

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