

PROCESSO - A. I. Nº 207104.0203/04-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GUANABARA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 12/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/07

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO SEGUNDO ITEM DA AUTUADA. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, (COTEB), para que seja julgado improcedente o item 2 da autuação, por falta de base legal, face à suspensão dos efeitos das normas contestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS (Procuradoria Estadual), subscrita pela ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, com fulcro no art. 119, II, § 1º, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 - COTEB (Código Tributário Estadual).

Circunscreve-se a presente Representação ao item 2 do Auto de Infração, lavrado contra a empresa GUANABARA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA, para exigir ICMS em razão do contribuinte ter deixado de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias remetidas para empresas localizadas na Zona Franca de Manaus, com isenção do tributo. A exigência fiscal, em análise, totalizou a cifra de R\$ 35.377,49, e a matéria objeto do lançamento se encontra em discussão no STF (Supremo Tribunal Federal), em sede da ação direta de inconstitucionalidade nº 310-0-DF, que contesta a validade dos Convênios ICMS 02/90 e 06/90 que lastreiam a exigência fiscal.

O contribuinte ingressou com defesa administrativa, tendo a Junta de Julgamento Fiscal decidido pela procedência total dessa infração, através do Acórdão nº 0090/03-05, suspendo os efeitos da exigência tributária em face da existência de liminar concedida pelo STF. O contribuinte não apresentou Recurso Voluntário, tendo a CJF Negado Provimento ao Recurso de Ofício relativo à infração 1, considerada improcedente.

Encerrado o contencioso administrativo os autos seguiram para inscrição na Dívida Ativa.

Quanto à matéria ainda em discussão no PAF, a Procuradoria sustenta o entendimento de que a medida cautelar na ADIN retira do ordenamento os Convênios contestados, estabelecendo efeito repressinatório da legislação anteriormente vigente, no caso o Convênio 58/88, que assegurava o direito ao creditamento do ICMS. A citada respresinação decorre das disposições da Lei nº 9.868/99, que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Afirmou, ainda, que os dispositivos dos Convênios 02/90 e 06/90, se encontram suspensos desde 1990, restando prejudicada a autuação, pertinente a fatos geradores datados de 2001 a 2002.

Argumentou, ainda, que a medida cautelar deferida pelo STF logra impedir a constituição do crédito tributário e não-somente suspendê-lo, pois em sede de ADIN a matéria levada em discussão à Corte Superior envolve a validade da norma jurídica frente à Constituição Federal. Assim, deferida uma medida cautelar no bojo da ação de controle concentrado de constitucionalidade das leis, o instrumento normativo questionado queda-se inaplicável, ficando inapto à produção de qualquer efeito.

Em decorrência, afirma que a autuação levada a efeito com base em norma suspensa é incabível, porque efetivada sem o necessário lastro jurídico. Citou texto doutrinário de autoria do jurista Alexandre de Moraes, além de Decisão exarada pelo STJ, no RMS nº 7.724-0/RS, que dão respaldo ao entendimento da inaplicabilidade do ato praticado com base em norma suspensa.

Postula, ao final, que o órgão de julgamento do CONSEF revise a Decisão de 1º grau e reconheça a improcedência da infração nº 2.

Submetido o Parecer ao crivo do chefe da Procuradoria Fiscal, houve pronunciamento do Dr. Jamil Cabús Neto, através de despacho acostado a fls. 317/320, ratificando o pedido de declaração da Improcedência do item 2 do Auto de Infração.

VOTO

A matéria em apreciação neste processo já foi objeto de reiteradas decisões deste CONSEF, que se manifestaram pela procedência da exigência fiscal. Inclusive a Câmara Superior deste colegiado, a exemplo do Acórdão CS nº 0876/01, confirmou o acerto de decisões que mantiveram a autuação em casos similares. Nessas decisões, o Parecer da PGE/PROFIS era pela manutenção da exigência fiscal, sob a fundamentação de que a ADIN suspendia a exigibilidade do crédito tributário, porém não impedia a sua constituição.

Contudo, mais recentemente a PGE/PROFIS reviu os seus posicionamentos, após aprofundados estudos, e decidiu modificar o seu entendimento sobre os efeitos da concessão da cautelar em ADIN. Para o deslinde da questão, faz-se mister definir quais as conseqüências, no presente processo administrativo fiscal, da cautelar concedida na ADIN Nº 310-1-DF, meio através do qual se postulam a invalidade das normas que dão respaldo à presente atuação, mais especificadamente os Convênios ICMS 02 e 06 de 1990.

O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na citada ação, figurando como autor da demanda o Governador do Estado do Amazonas. Concedida a liminar foram suspensos os efeitos das normas questionadas. A Procuradoria Estadual, ao se manifestar mais recentemente em outros processos, sustentou, respaldando-se na doutrina e na jurisprudência, a prevalência de medida cautelar concedida em ADIn, que, diferentemente daquela decorrente de Mandado de Segurança, atinge a matriz normativa que, no caso, deu suporte à autuação, impedindo não somente a exigibilidade, mas também a constituição do crédito tributário, sendo apresentado o argumento de que a ADIn representa a forma mais eficaz de controle jurisdicional dos atos normativos. Em outras palavras, mesmo as decisões liminares, em sede de Ação Direta, impõem a observância de seu conteúdo a todas esferas do Poder Público, impedindo a realização de qualquer ato respaldado na norma suspensa, operando-se, ainda, a repristinação ou restabelecimento da legislação anteriormente aplicável, que passa a vigor temporariamente, em regra, a partir da concessão da liminar. No caso concreto, suspensa a eficácia dos Convênios contestados, deve ser aplicada a norma anteriormente vigente, no caso o Convênio 65/88, que assegurava o direito à apropriação dos créditos fiscais decorrentes das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, empregados no processo produtivo que gerou as mercadorias destinadas à Zona Franca de Manaus.

Ressalto, ainda, que os efeitos jurídicos principais da concessão da medida cautelar se encontram previstos na Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo de julgamento da ADIn perante o STF. Determina o art. 11, da citada lei, entre outras medidas, a aplicação da legislação que vigorava anteriormente, salvo hipótese de expressa manifestação em contrário na Decisão, e a eficácia da medida cautelar contra todos, inclusive a Administração Pública.

Assim, ante o acima exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da presente Representação, para modificar, em parte, a Decisão de 1ª Instância e declarar a improcedência do item 2 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PGE/PROFIS