

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0004/10-0
RECORRENTE - KLABIN S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0118-04/11
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 21/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0257-12/12

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DAS PARCELAS SUJEITAS À DILAÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Os benefícios do Programa DESENVOLVE são aplicáveis tão somente às operações próprias resultantes do projeto incentivado, sendo que não é razoável nem legal admitir nas mesmas operações, por exemplo, de mera compra e venda ou de transferência. Infração caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. O Convênio ICMS 06/90 teve seus efeitos suspensos por Decisão Cautelar proferida pelo STF em ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1/90, cujo mérito ainda não foi decidido. Ou seja, a Decisão que suspende os efeitos do referido Convênio devolve a matéria ao *status quo ante*, que dá como correta a conduta do recorrente que agiu de acordo com o disposto no Convênio ICMS 65/88, sobretudo com relação à cláusula terceira que havia sido revogada pelo Convênio ICMS 06/90. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou pela Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$152.862,35, acrescido das multas de 60% sobre R\$151.062,35, previstas no art. 42, incisos. II, “a” e “f”, e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 10/11/2010 decorre de quatro infrações, contudo, apenas as infrações 1 e 4 são objeto do presente Recurso Voluntário, dado que as infrações 2 e 3 foram expressamente acatadas pelo recorrente Recurso, como segue:

***Infração 01** – Recolhimento a menos do imposto, em função de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. Na condição de contribuinte beneficiário, omitiu recolhimentos, na medida em que lançou as parcelas sujeitas ao incentivo em quantias maiores do que as devidas. Valor exigido de R\$ 105.506,50. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 04** – Falta de estorno de créditos fiscais de entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem, entre outros, utilizados na fabricação de produtos beneficiados pela isenção, destinados à Zona Franca de Manaus. Valor exigido de R\$ 40.486,77. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96.*

Da apreciação dos argumentos defensivos alegados pelo autuado, além das contra razões do fiscal autuante, a 4ª JF, em Decisão unânime, decidiu pela procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

“**VOTO**

(...)

Quanto à primeira infração, cumpre esclarecer que a Instrução Normativa 27/2009 não foi tomada como fundamento para a autuação. Conforme muito bem esclareceu o autuante na informação fiscal, os dispositivos infringidos foram os arts. 2º e 3º do Decreto 8.205/2001, que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE - e constitui o seu Conselho Deliberativo.

Com efeito, assiste razão ao auditor fiscal, pois, por exemplo, ao analisar as cópias do livro Registro de Apuração do ICMS de fls. 10 a 23, é possível constatar que a sociedade empresária lançou, a título de parcela dilatada, quantias superiores às que fazia jus. Dos documentos de fls. 14, 20, 101, 107, 113 e 119 (cópias do livro Registro de Apuração do ICMS) constam lançamentos com CFOP 5.102 (venda de mercadoria adquirida de terceiros) e 6.152 (transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), o que se observa também às fls. 288, 294, 300, 306, 312 e 318, colacionadas pelo impugnante.

Às fls. 286, 304, 310 e 316 constam operações com CFOP 2.152 (transferência para comercialização). Conforme o Anexo do Convênio sem número, de 15 de dezembro de 1970, que instituiu os códigos fiscais de operações e prestações, classificam-se neste código as entradas de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas.

A nota fiscal 82.612, mencionada pelo autuado, na qual teria cometido um erro, não foi objeto dos levantamentos constantes deste processo, consoante demonstram as planilhas de fls. 88/89. Tampouco foram identificados os erros na transcrição de valores, aos quais o contribuinte fez alusão à fl. 236.

É ilógica a alusão de defesa de que nos meses em que se apurou o suposto ilícito não houve qualquer compra de mercadorias de terceiros – que pudessem ser eventualmente revendidas – de acordo com a cópia do livro Registro de Apuração do ICMS anexada, do que, no entender do impugnante, é equivocado o lançamento. Uma coisa não necessariamente leva à outra. Terem ocorrido ou não tais aquisições nos períodos fiscalizados não traz qualquer efeito tributário neste processo, posto que o débito foi apurado em virtude de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo, cujas entradas correspondentes podem ter acontecido em qualquer período anterior, consoante demonstrativos apensados.

Os benefícios do Programa Desenvolve são aplicáveis tão somente às operações próprias resultantes do projeto incentivado, sendo que não é razoável nem legal admitir nos mesmos operações, por exemplo, de mera compra e venda ou de transferência, entendimento, aliás, corroborado no Parecer DITRI 02789/2009.

Infração 01 caracterizada.

Quanto à infração 04, de fato, não houve impugnação relativa a métodos ou valores. As argumentações jurídicas do impugnante não merecem albergue, posto que em desalinho com o ordenamento jurídico em vigor, de acordo com o que foi detalhadamente exposto pela autoridade fiscal na sua informação prestada.

Da análise de todas as normas legais e infralegais citadas no processo, que possuem eficácia no presente caso, a exemplo dos artigos 20, § 3º, I; 21, II, § 2º e 32, II, LC 87/1996 c/c art. 29, Lei nº 7.014/96 e art. 103, RICMS/97, concluo que a autuação foi corretamente aplicada, uma vez que é vedado o crédito relativo às mercadorias destinadas à integração ou consumo em processo de industrialização, quando a operação de que decorrer a saída não for tributada ou estiver isenta, exceto em se tratando de saída para o exterior, onde não se situa a Zona Franca de Manaus.

A ação judicial e respectiva Decisão liminar, concernentes ao Convênio ICMS 06/1990, que revogou a Cláusula terceira do Convênio ICMS 65/1988, ainda não transitou em julgado, fato que não influencia no mérito da contenda e que já foi apreciado na análise dos requisitos de validade do procedimento fiscal.

Infração 04 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já pagos.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 363 a 386, o contribuinte vem aos autos e, inicialmente, aponta erro na apuração do imposto exigido na infração 1. Diz que o autuante, na parcela que ele denominou de “PsrcIncentLanç”, acumulou, para os meses que aponta, os valores do imposto dilatado e o devido no mês, cujo recolhimento havia sido tempestivamente realizado. Junta “extrato emitido no site da Secretaria da Fazenda deste Estado” – doc. 01, e afirma que se o entendimento do autuante estivesse correto, estaria sendo exigida indevidamente em R\$ 9.186,50 e R\$ 2.448,02.

Afirma que o julgador de primo grau equivocou-se quando consignou que “A nota fiscal 82.612 não foi objeto dos levantamentos constantes desse processo.”. Esclarece que emitiu, por equívoco, nota fiscal de devolução de compra não aceita pelo cliente com CFOP 6.949, ao invés do 6.202, e diz que tal operação não deveria constar dos cálculos elaborados pelo autuante. Assevera

que para corrigir o erro cometido, enviou carta de correção ao cliente, já anexada a este processo, contudo, sem alterar a escrituração fiscal feito no Livro Registro de Saídas. Monta tabelas demonstrativas para afirmar que o valor da Nota Fiscal 82.612 foi incluído na “*coluna Operações não incentivadas saídas*”.

Tratando da inserção de valores referentes ao ativo fixo na apuração do ICMS, diz que o art. 2º, inciso I do Decreto nº 8.205/2001, que regulamenta o programa do DESENVOLVE, dispõe que fica diferido o lançamento e o pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens, destinados ao ativo fixo, quando adquiridos em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquota. Transcreve o dispositivo indicado e afirma que, equivocadamente, nos meses de maio e novembro de 2007 e outubro e novembro de 2008 procedeu ao lançamento de valores relativos a diferencial de alíquota, apurados na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, conforme atesta o seu “*livro de apuração da Sociedade*”, o que levou a erro o autuante, que “... *incluiu os valores referentes a aquisições de bens destinados ao ativo fixo nos cálculos de sua apuração ...*”.

Entendendo comprovado que os valores apontados correspondem ao diferencial de alíquota decorrente da compra de bens destinados ao Ativo Fixo, que tem imposto diferido, requer que o montante de R\$ 4.420,69 seja excluído do cálculo de apuração do imposto.

Referindo-se aos valores de aquisição dos bens necessários a produção, diz que mesmo tendo afirmado o julgador *a quo* que a “*Instrução Normativa n.º 27/2009 não foi tomada como fundamento para a autuação*”, o autuante apurou supostas divergências nos recolhimentos efetuados pelo recorrente, pois o levantamento fiscal tem como base os CFOP’s. Monta quadros comparativos indicando os valores apurados pelo autuante e por ela, Recorrente, aduzindo que a diferença verificada entre os dois levantamentos diz respeito ao débito de ICMS relativo à diferença de alíquotas incidente nas aquisições de materiais necessários à produção, contabilizados como de uso e consumo.

Derredor desta matéria aduz que adquire diversos materiais, a exemplo de formas de corte, peças de reposição dos seus equipamentos (tais como parafusos, arruelas, correias), brocas, lixas, etc., e que não imobiliza tais materiais em razão do valor ou da forma de utilização, em que pese tais materiais estarem diretamente vinculados ao seu processo produtivo. Monta tabela para demonstrar que apesar de não imobilizados, os referidos materiais são registrados fiscalmente no CFOP 2.556 – material de uso e consumo. Aduz o caráter de imprescindibilidade dos ditos materiais e destaca que o fato de não serem considerados como insumo, não se pode retirar dos ditos materiais o caráter de indispensabilidade ao processo produtivo.

Conclui afirmando que os produtos acima elencados “*estão plenamente abarcados pelo conceito dado pela lei de SALDO DEVEDOR do ICMS relativo a OPERAÇÕES PRÓPRIAS, devendo, portanto, também esses valores serem excluídos do montante calculado a título de ICMS supostamente devido.*”.

Referindo-se à Instrução Normativa nº 27/2009, diz que apesar de não ter sido citada no corpo do Auto de Infração como fundamento da autuação, o autuante se valeu das suas regras para limitar o seu direito de fruição do benefício no que tange às aquisições de bens indispensáveis à produção, contabilizados como materiais de uso e consumo. Cita e transcreve os artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/01.

Diz que tendo obtido direito à fruição dos benefícios do programa DESENVOLVE, conforme Resolução DESENVOLVE nº 28/2004, passou a diferir o ICMS devido nas operações vinculadas a seu processo industrial, recolhendo, na forma da lei, o imposto nas demais operações. Aduz que diante da inexistência de regulamentação acerca do entendimento dos CFOP’s vinculados às operações não alcançadas pelo incentivo do DESENVOLVE, “*calculava o imposto a recolher, procedendo a ajustes no saldo devedor do ICMS, para extrair da sua apuração os lançamentos referentes às operações e prestações que efetivamente não são vinculadas às suas atividades industriais*”.

Reconhece que cometeu erros na apuração do imposto, “... incluindo parcelas relativas às operações com produtos adquiridos e transferidos para comercialização ...”.

Entende que apenas as operações relativas a produtos de terceiros que comercializa não estão contemplados no conceito de operação própria, conforme previsto no Decreto nº 8.205/01. Nesse sentido, conclui que as operações geradas em função do investimento realizado podem ter o ICMS diferido, não cabendo à dita Instrução Normativa limitar o benefício.

Discorre sobre a natureza jurídica das Instruções Normativas, citando a doutrina e o art. 100 do CTN, tudo para dizer que uma Instrução Normativa não pode inovar ou modificar o texto da lei à qual se vincula sob pena de exorbitar de sua competência, e que no caso em análise, entende o recorrente, é o que efetivamente se verifica. Cita decisões do TRF da 2ª Região e do Tribunal Pleno do STF na ADI 365/DF.

Aduzindo a ilegalidade da regra insculpida na Instrução Normativa nº 27/2009, questiona como poderia a Instrução Normativa excluir a diferença de alíquotas do conceito dado pela lei de SALDO DEVEDOR do ICMS relativo a OPERAÇÕES PRÓPRIAS.

Repisando sua tese de que a Instrução Normativa nº 27/2009 limitou o direito à fruição do benefício a que faz jus, entende que a referida Instrução Normativa não pode ser utilizada como premissa para a apuração dos valores supostamente devidos a título de ICMS, tanto porque alterou os dispositivos da Lei e do Regulamento, quanto porque somente poderá ser aplicada a eventos futuros, em respeito ao Princípio da Irretroatividade.

Tratando da infração 4, inicialmente, faz breve histórico da desoneração das operações com destino à Zona Franca de Manaus, citando o art. 4º do Decreto-lei nº 288/67 que equiparou as operações com a ZFM às saídas para exportação, e as normas posteriores que convalidaram a primeira, inclusive as cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio ICM 65/88, que adéqua a referida desoneração à Constituição Federal de 1988.

Continuando, diz que apesar do Convênio ICMS 06/90 revogar a cláusula terceira do Convênio 65/88, a matéria, por provocação do governador do Estado do Amazonas - ADIn nº 310-1/90 -, foi apreciada pelo STF que concedeu liminar que suspendeu a vigência do Convênio 06/90 até a Decisão final na ADIn. Transcreve acórdão, e diz que diante da Decisão do STF, não produz qualquer efeito a vedação contida no Convênio nº 06/90, o que faz permanecer hígido o disposto no Convênio ICM 65/88 acerca da manutenção do crédito fiscal que se analisa, sobretudo porque a dita ADIn, até a interposição do presente Recurso, ainda não havia sido julgada definitivamente. Cita acórdão do TJ do Estado do Paraná no Processo nº 0439395-7.

In casu, diz que apesar da Decisão judicial acima citada, o Fiscal decidiu lavrar o Auto de Infração sob o argumento de que inexisti previsão legal para aproveitamento dos créditos em questão, também em desconformidade com o art. 103 do RICMS/BA que se alinha ao art. 20 da Lei Complementar nº 87/96. Por isso mesmo, entendendo que não há na legislação vigente qualquer óbice ao aproveitamento do crédito em questão, conclui que não há que se falar em infração fiscal.

Pondera que mesmo que se diga que o lançamento fora realizado para prevenir a decadência do crédito tributário, não se poderia exigir juros e multa porque tais rubricas são aplicadas a título de penalidade pelo inadimplemento de obrigação tributária, que efetivamente não ocorreu. Cita o art. 151 do CTN para dizer das hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e que tal suspensão impede a “propagação dos efeitos da norma, implicando na temporária inexistência do dever jurídico do contribuinte em adimplir com a obrigação tributária.”

Cita Nelson Henrique R. Moura para dizer da inexistência de mora da sua parte enquanto o período em que vigorar a liminar concedida na ADIn nº 310-1/90, restando, pois, permitido o crédito tributário.

Pugna pelo conhecimento e provimento do seu Recurso Voluntário para que seja cancelado o crédito tributário lançado, e o consequente arquivamento do presente PAF. Especificamente quanto à infração 04, na hipótese de manutenção da autuação, requer que seja o crédito tributário suspenso até o julgamento definitivo da ADIn.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 413 a 415, acompanhado em sua inteireza pela i. Procuradora Assistente, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, fls. 416, diz que quanto à infração 1, as razões recursais são as mesmas trazidas na defesa, e que foram integralmente rechaçadas pela Junta de Julgamento Fiscal. Nessa esteira, entende que deve ser mantida a infração porque restou comprovado que o recorrente incluiu na parcela beneficiada com o diferimento, operações de comercialização de bens adquiridos de terceiros, que não estão incluídos no Programa DESENVOLVE, que tem como objetivo fomentar a indústria estadual.

Quanto à infração 4, e referindo-se a trabalho realizado por grupo de Procuradores, diz da mudança de posicionamento da PROFIS no que concerne à matéria discutida na infração em apreço.

Assevera que a Decisão cautelar concedida pelo STF na ADIn 310-1/90 continua em pleno vigor, e tem como primordial efeito o de tornar inaplicáveis, no curso de sua vigência, as disposições dos Convênios questionados.

Analisando o objetivo da concessão da cautela, diz que o STF pretendeu exatamente impedir a ocorrência dos prejuízos que pudessem advir da aplicação da norma tida, em princípio, inconstitucional. Nessa senda entende que resta demonstrado que os dispositivos dos Convênios citados se encontram suspensos desde 1990, restando prejudicada a autuação levada a efeito contra o contribuinte, pertinente a fatos geradores datados de 2007 e 2008.

No caso trazido aos autos, a infração deriva da utilização de créditos provenientes da aquisição de peças e material aplicados na fabricação de produtos a serem remetidos, com isenção, à Zona Franca de Manaus. Lembra que tais créditos, autorizados pela Cláusula 3ª do Convênio nº 65/88, foram desautorizados pelo Convênio nº 06, que por sua vez teve sua eficácia suspensa por Decisão do STF.

Nesta condição, aduz a i. Procuradora que “... *sobrestada a norma que vedou a utilização de tais créditos, é certo que estes podem ser aproveitados pelo contribuinte, não sendo cabível a sua autuação por tal motivo, eis que, fazendo-o, não estará a praticar qualquer conduta infracional, assim entendida aquela levada a efeito contra norma válida e eficaz*”.

Referindo-se à cautelar deferida pelo STF e seu efeito, diz que suspende não só a exigibilidade do crédito, como também a própria constituição, tudo porque se está a tratar de medida cautelar concedida em ADIn, e não de liminar, concedida em processo cautelar ou Mandado de Segurança, para suspender a exigibilidade creditícia, porque se volta unicamente contra a exigibilidade do crédito, sem impedir a sua constituição. Continuando, diz que medida cautelar concedida em ADIn não guarda nenhuma relação “*com este ou aquele crédito tributário específico, eis que se relaciona com a validade ou não de leis em sentido lato, mas, voltando-se contra a própria matriz normativa que deu suporte a determinada autuação, termina por esta atingir na sua origem, impedido, assim, a constituição do crédito dela decorrente*”.

Externando seu entendimento, a d. Procuradora diz entender que “*estando com a eficácia suspensa os Convênios supra referidos, o contribuinte não poderia ter sido submetido à autuação, porquanto não se poderia inquirir 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*”.

Concluindo, diz que a “*autuação do contribuinte, levada a efeito com base na norma há muito suspensa, é, ..., incabível, porque efetivada sem o necessário lastro jurídico*”. Cita doutrina e jurisprudência.

Opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para que se reconheça a improcedência da infração 4, mantendo-se integralmente a infração 1.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JFJ deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso Voluntário que se aprecia cinge-se às infrações 1 e 4, que acusam o recorrente de Recolhimento a menos do imposto, em função de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve e falta de estorno de créditos fiscais de entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem, entre outros, utilizados na fabricação de produtos beneficiados pela isenção, destinados à Zona Franca de Manaus.

Antes mesmo de adentrar as questões efetivamente trazidas pelo recorrente em seu Recurso Voluntário, registro que não são arguidas preliminares.

Na infração 1, convém frisar que as razões recursais repisam as razões de defesa em todos os termos, sem que se observe qualquer novidade de uma em relação à outra.

Em que pese trazer o recorrente questões pontuais, todas devidamente analisadas pela Junta de Julgamento Fiscal, a questão fulcral tem assento no alcance dos benefícios do Programa Desenvolve, alcance este que no entender do recorrente deve acobertar operações que vão além das operações próprias e resultantes do projeto incentivado.

O fato é que quando se analisa os autos, se observa que o recorrente fez incluir na parcela beneficiada pelo diferimento operações que envolvem a comercialização de bens adquiridos de terceiros. Neste ponto, convém frisar que o Programa Desenvolve, que objetiva o fomento industrial no Estado da Bahia, estatui que seus benefícios apenas podem alcançar as operações próprias, conforme estabelece o art. 3º do Decreto nº 8.205 de 03/04/2002.

“Art. 3º O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo”. (grifo do Relator)

Da leitura do texto da norma e da sua inteligência, também considerando o espírito do Programa Desenvolve, deve-se registrar que a expressão “operações próprias” diz respeito àquelas operações de circulação de mercadorias realizadas pelo contribuinte referentes aos produtos por ele fabricados e, apenas nesta condição, é que gozam do incentivo da dilação de prazo.

Não por menos, com os mesmos fundamentos esposados pela Junta de Julgamento Fiscal, entendo que não merece qualquer reparo a Decisão recorrida.

Quanto à matéria trazida pelo Recurso Voluntário para a infração 4, vejo que assiste razão à Recorrente. Ainda que não cuide da infração em si, ataca a autuação com argumentação forte o suficiente para torná-la absolutamente improcedente.

É que a autuação exige ICMS em razão da falta de estorno de créditos fiscais de entradas de matéria-prima, material secundário e material de embalagem, entre outros, utilizados na fabricação de produtos beneficiados pela isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, tudo com fulcro no Convênio ICMS 06/90 que revogou o dispositivo contido no Convênio 65/88, que por sua vez adequava a matéria – desoneração - à Constituição Federal de 1988.

Bem, o fato é que o Convênio ICMS 06/90 teve seus efeitos suspensos por Decisão Cautelar proferida pelo STF em ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 310-1/90, cujo mérito ainda não foi decidido. Ou seja, a Decisão que suspende os efeitos do referido Convênio devolve a matéria ao *status quo ante*, que dá como correta a conduta do recorrente que agiu de acordo com o disposto no Convênio ICMS 65/88, sobretudo com relação à cláusula terceira que havia sido revogada pelo Convênio ICMS 06/90.

Diz o Convênio ICMS 65/98:

Cláusula primeira - Ficam isentas do imposto às saídas de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, desde que o estabelecimento destinatário tenha domicílio no Município de Manaus.

§ 1º Excluem-se do disposto nesta cláusula os seguintes produtos: armas e munições, perfumes, fumo, bebidas alcoólicas e automóveis de passageiros.

§ 2º Para efeito de fruição do benefício previsto nesta cláusula, o estabelecimento remetente deverá abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção indicado expressamente na nota fiscal.

Cláusula segunda - A isenção de que trata a cláusula anterior fica condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário.

Cláusula terceira - 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.

Importante frisar que o texto do Convênio cujo trecho está acima citado, obtido no site www.fazenda.gov.br/confaz/Convênios/icms/1988/cv065_88.htm consigna que: “Nota: A revogação está suspensa pela liminar nº 310-1/90 do STF, publicada no Diário da Justiça de 31.10.90.”, o que vem a fortalecer ainda mais a tese recursal.

Quanto ao entendimento externado pelo julgador de piso, vejo que estão equivocados. É que a Cautelar deferida pelo STF em uma ADIn, primeiro, tem efeito *erga omnes*, segundo, como bem asseverou a Representante da PGE/PROFIS, tem o condão de suspender não apenas a exigibilidade do crédito, suspendendo também a própria constituição do crédito tributário.

Há que se lembrar que uma ADIn tem por finalidade a declaração de que uma lei ou parte dela é ou não inconstitucional, ou seja, é a contestação direta da própria norma em tese. Ora, se o STF decide por conceder a cautela requerida, é porque entendeu que o dispositivo questionado, em primeira análise, é inconstitucional, o que, in fine, discute a possibilidade de existência da norma cujo teor é questionado.

Por tudo isso, não resta dúvida de que não poderia o fiscal autuante sequer ter autuado o recorrente, porque o fez em base legal inexistente, porque está com seus efeitos suspensos.

Isto posto, alinhado ao Parecer exarado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, entendo que merece reforma a Decisão Recorrida. Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para manter incólume a infração 1 e declarar improcedente a infração 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0004/10-0**, lavrado contra **KLABIN S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$110.575,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.800,00**, prevista no art. 42, XI, da citada Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS