

PROCESSO - A. I. N° - 206960.0010/17-0
RECORRENTE - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0027-01/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0257-11/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BIODIESEL B100. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Utilização de crédito fiscal nas aquisições interestaduais de Etanol Anidro Combustível e Biodiesel, misturados à Gasolina A e ao Óleo Diesel, operações submetidas ao regime de diferimento, informadas pelo contribuinte no Anexo VIII, do SCANC (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis). Saídas subsequentes, em operações interestaduais com não incidência do ICMS (art. 155, § 2º, inc. X, letra “b” da CF/88). Deixou o contribuinte de proceder ao estorno de crédito fiscal de ICMS. Aplicação das disposições §§ 10 e 11, da cláusula vigésima primeira, do Convênio ICMS 110/07. Decisão superveniente do Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), na ADI nº 4171/DF, declarando a constitucionalidade das disposições do aludido convênio que estabeleciam a obrigação de pagamento do estorno de ICMS nas aquisições de biodiesel e álcool anidro, destinados a produzir mistura química daqueles produtos com o diesel e a gasolina originários dos processos de refino do petróleo. Modulação dos efeitos da decisão do STF, para alcançar tão somente os fatos geradores verificados após seis meses da publicação do Acórdão. Mantida a exigência fiscal, visto que a modulação de efeitos da decisão do STF não alcançou os fatos que compõem este lançamento de ofício. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acolhida a decadência referente o período de Janeiro a Julho de 2012. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo Recorrente em face da decisão proferida pela 1ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 28.08.2017, dado ciência ao autuado em 30.08.2017, em que determina o recolhimento do ICMS no valor de R\$1.126.341,58, acrescido da multa percentual de 60%, nos termos do que dispõe o Artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 02.01.01

Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Ao analisar a peça defensiva apresentada pelo Recorrente, a Informação Fiscal prestada pelo autuante, as peças elucidativas acostadas aos autos: ADI-4171, Mandados de Segurança nºs 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506.70.2011.8.05.0001, impetrados pelo Recorrente, assim se

manifestou a 1^a JJF:

Trata-se de Auto de Infração lavrado para constituir crédito tributário consubstanciado na infração descrita e relatada na inicial dos autos, que será objeto da apreciação nas linhas procedentes.

Mais precisamente, exige-se do contribuinte autuado a falta de recolhimento do imposto decorrente do estorno de crédito fiscal de ICMS (apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de Etanol Anidro Combustível e Biodiesel B100), nas operações de vendas interestaduais, ocorridas no período de janeiro a dezembro de 2012.

Informam ainda os Auditores Fiscais que quantidades dos produtos Anidro, Biodiesel e os valores do ICMS a serem recolhidos estão registrados nos Anexos VIII do SCANC - (Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis) apresentados pelo contribuinte.

Assim, o lançamento de ofício tem por base probatória as informações fornecidas pelo próprio contribuinte, extraídas do Anexo VIII do SCANC, que documenta a quantidade de Álcool Etanol Anidro Combustível e Biodiesel B100, misturados à Gasolina A e ao Óleo Diesel, respectivamente, objeto de saídas interestaduais, nas etapas subsequentes de circulação, com não incidência do imposto, por força das disposições do art. 155, inc. II, § 2º, inc. X, letra "b", da CF 88, Lei Complementar nº 87/96 e lei ordinária estadual nº 7.014/96.

Nas razões, inicialmente, o contribuinte arguiu a nulidade absoluta do Auto de Infração ao argumento de que a normatização legal do Convênio 110/2007, não se daria de modo automático e retroativo a fatos anteriores à vigência do Decreto nº 13.780/12 (RICMS de 2012), norma que, segundo a impugnante, internalizou as disposições dos parágrafos 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do aludido Convênio e que fundamentam a exigência fiscal em lide.

No mérito pede que seja reconhecido pelo órgão julgador administrativo que as disposições dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007 instituíram uma nova hipótese de incidência do imposto não prevista na Constituição Federal de 1988, tampouco na Lei Complementar nº 87/96, afrontando o princípio da legalidade, implicando dupla exigência do mesmo imposto por entes políticos distintos, uma vez que o montante suportado a título de substituição tributária para frente já incluía o valor do ICMS-diferido.

Questiona a exigência que recai sobre si, sob o argumento que todo o ICMS já é exigido na primeira operação, concentrando-se o recolhimento na refinaria (Petrobrás). Em havendo diferença caberá à distribuidora como substituta por ocasião da venda ao posto de combustíveis, em operações interestaduais. Diz que a refinaria gerencia toda esta operação, de acordo com o Convênio ICMS 110/07.

De fato, o Convênio ICMS 110/07, dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos.

Por outro lado, o direito não socorre o autuado na afirmação que as normas do citado acordo interestadual foram recepcionadas na legislação interna da Bahia, somente por ocasião da edição do RICMS/12, através do Decreto nº 13.780/12. Isto porque, tais regras desse acordo interestadual já se encontravam incorporadas à legislação interna da Bahia, em diversos dispositivos do RICMS/97, aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, objeto do Auto de Infração em exame. Em relação à obrigação de estorno nas operações com Álcool Etanol Anidro Combustível e Biodiesel B100, o RICMS/97, no artigo 512-A, §§ 6º-B e 6º-B, apresentava, em conformidade com o Convênio ICMS 110/07, o dispositivo normativo que estabelecia a referida obrigação para os contribuintes que promovessem operações interestaduais com tais produtos.

Texto abaixo reproduzido, na redação dada ao Dec. 6.284/97, pelo Decreto nº 10.333/07, com vigência a partir de 01/05/2007 e Decreto nº 11.124/08, com vigência a partir da 01/07/2008:

Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7014/96 e Conv. ICMS 110/07):

(...)

§ 6º-B. Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com o produto resultante da mistura de óleo diesel com biodiesel deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de biodiesel remetido.

§ 6º C. Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com o produto resultante da mistura de álcool etílico anidro combustível com gasolina deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de álcool etílico anidro combustível remetido.

As questões de violação aos princípios constitucionais ou às disposições dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, constituem nova hipótese de incidência do imposto não prevista na CF/88, na Lei Complementar nº 87/96, foram resolvidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI nº 4171/DF, julgada definitivamente pelo plenário do STF, em 20 de maio 2015. Nessa ação figurou como requerente a Confederação Nacional do Comércio – CNC e na condição de requerido o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Os dispositivos normativos questionados na referida ação eram exatamente

aqueles contidos no Convênio ICMS 110/07, que serviram de lastro para a cobrança do imposto lançado no presente Auto de Infração. O Tribunal, por maioria e por voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, julgou procedente o pedido formulado na ação direta para julgar a constitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, na redação conferida pelo Convênio ICMS nº 136/08.

Quanto à modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade, novamente por maioria e por voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, o Tribunal decidiu por sua eficácia, deferida por seis meses, após a publicação do acórdão. Vencido o voto do Ministro Marco Aurélio, para quem não caberia a modulação, conforme se extrai da Certidão de Julgamento, colada aos autos, fls. 36/37.

No voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowsky, que conduziu a tese vencedora no plenário da Excelsa Corte, foram desenvolvidos os seguintes argumentos, abaixo reproduzidos:

I - A legitimidade da Confederação Nacional do Comércio – CNC para propor ação direta de constitucionalidade questionando dispositivos do interesse de setores do comércio já foi reconhecida por este Tribunal na ADI 1.332/RJ, de relatoria do Min. Sydney Sanches.

II - Cabe a ação direta de constitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituirão atos normativos de caráter estrutural, requeridos pelo próprio texto Constitucional (art. 155, § 5º). Precedente da Corte.

III – O Convênio 110/2007, com a redação dos Convênios 101/2008 e 136/2008, atribuiu às refinarias de petróleo (que efetuam a venda de gasolina “A” às distribuidoras) a responsabilidade tributária pelo recolhimento do ICMS incidente sobre as operações comerciais interestaduais com o álcool etílico anidro combustível (AEAC) e biodiesel (B100), realizadas entre as usinas e destilarias, de um lado, e as distribuidoras de combustíveis, de outro (§ 5º da Cláusula Vigésima Primeira).

IV – Os §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, preveem o estorno do crédito, condizente com a saída de mercadoria sem incidência do ICMS, na forma de recolhimento do valor correspondente ao ICMS deferido, e não mediante anulação escritural. É dizer, em vez de ser determinado o estorno de um crédito, determina-se a realização de um recolhimento.

V - A distribuidora não se credita do ICMS deferido que onerou a operação de entrada, já que não há pagamento direto por ela. Isso porque a operação posterior de venda dos combustíveis gasolina tipo C e óleo diesel B5 aos postos em operação interestadual será imune e a distribuidora simplesmente informa à refinaria para o repasse.

VI - As matérias passíveis de tratamento via convênio são aquelas especificadas no § 4º do art. 155 da Constituição Federal. Portanto, não poderia o Convênio, a título de estorno, determinar novo recolhimento, inovando na ordem jurídica, transmudando a medida escritural – anulação de um crédito - em obrigação de pagar.

VII - Além disso, considerando que o ICMS deferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita, a outro Estado, implica bitributação não autorizada pela Carta Magna.

VIII - Inexistência de violação à destinação constitucional do ICMS sobre operações com combustíveis derivados de petróleo (art. 155, § 4º, I), na medida em que o montante recolhido a título de estorno diz respeito ao ICMS deferido, incidente sobre o álcool (AEAC) e o biodiesel (B100), e que não compromete o repasse do valor do ICMS presumido sobre a operação final com combustível derivado de petróleo ao Estado de destino.

IX – Necessidade, em homenagem à segurança jurídica, da modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a constitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão.

X - Ação direta de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.

Previdente, a Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis dessa SEFAZ, encaminhou Consulta à Procuradoria Geral desse Estado - PGE sobre o tema (fls. 38/40), indagando: 1) se a SEFAZ pode exigir os “estornos de crédito” de contribuinte que ingressou com ação judicial, mas, cujo processo ainda não houve qualquer decisão judicial? 2) se a SEFAZ pode exigir os “estornos de crédito” de contribuinte que obtiveram decisão liminar favorável, concedendo a suspensão da exigência dos mesmos pelo Estado? 3) se a SEFAZ pode exigir os “estornos de crédito” de contribuinte que obtiveram decisão de mérito favorável (independente da instância judicial)

O Parecer da PGE, com cópia acostada aos autos (fls. 42/48), ao final, define que não há óbice para lançamento concernentes aos fatos geradores ocorridos até 21.02.16, nos termos da modulação dos efeitos da declaração de constitucionalidade determinada pelo STF na ADI 4171; que não há óbice para lançamento do crédito tributário para evitar a decadência, ficando o Fisco, entretanto, impedido de promover a execução fiscal, por força de liminar que suspendeu a exigibilidade do crédito tributário.

Assim, no presente caso, como a declaração de inconstitucionalidade proferida na ADI 4171/DF só passou a produzir efeitos a partir de 21/02/2016 (seis meses após a publicação do Acórdão), em decorrência da modulação de efeitos da decisão do plenário do STF, a exigência do ICMS lançado no presente Auto de Infração, que se reporta ao exercício de 2012, é legítima e não viola o princípio da legalidade ou quaisquer outros princípios constitucionais; não havendo também que se falar em ilegitimidade passiva quanto à exigência do imposto da distribuidora decorrente dos estornos apurados na forma do Convênio ICMS 110/07, informados pela mesma no Anexo VIII do SCANC, conforme sugeriu o contribuinte autuado, em sua defesa.

Quanto à onerosidade e efeito confiscatório da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 60%. Essa matéria não pode ser apreciada nessa instância administrativa, visto que ao julgador do contencioso fiscal é vedada a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico. Incide, nessa situação, as disposições do art. 167, incisos I e III, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que afastam a competência dos órgãos julgadores administrativos para declarar a invalidade em tese de lei ou outro ato normativo vigente.

Observo, contudo, que a multa por descumprimento de obrigação principal, previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, aplicadas às situações de falta de pagamento do ICMS, acomoda a penalidade pecuniária aplicada no presente Auto de Infração. O percentual de 60% do imposto, no entanto, sujeita-se às reduções de valor estabelecidas nos art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o Recorrente, tempestivamente, apresentou Recurso Voluntário em que busca desconstituir o que lhe foi imputado no julgamento perpetrado pela 1ª JJF, que passamos a relatar:

Inicialmente, transcreve trecho do denominado Auto de Infração, fl. 1, DESCRIÇÃO DOS FATOS:

Em data, hora e local acima indicado, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguintes(s) irregularidades(s): Deixou de recolher ICMS referente as operações de vendas para outras unidades da federação, dos produtos Etanol Anidro Combustível e Bio Diesel misturados à Gasolina A e ao Óleo Diesel, respectivamente. As quantidades dos produtos Anidro e Bio Diesel e os valores de ICMS a serem recolhidos estão registrados nos Anexos VIII do SCANC apresentados pelo contribuinte. Neste Auto de infração, encontram-se anexados o Demonstrativo de Débito do AI; a planilha de dos valores do ICMS a recolher; cópias dos os Anexos VIII do SCANC (quadro 3, página 3). Também foram anexadas cópias da ADI 4171, da consulta da COPEC à PROFIS e do parecer da PROFIS, documentos que fundamentaram a lavratura do Auto de Infração; e um CD gravado com os arquivos dos documentos comprobatórios que compõe o Auto. O contribuinte respondeu à Intimação Fiscal declarando que lançou o débito e o crédito no Livro de Apuração do ICMS, os referidos valores “zerando os lançamentos” (Fl. 09 do Auto de Infração).

Após a descrição acima, o recorrente mostra sua irresignação com a decisão, em face do decidido pelo STF, através a ADIN 4171, fls. 123/155, proposta pelo Partido Social Liberal, que julgou inconstitucional os Parágrafos 10º e 11º, da Cláusula 21, do Convênio ICMS 110/2007.

Afirma o Recorrente, buscando desconstituir o que lhe foi imputado “*Todavia, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o auto de infração, sem, no entanto, desconstituir, seja fática ou juridicamente, quaisquer dos argumentos apresentados na Impugnação*”, em razão de que, em seu Recurso Voluntário volta a apresentar as mesmas argumentações postadas em sua defesa inicial.

Tratando dos “DOS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO”, aborda o Recorrente, enfaticamente, a decisão do STF através a ADIN 4171, que declarou inconstitucional os Parágrafos 10º e 11º, da Cláusula 21, do Convênio 110/2017, destacando ainda o fato de haver, antes do julgamento da ADIN em comento, ingressado com Mandado de Segurança, Processo 008.509-25.2011.8.05.0001, de 16.08.2011, junto à 1ª Vara de Fazenda, que, em virtude da modulação determinada pela ADIN 4171, encaminhou o processo para que o STJ sobre o mesmo se pronunciasse, despacho à fl. 115, alegando que em estando amparado por processo suspensivo de cobrança não estaria sujeito à modulação determinada.

Em reforço à sua pretensão, o Recorrente apresentou Parecer lavrado pelo eminente parecerista Roque Antônio Carrazza, fl. 117, que ao abordar a situação de existência de processo anterior à decisão da ADIN, como ocorre no caso, fazendo menção à modulação determinada, assim se expressa:

“Ademais, soaria no mínimo estranho, para não dizer teratológico, que, tendo a tese das empresas litigantes

“sido acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (na ADI 4174), elas, em razão da aludida modulação, vissem agora suas ações julgadas improcedentes, com o ônus adicional de suportar a sucumbência”

Argumenta ainda o Recorrente, ao considerar sua situação de postulante anterior à decisão da ADIN, e, ao fato de a lavratura do Auto de Infração haver sido em data posterior:

“ad argumentandum, caso seja aplicada a modulação dos efeitos da ADIN 4171 para 6 meses após a sua publicação, que ocorreu em 21/08/2015, temos que a partir de 22/02/2016 a declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100 está em pleno vigor, o que impede que o fisco lavre auto de infração com base em dispositivos inconstitucionais a partir dessa data.”

Reforça sua argumentação, citando em destaque:

“Ora, o presente auto de infração foi lavrado em 28/08/2017, ou seja 18 (dezoito) meses após a data fixada para início de eficácia da declaração de inconstitucionalidade do referido estorno de crédito de ICMS (a partir de 22/02/2016).”

Em sequência discorre o Recorrente sobre a sua atividade comercial, destacando que adquire Gasolina A e Óleo Diesel da PETROBRÁS (Refinaria), com o ICMS pago por Substituição Tributária, e Etanol Anidro e B100 das USINAS para fabricação (mistura dos produtos) e revenda da Gasolina “C” e Óleo Diesel “B”, respectivamente, aos postos e eventuais consumidores finais.

Traça em seguida uma análise sobre a complexidade da tributação sobre combustíveis, em especial no tocante às operações interestaduais, quando aborda a sistemática do diferimento sobre os produtos álcool (EAC) e do biodiesel – B100.

Continuando a analisar a tributação sobre combustíveis, destaca o Recorrente:

“A tributação da gasolina tipo A e, depois de misturada ao álcool, da gasolina tipo C, é distinta, o mesmo acontecendo com o diesel e com o óleo diesel. Isso porque o ICMS sobre combustíveis derivados de petróleo cabe exclusivamente ao Estado onde ocorrer o consumo – princípio do consumo ou da destinação –, nos termos do art. 155, § 4º, I, da Constituição: “I – nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo”.

“Ademais, as operações interestaduais com combustíveis derivados do petróleo são imunes, nos termos do art. 155, § 2º, X, b, que dispõe: “X - não incidirá: b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

Comenta ainda o Recorrente o sistema de tributação nas operações interestaduais destacando o papel das refinarias na substituição tributária e quando esta recai sobre as distribuidoras, destacando o que preceitua o Convênio ICMS 110/2007.

Volta a comentar os efeitos da ADIN 4171 e as repercussões da sua modulação, informando que o postulante à ADIN, o Partido Social Liberal – PSL, opôs Embargos de Declaração para que o STF se pronuncie sobre a modulação híbrida dos efeitos da ADIN para os contribuintes que se insurgiram por meio de controle difuso contra os §§ 10º e 11º da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 110/2007, conforme cópia anexada aos autos, o qual encontra-se pendente de julgamento pela Suprema Corte.

Enfatiza mais ainda o Recorrente em sua peça recursiva que *“a decisão de modulação dos efeitos temporais prolatada pelo E. STF não determina a sua abrangência às empresas que já se encontravam discutindo a ilegalidade/inconstitucionalidade do estorno de crédito de Anidro e B100 por meio do controle de constitucionalidade difuso.”*

Em apoio à sua pretensão de não sujeita à modulação determinada pela ADIN 4171 o Recorrente traz à sua peça recursal o que foi ditado pela ADIN nº 4628/DF, abaixo transcrito.

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL (ICMS). PRELIMINAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. PRESENÇA DE RELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS FINS INSTITUCIONAIS DAS REQUERENTES E A QUESTÃO DE FUNDO VERSADA NOS AUTOS. PROTOCOLO ICMS Nº 21/2011. ATO NORMATIVO DOTADO DE GENERALIDADE, ABSTRAÇÃO E AUTONOMIA. MÉRITO. COBRANÇA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS PELO ESTADO DE DESTINO NAS HIPÓTESES EM QUE OS CONSUMIDORES FINAIS NÃO SE AFIGUREM COMO CONTRIBUINTES DO TRIBUTO. INCONSTITUCIONALIDADE. HIPÓTESE DE BITRIBUTAÇÃO (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VII, B). OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO (CRFB/88, ART. 150, IV). ULTRAJE À LIBERDADE DE TRÁFEGO DE BENS E PESSOAS (CRFB/88, ART.

150, V). VEDAÇÃO À COGNOMINADA GUERRA FISCAL (CRFB/88, ART. 155, § 2º, VI). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS A PARTIR DO DEFERIMENTO DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR, RESSALVADAS AS AÇÕES JÁ AJUIZADAS. I. A Confederação Nacional do Comércio - CNC e a Confederação Nacional da Indústria - CNI, à luz dos seus fins institucionais, são partes legítimas para a propositura da ação direta de constitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS nº 21, ex vi do art. 103, IX, da Lei Fundamental de 1988, posto representarem, em âmbito nacional, os direitos e interesses de seus associados. 2. [...]14. O Pacto Federativo e a Separação de Poderes, erigidos como limites materiais pelo constituinte originário, restam ultrajados pelo Protocolo nº 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra fiscal difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungi-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de constitucionalidade julgada PROCEDENTE. Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressalvadas as ações já ajuizadas.

Mais ainda, de relação à modulação, traz o Recorrente posição exarada em decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, neste sentido, a qual foi proferida nos autos do Mandado de Segurança com pedido de Liminar de nº 39212-50.2015.8.10.0001, em trâmite na 2ª Câmara Cível do TJMA, referente ao Auto de Infração de nº 91963000045-8, o qual foi lavrado para exigir estorno de crédito de Etanol Anidro, sob a mesma fundamentação do Auto de Infração objeto da presente Impugnação. Assim, ao apreciar o pedido formulado na Exordial, o Juízo proferiu a seguinte decisão:

(...)

Infere-se, a princípio, que a modulação temporal do entendimento esposado pelo STF, nos termos do art. 27 da Lei nº 9868/1999, pretende evitar a diminuição abrupta das arrecadações dos Estados - sedes das distribuidoras de combustíveis, conforme se depreende, inclusive, da transcrição do debate travado no Plenário do STF acerca deste aspecto, constante às fls. 823/824.

De acordo com o art. 27 da Lei nº 9868/99, o legislador legitimou o STF em proceder à modulação dos efeitos de suas decisões por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, verbis:

[...]

A doutrina jurídica já assentou que não há como afastar a relevância da modulação de efeitos na qualidade de instrumento, pautado na discricionariedade e razoabilidade, visando resguardar a força normativa da Constituição, na medida em que, mediante um juízo de ponderação de interesses, permite limitar a retroatividade da decisão ou ampliar seus efeitos em relação àqueles alheios à lide concreta apreciada

Resta claro que a decisão de modulação dos efeitos temporais prolatada pelo E. STF nos autos da ADI 4171 não deve ser aplicada às empresas sub judice, uma vez que a Autuada já estava desde 16/08/2011 discutindo judicialmente a exigência do estorno de crédito do ICMS, através dos Mandados de Segurança tombados sob os nºs 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506-70.2011.8.05.0001, a fim de que fosse reconhecida a constitucionalidade do estorno de crédito do AEAC e B100, conforme documentos comprobatórios anexados aos autos.

Destaca o Recorrente que operando em 18 Estados e no Distrito Federal e tendo ingressado antecipadamente à ADIN 4171 com processo judicial para desobrigar-se do que determinava os Parágrafos 10º e 11º da Cláusula 21, do Convênio 110/07:

Resta claro que a decisão de modulação dos efeitos temporais prolatada pelo E. STF nos autos da ADI 4171 não deve ser aplicada às empresas sub judice, uma vez que a Autuada já estava desde 16/08/2011 discutindo judicialmente a exigência do estorno de crédito do ICMS, através dos Mandados de Segurança tombados sob os nºs 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506-70.2011.8.05.0001, a fim de que fosse reconhecida a constitucionalidade do estorno de crédito do AEAC e B100, conforme documentos comprobatórios anexados aos autos.

Finalizando sua apreciação a respeito da modulação determinada pela ADIN 4171, assim se posiciona o Recorrente:

Por todo exposto, é de se concluir que configura indevida a aplicação da modulação dos efeitos temporais da ADI 4171/DF às empresas sub judice, que é o caso da autora, porque esta empresa já estava discutindo anteriormente à prolação de decisão da ADI 4171 a ilegalidade do estorno de crédito de ICMS de EAC e B100, por meio dos Mandados de Segurança tombados sob os nºs 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506-70.2011.8.05.0001.

Ao analisar a multa pleiteada pelo autuante e mantida pela 1ª JJF, o recorrente alega o princípio do confisco e da improcedência da mesma ao considerar que não incorreu em infração que enseje a sua aplicação.

Finalizando sua peça recursal, o Recorrente afirma:

Ante o exposto, requer a reforma do Acórdão recorrido para que seja julgado absolutamente IMPROCEDENTE o auto de infração em tela, haja vista a declaração de inconstitucionalidade da exigência de ICMS decorrente de estorno de crédito de Etanol Anidro Combustível – EAC e Biodiesel, nos autos da ADI nº 4171, bem como, pela inaplicabilidade dos efeitos modulatórios à empresa Autuada, por encontrar-se sub judice.

Ad argumentandum, requer a suspensão deste processo de julgamento até decisão final na instância judicial sobre o mérito dos processos judiciais distribuídos por esta empresa, sendo determinado que o crédito tributário permaneça no sistema de registro competente, sob condição suspensiva, até ulterior deliberação judicial, quando então, os autos deverão voltar à instância administrativa para continuidade do processo de julgamento.

VOTO

Por se tratar de um dos setores que mais carreiam recursos para os cofres públicos através a arrecadação de tributos, é a atividade ligada ao petróleo e seus derivados alvo de especial atenção dos legisladores e administradores.

Esta ascendência financeira ante os demais segmentos levam a que seja elaborada uma legislação com destinação específica em que o Estado busca se assegurar das garantias possíveis para que não ocorra sonegação ou elisão fiscal.

Desta forma, complexa como é, a legislação sobre tais produtos leva a interpretações diversas, seja por parte do Fisco, seja por parte do contribuinte, ensejando embates que normalmente desabam nos tribunais superiores.

Pelo que apreendo, no presente processo, discute-se, primeiramente a legitimidade da autuação em face de estar o Recorrente albergado por processo judicial que lhe assegura a suspensão ao atendimento ao que dispõem os parágrafos 10º e 11º, da Cláusula 21, do Convênio ICMS 110/2007.

Conforme resposta proferida pela PGE/PROFIS, no processo PGE20163854950, fls. 42 a 48, “*sobre a possibilidade da SEFAZ exigir os créditos relativos aos estornos de crédito dos contribuintes que ingressaram com ação judicial, mas em cujo processo não houve qualquer decisão, deve ser expedido o respectivo lançamento tributário, com respaldo na decisão do STF e respeitando o marco temporal ali determinado*”.

No caso em comento, a lavratura do Auto de Infração foi provocada pela COPEC, em virtude da edição da ADIN 4171 do Supremo Tribunal Federal, com sua modulação para vigência 6 meses após a sua aprovação, que buscou junto à PGE, através Consulta, fls. 38/40, da possibilidade de fiscalização e possível lavratura de Autos de Infração aos contribuintes albergados por processos judiciais que lhe garantiam a suspensão do atendimento ao determinado nos parágrafos 10º e 11º, da Cláusula 21, do Convênio ICMS 110/2007, ante o perigo iminente de haver a decadência de períodos, de acordo com o que determina o Artigo 150, IV do CTN.

Em resposta à consulta, a PGE, em parecer da douta procuradora Dra. Cláudia Guerra, corroborado pela Procuradora Assistente Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, referendado pelo ilustre Procurador Chefe da PROFIS, Dr. Nilton Almeida Filho, no processo PGE 20163854950, ao responder os questionamentos da COPEC assim define:

Questionamento 1 :

A SEFAZ-BA pode exigir os “estornos de crédito” dos contribuintes que ingressaram com ação judicial, mas em cujo processo ainda não houve qualquer decisão judicial?

Resposta:

Quanto ao primeiro questionamento, isto é, sobre a possibilidade da SEFAZ exigir os créditos relativos aos estornos de crédito dos contribuintes que ingressaram com ação judicial, mas em cujo processo não houve qualquer decisão, deve ser expedido o respectivo lançamento tributário, com respaldo na decisão do STF e respeitando o marco temporal ali determinado.

Assim, não há óbice para o lançamento concernente aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2016, de acordo com a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade determinada pelo STF na ADI 4171

Questionamento 2:

A SEFAZ-BA pode exigir “estorno de créditos” dos contribuintes que obtiveram decisão liminar favorável, concedendo a suspensão da exigência dos mesmos pelo Estado?

Questionamento 3:

A SEFAZ-BA pode exigir os “estornos de créditos” dos contribuintes que obtiveram decisão de mérito favorável, (independentemente da instância judicial) concedendo a suspensão da exigência dos mesmos pelo Estado?

Os dois questionamentos acima foram objeto de resposta conjunta, abaixo transcrita:

Resposta:

Quanto aos dois últimos questionamentos, quais sejam, quando há ações judiciais envolvendo o tema, com concessão de liminar ou decisão de mérito favorável, deverá a Fazenda Pública igualmente expedir o lançamento a fim de evitar a decadência destes mesmos créditos, então discutidos judicialmente, consignando, porém a existência de decisão erga omnes prolatada em sede de ADI.

Em verdade, não obstante a expedição de lançamento, a existência de ações judiciais impõe que as medidas tendentes a recuperar tais créditos sejam adotadas no bojo do processo judicial, analisando-se o caso concreto por esta PGE.

De fato, a decisão dos créditos pelo Fisco Estadual (quesito 2), não impede que o Fisco lance o respectivo crédito para evitar a decadência. Ficará ele impedido, apenas, de promover a execução. Todavia, diante da decisão da ADI em referência, deverá ser pedida judicialmente a cassação da liminar a fim de permitir a execução fiscal.

Nos casos em que há decisão de mérito favorável (quesito 3), deverá ser verificado se houve ou não o trânsito em julgado e se há ainda possibilidade de intervenção no feito judicial. Repita-se que, em ambos os casos, o impedimento restringe-se à promoção da execução fiscal, não atingindo o direito de lançar o crédito tributário a fim de evitar a decadência.

Com base no parecer emitido pela PGE/PROFIS, considero superado o questionamento do Recorrente quanto à legalidade da lavratura do Auto de Infração, rejeitando a sua preliminar de nulidade.

Temos a considerar, até mesmo lastreado na Consulta feita pela COPEC, fls. 38/40, e no parecer da PGE/PROFIS, fls. 44/48, que o Auto de Infração lavrado pelos autuantes em 28.08.2017, tendo o Recorrente tomado ciência do mesmo em 30.08.2017, abrangendo a reclamação do tributo o período de 01.01.2012 a 31.12.2012, buscando o Estado se precaver da decadência iminente de tributos que poderiam ser reclamados, diante do que dispõe o Artigo 150 do CTN, em seu Parágrafo 4º:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do ,se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Considerando que perfeitamente se enquadra a lide em questão no disposto no preceito legal acima exposto, rejeito parcialmente a decisão proferida pela 1ª JJF, aceitando a decadência do período compreendido entre 01.01.2012 e 31.07.2012.

Ademais, verificou-se nos sistemas da SEFAZ que houve recolhimento de ICMS nos meses referentes à decadência, salvaguardando o contribuinte, também, o incidente de uniformização da PGE/PROFIS que relaciona a aplicação do art. 150, §4º do CTN ao pagamento do imposto.

Quanto ao que diz respeito à imposição da penalidade aplicada tem o mesmo fundamento no artigo 42º, II, “f” da Lei nº 7.014/2016, assim expresso:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Não compete a este órgão julgador a sua apreciação por não se tratar de instância para tanto, motivo pelo qual rejeito a pretensão do Recorrente.

Com a aceitação da decadência referente o período de Janeiro a Julho de 2012, elaboro novo demonstrativo de débito a ser cobrado como abaixo:

RESULTADO APURADO			
DATA	VALOR A.I.	VALOR JULGADO	SITUAÇÃO
31/01/2012	32.959,75	-	IMPROCEDENTE
	37.755,73	-	IMPROCEDENTE
29/02/2012	41.531,50	-	IMPROCEDENTE
	41.554,56	-	IMPROCEDENTE
31/03/2012	44.961,63	-	IMPROCEDENTE
	41.719,62	-	IMPROCEDENTE
30/04/2012	37.976,77	-	IMPROCEDENTE
	38.349,74	-	IMPROCEDENTE
31/05/2012	37.141,88	-	IMPROCEDENTE
	39.678,50	-	IMPROCEDENTE
30/06/2012	34.008,11	-	IMPROCEDENTE
	78.310,33	-	IMPROCEDENTE
31/07/2012	34.683,49	-	IMPROCEDENTE
	65.342,24	-	IMPROCEDENTE
31/08/2012	38.447,69	38.447,69	PROCEDENTE
	75.648,06	75.648,06	PROCEDENTE
30/09/2012	41.301,50	41.301,50	PROCEDENTE
	62.157,65	62.157,65	PROCEDENTE
31/10/2012	50.563,11	50.563,11	PROCEDENTE
	49.942,31	49.942,31	PROCEDENTE
30/11/2012	48.864,05	48.864,05	PROCEDENTE
	42.749,95	42.749,95	PROCEDENTE
31/12/2012	54.737,18	54.737,18	PROCEDENTE
	55.956,23	55.956,23	PROCEDENTE
TOTAIS	1.126.341,58	520.367,73	

Diante do que foi analisado e exposto, rejeito a preliminar de nulidade pretendida pelo Recorrente, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário apresentado, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor total de R\$520.367,73.

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 206960.0010/17-0, lavrado contra TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$520.367,73, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS