

A. I. N° - 206960.0010/17-0
AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A
AUTUANTES - JUAREZ ANDRADE CARVALHO e MARCO ANTÔNIO DE SOUZA FORTES
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19. 04. 2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0027-01/18

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 n° 4171/DF, declarando a inconstitucionalidade 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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de agosto de 2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$1.126.341,58, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da infração, assim descrita: “*Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”.

Consta da descrição dos fatos que na irregularidade apurada, o autuado “*deixou de recolher o ICMS referentes as operações de vendas para outras unidades da federação dos produtos Etanol Anidro Combustível e Biodiesel misturados à Gasolina A e ao Óleo Diesel, respectivamente. As quantidades dos produtos Anidro e Biodiesel e os valores do 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 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 compõem o Auto. O contribuinte respondeu à Intimação Fiscal*

declarando que lançou a débito e a crédito no Livro de Apuração do ICMS, os referidos valores, "zerando os lançamentos" (Fl. 09 do Auto de Infração)".

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 59 a 76, sublinhando que o Fisco baiano lavrou o presente auto de infração a fim de exigir estorno do crédito do ICMS referente ao Etanol Anidro Combustível – EAC e o Biodiesel, previsto nos §§ 10 e 11, da cláusula vigésima primeira, do Convenio ICMS 110/07.

Faz um relato dos fatos, aduzindo que a maioria dos julgadores do Supremo Tribunal Federal decidiu que os referidos §§ 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS nº 110/2007, atacavam o princípio da legalidade uma vez que extrapolavam as matérias que lhe são reservadas pelo art. 155, § 5º, da Constituição Federal, além de que implicam em 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.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4171 declarou a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, que previam o ‘estorno’ do crédito de ICMS de AEAC ou B100, modulando temporalmente esta decisão para que produzisse efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, a qual ocorreu em 21 de agosto de 2015.

Entende que a presente autuação deve ser desconstituída por duas razões. Primeiro, porque não há que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios para as empresas que já estavam discutindo judicialmente a inconstitucionalidade dos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS 110/2007. Diz que 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 inconstitucionalidade do estorno de crédito do AEAC e B100, conforme documentos comprobatórios em anexo (Cópia das iniciais – Docs. 04 e 05).

Explica que no mencionado processo, a sentença de 1º grau concedeu a segurança pleiteada. Em face disso, o Estado interpôs apelação, a qual fora provida pelo TJBA. Interpôs embargos de declaração, os quais foram improvidos. Posteriormente, em Recurso Extraordinário, admitido pela vice-presidência do TJBA. Conclui que atualmente, os autos se encontram no STF para julgamento do Recurso Extraordinário. (Doc.06).

No que tange ao Mandado de Segurança nº 0083506-70.2011.8.05.0001, explane-se que o juízo de 1º grau denegou a segurança pleiteada. Em Recurso de Apelação, os autos estão no TJBA para julgamento da Apelação (Doc. 07).

Informa que solicitou Parecer do doutrinador Roque Antônio Carrazza e o mesmo concluiu que a modulação decretada na ADI nº 4171 não pode afetar as empresas que já estavam questionando, em juízo, a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, posto que seria injusto se as empresas que se anteciparam e buscaram a tutela jurisdicional para impedir tal cobrança, correndo o risco de obter eventual decisão desfavorável, como é o seu caso, fossem afetadas do mesmo modo daquelas outras que permaneceram em cômodo silêncio, aguardando a decisão final da supra comentada ADI, tudo conforme Parecer Jurídico em anexo (Doc. 08).

Em segundo lugar, e *ad argumentandum*, caso seja aplicada a modulação dos efeitos da ADI nº 4171 para 6 meses após a sua publicação, que ocorreu em 21/08/2015, explica 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.

Assevera ainda que o presente auto de infração foi lavrado em 29/08/2017, ou seja 18 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).

Discorre sobre a sistemática de tributação, nas operações interestaduais e declaração de inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11, da Cláusula vigésima primeira, do Convênio ICMS nº 110/2007, salientando que é uma empresa que se dedica à distribuição de combustíveis e derivados de petróleo. A comercialização de tais produtos é tributada pelo ICMS mediante substituição tributária, antecipadamente, desde a primeira fase da cadeia de distribuição, ou seja, quando a refinaria de petróleo vende seus produtos às distribuidoras. Assim, desde o início da circulação da mercadoria ocorre a retenção do ICMS-ST (pela própria refinaria), alcançando todas as etapas de comercialização até o consumidor final.

Explica que adquire Gasolina A e Óleo Diesel da PETROBRÁS (Refinaria) 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.

Diz que a tributação do álcool (EAC) e do biodiesel – B100, a princípio, segue o padrão de incidência de ICMS. Em princípio, todo ele exigido já na primeira operação, concentrando-se o recolhimento na refinaria. Em razão da substituição tributária para frente, a primeira operação de venda do derivado de petróleo já tem incluído todo o custo de ICMS, considerado o preço da operação final, sendo que nas operações intermediárias não há tributação. Assim, só haverá outro pagamento de ICMS, caso haja diferença de preço médio entre o Estado sede da distribuidora (que é considerado no cálculo da refinaria como o Estado de consumo) e o Estado sede do posto (Estado de consumo efetivo). O pagamento dessa diferença caberá à distribuidora como substituta por ocasião da venda ao posto de combustíveis. Ressaltando que é apenas em operações interestaduais.

Diz ainda que a refinaria é a responsável pelo “gerenciamento” de toda esta operação. Esse “sistema de compensação” é todo regulamentado pelo Convênio ICMS 110/07, o qual faz de forma automática as deduções e repasses do tributo às unidades federadas, substituindo a escrituração de débitos e créditos fiscais pelos contribuintes envolvidos na operação.

Discorre sobre a inconstitucionalidade da cobrança de estorno de crédito do Etanol Anidro Combustível e do Bio Diesel que foi questionada pela Confederação Nacional do Comércio no Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o nº 4171; sobre o Embargos de Declaração, a fim de que o STF se manifeste sobre a modulação híbrida dos efeitos da ADI para os contribuintes que se insurgiram por meio de controle difuso contra os §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio CONFAZ ICMS 110/2007, conforme cópia em anexo (Doc.10), o qual encontra-se pendente de julgamento pela Suprema Corte.

Discorre sobre a Modulação temporal dos efeitos da decisão em ADI; sobre o seu entendimento da impossibilidade de lavrar Auto de Infração em data posterior ao prazo fixado para inicio dos efeitos declaratórios de inconstitucionalidade da ADI 171.

Reclama da multa aplicada, com fundamento no artigo 42º, II, “f” da lei 7.014/2016, considerando seu caráter confiscatório, alegando que não deixou de recolher tempestivamente o imposto, uma vez que o Auto de Infração decorre de cobrança sem respaldo legal.

Lembra o recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que decidiu que multa fiscal no patamar de 30% constitui caráter confiscatório, devendo ser reduzida para 20% do valor devido a título de imposto.

Finaliza, pedindo julgamento improcedente do Auto de Infração; a suspensão deste processo de julgamento até decisão final na instância judicial sobre o mérito dos mandados de segurança impetrados; cancelamento da multa exigida no montante de 60%, em face de seu caráter confiscatório.

Informação fiscal prestada às fls. 168 a 172 pelos autuantes, argumenta que em nenhum momento o autuado contesta os valores levantados no Auto de Infração. Fazem referência aos valores

calculados e declarados pela mesma através do SCANC em seu Anexo VIII, e que correspondem às operações de vendas interestaduais dos produtos Etanol Anidro Combustível e Biodiesel que são misturados à Gasolina C e ao Diesel, respectivamente.

Diz que é descabida a pretensão do autuado, na alegação que os efeitos modulatórios da ADI 4171 não o atinge por encontrar-se sub-júdice, e ainda que se aplique a modulação da Adin, o fisco não teria direito de lavrar o Auto de Infração após a data de 22/02/2016, pois já teria decorrido 6 (seis) meses da publicação da ADI 4171.

Lembram que o Código Tributário Nacional – CTN, em seu Artigo 142, concede ao fisco o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário. Ressalva que a ADI 4171 efetivamente determina com a modulação que o fisco só pode lavrar Auto de Infração decorrente dos fatos geradores em questão ocorridos até a data de 21/02/2016.

Entendem que o autuado faz uma interpretação totalmente equivocada da modulação temporal, que é a competência legal dada ao Supremo Tribunal Federal, pelo voto de 2/3 dos seus ministros, de atribuir efeitos *ex nunc* (inicia-se com a decisão) ou efeitos *pro futuro* (*inicia-se em um momento posterior a decisão*), estando presentes no caso em concreto, razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Citam procedência do tema no Acórdão JJF Nº 0171-05/17.

Sobre a alegação defensiva que discute judicialmente, desde 16/08/2011, através de Mandados de Segurança, para os quais ainda não houve decisão judicial, dizem os Auditores Fiscais Autuantes que a ADI 4171 traz a decisão definitiva sobre a questão dos estornos de créditos do Etanol Anidro e do Biodiesel, nas operações de vendas interestaduais. Definem que a alegação defensiva não tem nenhum resultado prático, porquanto não poderá modificar em nada os efeitos legais da ADI 4171.

Sobre a aplicação da multa, considerada de caráter confiscatório, segundo o autuado, afirmam os Auditores que se eximem de comentar, por tratar-se de matérias cuja competência para análise, julgamento e parecer compete à Procuradoria Fiscal – PROFIS e ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF.

Pedem o julgamento procedente do Auto de Infração

E o relatório.

VOTO

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 Aurelio, 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 constituir 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade 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.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206960.0010/17-0** lavrado contra, **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.126.341,58**, 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, 13 de fevereiro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR