

A. I. Nº - 279691.0889/07-4
AUTUADO - PIRELLI PNEUS S/A.
AUTUANTE - JOILSON SANTOS DA FONSECA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 16/09/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0268-03/08

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE DE BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b.1)** FALTA DE PAGAMENTO. **b.2)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. **c)** ENTRADAS POR TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. A legislação prevê a incidência do ICMS a título de diferença de alíquotas, sobre a entrada interestadual, incluindo-se as transferências, em relação aos bens do ativo imobilizado ou materiais de consumo. Infração subsistente. **d)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. **e)** AQUISIÇÃO DE BEM PARA O ATIVO IMOBILIZADO COM DIFERIMENTO DO IMPOSTO, COM TRANSFERÊNCIA POSTERIOR PARA OUTRO ESTABELECIMENTO EM OUTRO ESTADO. Fato não contestado. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Autuado não contestou. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração não impugnada. **b)** FALTA DE ESTORNO. **a)** INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS CUJAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. ZONA FRANCA DE MANAUS. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-DF, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas, retirando do ordenamento jurídico os Convênios ICMS 02 e 06/90, impedindo a constituição e a exigibilidade do crédito tributário. Infração insubstancial. **c)** AQUISIÇÃO DE BENS PARA INTEGRAÇÃO AO ATIVO PERMANENTE. **c.1)** APROPRIAÇÃO A MAIS. **c.2)** MATERIAL PARA REFORMA E AMPLIAÇÃO DO ESTABELECIMENTO. **d)** SINISTRO DE MERCADORIAS. **e)** SAÍDAS SEM DÉBITO E RETORNO COM CRÉDITO. **f)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CARACTERIZADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO TRIBUTO. **a)** NOTAS FISCAIS DE VENDAS. **b)** NOTAS FISCAIS DE TRANSFERÊNCIAS. **c)** REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO SEM COMPROVAÇÃO DO RETORNO. **c)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. **d)** OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA POR EMPRÉSTIMO SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. RETORNO COM DESTAQUE DO

TRIBUTO. Infrações não impugnadas. Auto de Infração
PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/01/2008, refere-se à exigência de R\$1.692.024,63 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$28.692,50, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Trata-se de valores recolhidos a menos, devido ao fato de o sistema do contribuinte, em alguns meses, calcular o imposto de apenas alguns itens da Nota Fiscal e também, de erros quando da apuração da diferença de alíquota, aplicando 5% ao invés de 10%, nos meses de janeiro a dezembro de 2004; fevereiro e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$140.370,37.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS referente à diferença de alíquota, na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Falta de lançamento e pagamento nos meses de fevereiro e março de 2004 e abril de 2005, da diferença de alíquota sobre serviços de transportes de mercadorias destinadas ao uso e consumo. Valor do débito: R\$3.022,86.

Infração 03: Deixou de recolher ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. Pagamento efetuado a menos quando da apuração da diferença de alíquota sobre os serviços de transporte de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte lançou Conhecimentos de Transporte e ao calcular o valor da diferença de alíquota utilizou como base de cálculo o valor do ICMS destacado no mencionado documento fiscal, e em alguns meses, aplicou 5% ao invés de 10%. Meses de junho, agosto, novembro e dezembro de 2004; janeiro e fevereiro de 2005. Valor do débito: R\$10.193,19.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Trata-se de diferença de alíquotas quando das operações interestaduais por transferências de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$113.000,99.

Infração 05: Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Importação do envoltório de polietileno, material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. Mês de março de 2004. Valor do débito: R\$26.191,41.

Infração 06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês de dezembro de 2005. Valor do débito: R\$11.819,09.

Infração 07: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem etc. utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação, nos meses de março, abril, maio, julho setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004; março, abril, maio, junho, julho e agosto de 2005. Valor do débito: R\$31.901,89.

Infração 08: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações de saídas de pneus e câmaras de ar sem débito de ICMS, nos meses de maio de 2004; março e maio de 2005. Valor do débito: R\$2.187,05.

Infração 09: Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Utilização integral do crédito referente às aquisições de materiais destinados ao ativo imobilizado, não observando o limite de 1/48, nos meses de março de 2004; março, maio e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$41.680,20.

Infração 10: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Saídas em transferências interestaduais de matérias primas sem tributação, nos meses de abril, maio, junho, julho e novembro de 2005. Valor do débito: R\$46.450,53.

Infração 11: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos: “A empresa amparada pelo art. 5º do decreto 6.734/97 que diz – Ficam diferidos, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado do estabelecimento importador, o lançamento e o pagamento do ICMS devido pelo recebimento do exterior ou, relativamente ao diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação, de máquinas, equipamentos, ferramental, moldes, modelos, instrumentos e aparelhos industriais e de controle de qualidade, e seus sobressalentes, destinados ao contribuinte.

II – que exerçam atividades enquadradas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal – CNAE-FISCAL, sob os códigos a seguir especificados, até 31 de dezembro de 2008.

Por estar o contribuinte entre os CNAEs ali assinalados deixou dessa forma de proceder ao pagamento do Diferencial de Alíquota de ativo imobilizado”. Consta, ainda, que o contribuinte deixou de recolher a diferença de alíquota sobre itens não amparados pelo art. 5º do mencionado Decreto. Meses de março, abril, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004; janeiro a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$637.374,39.

Infração 12: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisição de materiais destinados à construção do armazém de produtos acabados e ampliação do refeitório, e tendo sido utilizado este crédito fiscal na proporção 1/48, no período de dezembro de 2004 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$191.261,85.

Infração 13: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a remessa de mercadorias para industrialização sem destaque do imposto, sendo que as referidas mercadorias não retornaram. Mês de março de 2004. Valor do débito: R\$6.213,71.

Infração 14: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. O contribuinte adquiriu máquinas e equipamentos sem o pagamento da diferença de alíquotas sob o amparo do art. 5º do Decreto nº 6.734/97, e posteriormente, efetuou a transferência dos mesmos para outros estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, antes de decorrido o prazo de dois anos. Meses de abril, julho, agosto, setembro e outubro de 2004; fevereiro, março, abril, julho, agosto e dezembro de 2005. Valor do débito: R\$365.950,24.

Infração 15: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente sinistradas. Meses de março de 2004 e fevereiro de 2005. Valor do débito: R\$1.289,38.

Infração 16: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de junho e outubro de 2004. Valor do débito: R\$20.075,61.

Infração 17: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro e fevereiro de 2005. Valor do débito: R\$591,21.

Infração 18: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Falta de escrituração de notas fiscais que constavam no Sistema de Controle Fiscal de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, nos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, setembro e novembro de 2004; janeiro, abril, julho, agosto e novembro de 2005, sendo exigido multa no valor total de R\$28.692,50

Infração 19: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Trata-se de utilização de crédito fiscal referente à diferença de alíquota paga quando da aquisição de produtos destinados à construção do prédio de armazenamento de produtos acabados, no período de março de 2005 a dezembro de 2007. Valor do débito: R\$21.768,00.

Infração 20: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Mercadorias que tiveram saídas para empréstimo sem destaque do imposto e o retorno das mesmas ocorreu com destaque do ICMS. Mês de agosto de 2004. Valor do débito: R\$20.682,00.

Consta à fl. 258, requerimento do autuado reconhecendo o total apurado nas infrações 01, 02, 03, 05, 06, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20, no montante de R\$1.575.814,25, solicitando a emissão do Documento de Arrecadação Estadual – DAE.

O autuado, por meio de representante estabelecido com procuração à fl. 311, apresentou impugnação (fls. 283 a 294), alegando que é pessoa jurídica de direito privado, tendo por objetivo social a fabricação e comércio de toda a espécie de pneumáticos e câmaras de ar para qualquer uso, artefatos de borracha, ebonite, guta-percha, plásticos e outros sintéticos; máquinas e equipamentos de uso específico e geral. Reconhece que a realização de operações relativas à circulação de mercadorias fica sujeita ao ICMS, conforme previsto na Constituição Federal e na Lei Complementar 87/96, e não obstante ter cumprido suas obrigações tributárias com o Fisco deste Estado, foi intimado da lavratura do presente Auto de Infração. Informa que já procedeu ao pagamento dos valores exigidos nas infrações 02, 03, 05, 06, 08 a 20 com redução da mora de 20%, e isso comprova o fiel cumprimento das obrigações tributárias, não tendo qualquer interesse em protelar o pagamento de valores que entende devidos. Portanto, o defendanté afirma que a discussão a ser travada no presente processo se limitará à legitimidade das infrações 04 e 07.

Quanto à infração 04, o defendanté alega que no exercício regular de suas atividades, realiza transferências de mercadorias de uso e consumo de seus estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação, no caso, de Santo André – São Paulo e Gravataí – Rio Grande do Sul, para Feira de Santana – Bahia. Informa que o RICMS do Estado de São Paulo dispõe que as transferências, inclusive interestaduais de mercadorias de uso e consumo de estabelecimentos do mesmo titular não é sujeita ao ICMS, conforme art. 7º do RICMS/SP, que transcreveu. Por isso, quando da saída das mercadorias de uso e consumo, o impugnante utilizou-se dos procedimentos relativos às saídas com não incidência do imposto. Entretanto, o autuante entendeu que na hipótese objeto da exigência fiscal no presente processo é devido diferença de alíquota, com base nos arts. 5º e 69 do RICMS/BA, que transcreveu. O defendanté entende que por se tratar de material de consumo não haveria incidência do ICMS, devendo prevalecer o entendimento de que a incidência foi concedida sem amparo constitucional. Assegura que a não incidência prevista no Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgamentos, sendo editada a Súmula 166, e é correto afirmar que a mencionada Súmula refere-se à incidência do ICMS na transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular. Assim, o defendanté diz que o STJ definiu que a transferência de mercadoria não constitui fato gerador do ICMS, e ainda que o material de uso e consumo

pudesse ser considerado mercadoria não haveria a incidência do mencionado imposto. Em seguida, o impugnante destaca trechos do Acórdão proferido pelo STJ e diz que o STF já firmou entendimento no sentido de não haver fato gerador do ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa. Salienta que as inúmeras decisões judiciais são no sentido de que a transferência de mercadorias é uma operação física e não econômica, não estando sujeita ao ICMS. Reproduz a decisão do STF e cita o posicionamento do Mestre José Eduardo Soares de Melo sobre o tema. O defendant concluir que, não existindo operação tributável na transferência, não há que se falar em diferença de alíquota nas operações objeto da autuação fiscal, pedindo a improcedência desta infração.

Infração 07: Alega que o autuante cometeu equívoco ao exigir estorno de créditos de ICMS relativo a entradas de mercadorias utilizadas na fabricação de produtos destinados à Zona Franca de Manaus, considerando o que estabelece na Cláusula Primeira do Convênio ICM 65/88, que transcreveu. Diz que é correto afirmar que o mencionado Convênio teve sua Cláusula Terceira revogada pelo Convênio 06/90, o que tornaria procedente a exigência fiscal em questão. Entretanto, alega que o Governo do Estado do Amazonas propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, obtendo liminar, suspendendo os efeitos do Convênio 06/90 e a Procuradoria Geral da República, em 01/02/2002, proferiu o parecer no sentido de considerar procedente o pedido formulado pelo Governo do Estado de Amazonas. Salienta que liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade suspende os efeitos do ato legal objeto da ação fiscal, sendo *erga omnes* e com efeitos *ex nunc*. Reproduz o art. 11 da Lei nº 9.868/99 e destaca o posicionamento jurisprudencial quanto aos efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, concluindo que a citada ADIN suspende os efeitos do dispositivo legal em discussão. Assim, o defendant apresenta o entendimento de que a manutenção do crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de insumos utilizados na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, estão de acordo com as disposições legais. Finaliza, pedindo a improcedência das infrações 04 e 07.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 317 a 319 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação à infração 04, a exigência fiscal está amparada no art. 5º combinado com o art. 69 do RICMS/BA, que trata de forma expressa das condições relativas à incidência da diferença de alíquotas, estando previsto no art. 5º que o fato gerador para o pagamento do imposto é a entrada no estabelecimento do contribuinte, inexistindo qualquer exclusão. Por isso, entende que no caso das transferências de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação é devido o imposto relativo à diferença de alíquota. Salienta que o Convênio ICMS 19/91 dispõe expressamente sobre o procedimento quando da transferência de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, transcrevendo a Cláusula Primeira, II do mencionado Convênio. Mantém a exigência fiscal.

Quanto à infração 07, o autuante afirma que a cobrança do imposto tem amparo no RICMS/BA e não pode argumentar quanto às questões ligadas a uma ADIN impetrada pelo Estado do Amazonas. Transcreve o que dispõem os Convênios 65/88 e 06/90, e pede a procedência desta infração.

Consta às fls. 322 a 331, extrato do SIGAT relativo ao pagamento das parcelas reconhecidas pelo autuado, no valor de R\$1.195.073,88.

VOTO

O autuado impugnou somente as infrações 04 e 07, tendo informado no requerimento de fls. 258 do presente processo, que reconhece o débito apurado nas demais infrações, solicitando a emissão do Documento de Arrecadação Estadual – DAE. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A infração 04 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e

destinadas ao consumo do estabelecimento. Trata-se de diferença de alíquotas quando das operações interestaduais por transferências de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls. 136 a 147.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

O autuado não contestou os cálculos, nem a origem das mercadorias, tendo alegado que as transferências interestaduais de mercadorias de uso e consumo de estabelecimentos do mesmo titular não é sujeita ao ICMS. Assegura que a não incidência é prevista no Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, que já foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgamentos, sendo editada a Súmula 166, e que o STJ definiu que a transferência de mercadoria não constitui fato gerador do ICMS, e ainda que o material de uso e consumo pudesse ser considerado mercadoria não haveria a incidência do mencionado imposto.

Quanto ao fato de ter havido transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada, em operação interestadual, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente. Assim, no caso de transferência dos materiais de uso e consumo, objeto da autuação, deve ser efetuado o pagamento da diferença de alíquotas, haja vista que a incidência do imposto é em decorrência da entrada e não da aquisição das mercadorias.

Concordo com a informação do autuante de que, nas operações interestaduais, relativas a transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo, o estabelecimento destinatário pagará o diferencial de alíquota, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação, conforme estabelece a Cláusula Primeira, inciso II do Convênio ICMS 19/91.

Vale ressaltar, que para efeito da legislação tributária, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme estabelece o § 3º, II, do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, e a exigência do pagamento da diferença de alíquotas está de acordo com o previsto no art. 155, § 2º, VIII, da Constituição, salientando-se que o art. 4º, XV, e o art. 17, XI, da Lei nº 7.014/96 têm plena validade formal e material, e este órgão de julgamento não tem competência para apreciar questões de constitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária.

Portanto, de acordo com os arts. 2º, IV, 4º, XV e 17, XI e seu parágrafo 6º, da Lei 7.014/96, a entrada, a qualquer título de bem ou mercadoria decorrente de operação interestadual, quando estes se destinaram ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, gera a obrigação do pagamento da diferença de alíquotas, e conforme o art. 7º III, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquota quando a operação for realizada com não incidência do imposto ou com isenção decorrente de convênio.

Quanto ao argumento defensivo de que o RICMS do Estado de São Paulo dispõe que as transferências, inclusive interestaduais de mercadorias de uso e consumo de estabelecimentos do mesmo titular não é sujeita ao ICMS, observo que a definição quanto às operações ou produtos que estariam fora do campo de incidência do ICMS é prerrogativa constitucional, conforme os dispositivos da Constituição Federal pertinentes ao assunto (art. 155, incisos II, § 2º, X, “a”, “b” e “c”; XII, “e”), salientando-se que este posicionamento também encontra amparo na Lei Complementar 87/96 (art. 3º, incisos I a IX). Assim, concluo pela procedência desta infração.

Infração 07: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagem etc. utilizados na fabricação de produtos

industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não prevista na legislação, nos meses de março, abril, maio, julho setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004; março, abril, maio, junho, julho e agosto de 2005, conforme demonstrativos às fls. 154 a 163.

O defendant não contestou os dados numéricos do levantamento fiscal, tendo em vista a sua alegação de que o Convênio ICMS 65/88 teve sua Cláusula Terceira revogada pelo Convênio 06/90, o que tornaria procedente a exigência fiscal em questão. Diz que o Governo do Estado do Amazonas propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, obtendo liminar, suspendendo os efeitos do Convênio 06/90 e a Procuradoria Geral da República, em 01/02/2002, proferiu o parecer no sentido de considerar procedente o pedido formulado pelo Governo do Estado de Amazonas. Portanto, o autuado sustenta que está amparado pela liminar concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, tratando acerca da inconstitucionalidade do Convênio 06/90, concluindo que a citada ADIN suspende os efeitos do dispositivo legal em discussão e que é legítima a manutenção do crédito fiscal do ICMS em questão.

A cláusula terceira do Convênio 65/88 estabelece: “Fica assegurado ao estabelecimento industrial que promover a saída mencionada na cláusula primeira a manutenção dos créditos relativos às matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagens utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção”.

Por sua vez, o Convênio 06/90, na cláusula primeira revogou a cláusula terceira do Convênio 65/88, com efeitos a partir de 01/01/91.

Conforme entendimento da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, nos Acórdãos de números CJF 0375-12/07, CJF 0490-12/07 e CJF 0100-12/07, que tratam de infração da mesma natureza, tendo sido deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-DF, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas, retirando do ordenamento jurídico os Convênios ICMS 02 e 06/90, tal decisão impede a constituição e a exigibilidade do crédito tributário. No Acórdão CJF 0100-12/07, o relator NELSON ANTONIO DAIHA FILHO apresentou a seguinte conclusão:

“No que pertine às infrações 6, 7, 8 e 9, acompanho o novo entendimento da PGE/PROFIS no sentido de que na doutrina e na jurisprudência a prevalência de medida cautelar concedida em ADIn atinge a matriz normativa que deu suporte a autuação, impedindo não somente a exigibilidade, como também, a constituição do crédito tributário, ficando, portanto, suspensa a eficácia do Convênio ICMS 06/90, devendo ser aplicada a norma anteriormente vigente, no caso o Convênio ICMS 65/88, como vem reiteradamente decidindo a segunda instância deste CONSEF”.

Assim, considerando as citadas decisões em relação à suspensão dos efeitos das normas contestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, concluo pela insubsistência desta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279691.0889/07-4, lavrado contra **PIRELLI PNEUS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.660.122,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “f”; VII, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$28.692,50**, prevista no art. 42, incisos IX da mencionada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 08 de setembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA