uma vez que o autuado não agiu em desconformidade com a legislação.

Ressalta 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, 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. Aduz 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.

Assevera 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.

Salienta 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.

Aduz 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.

Sustenta 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 a multa aplicada, sustenta 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.

Ressalta 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.

Cita 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, requer pela 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, requer que seja 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.

Esclarece que a suspensão da eficácia, não ataca nem existência nem a validade da norma, produzindo efeitos apenas no campo de seus efeitos. Diz 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, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

#### **VOTO**

Analisando os elementos que instruem o PAF, constatei que os auditores imputam ao autuado a falta do estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na fabricação de produtos industrializados com benefícios de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação, referentes aos exercícios de 2001 a 2004.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

O autuado sustenta em sua defesa que o lançamento tributário não merece prosperar, por entender que o Decreto-Lei nº 288/67, amparado pela liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-DF, impetrada pelo Estado do Amazonas, contra o Convênio nº 06/90, 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.

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 Baleeiro 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”.

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.

Ressalto ainda que a 2ª 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.

Pelo exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279196.0004/05-9**, lavrado contra **BRASKEM S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA