

PROCESSO - A. I. N° 206960.0011/17-6
RECORRENTE - TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2^a CJF n° 0321-12/18
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/03/2020

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0372-12/19

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a decisão da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/08/2017, exige ICMS no valor de R\$3.577.163,57, acrescido da multa de 60% pelo cometimento de infração à legislação tributária deste Estado, ou seja, deixou de recolher o ICMS, no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período: de fevereiro de 2013 a fevereiro de 2016.

Apresentada defesa e manifestação fiscal, o processo foi a julgamento pela 4^a JJF (Acórdão nº 0022-04/18) que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base, em síntese, nas considerações (fls. 235/247), cujo teor a seguir transcrevo.

“O que se discute neste auto é a aplicação da modulação dos efeitos temporais da ADI 4171/DF às empresas sub judice, que é o caso da recorrente, tendo em vista que já estava discutindo anteriormente à prolação de decisão da ADI 4171 a ilegalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100, por meio dos Mandados de Segurança 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506- 70.2011.8.05.0001 e, por isto, entende que já teria sido ultrapassado o prazo para a constituição do crédito tributário, o que implicaria na improcedência do lançamento.

A este respeito, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia emitiu Parecer, através de sua Procuradoria Fiscal (fls. 99 a 105), devidamente convalidado pela Procuradora Assistente e pelo Procurador Chefe em 03 de fevereiro de 2017, órgão que em uma eventual demanda judicial que envolva o Estado da Bahia junto ao Poder Judiciário fará a sua defesa e o representará, relativamente ao assunto em tela, em resposta a questionamento da Secretaria da Fazenda quanto aos efeitos da decisão do STF inclusive a modulação nela contida, do qual destacamos o seguinte trecho:

“Quanto ao primeiro questionamento, isto é, sobre a possibilidade da SEFAZ exigir os créditos relativos aos estornos de créditos 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. (grifo não original).

Assim, não há óbice para 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” (grifo não original).

A situação da Recorrente, que ingressou com ação judicial, mas em cujo processo não houve qualquer decisão, está enquadrada na manifestação da Procuradoria acima.

Desta forma, 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, acolho o entendimento expresso no Parecer da Procuradoria Fiscal de fls. 99 a 105, uma vez que as cobranças do ICMS lançadas no presente Auto de Infração, que se reportam aos

exercícios de 2013 até 21/02/2016, são legítimas e não violam os princípios da legalidade.

Quanto aos valores lançados, os mesmos foram apurados a partir de dados informados pelo contribuinte, através do Anexo VIII, do Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis (SCANC) e não foram contestados pela Recorrente.

[...]

O contribuinte interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário. Na sua peça recursal, a empresa repisou todos os argumentos já apresentados em sede de defesa, sem anexar novos documentos fiscais ou demonstrativos.

Esta 2ª CJF, através do Acórdão CJF Nº 0321-12/18, abordou, novamente, todos os aspectos dos argumentos recursais já enfrentados pela 1ª Instância, inclusive quanto a nulidade arguída. Sobre tal aspecto, assim decidiu o n. Conselheiro Relator (fls. 295/308):

O que se discute neste auto é a aplicação da modulação dos efeitos temporais da ADI 4171/DF às empresas sub judice, que é o caso da recorrente, tendo em vista que já estava discutindo anteriormente à prolação de decisão da ADI 4171 a ilegalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100, por meio dos Mandados de Segurança 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506- 70.2011.8.05.0001 e, por isto, entende que já teria sido ultrapassado o prazo para a constituição do crédito tributário, o que implicaria na improcedência do lançamento.

A este respeito, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia emitiu Parecer, através de sua Procuradoria Fiscal (fls. 99 a 105), devidamente convalidado pela Procuradora Assistente e pelo Procurador Chefe em 03 de fevereiro de 2017, órgão que em uma eventual demanda judicial que envolva o Estado da Bahia junto ao Poder Judiciário fará a sua defesa e o representará, relativamente ao assunto em tela, em resposta a questionamento da Secretaria da Fazenda quanto aos efeitos da decisão do STF inclusive a modulação nela contida, do qual destacamos o seguinte trecho:

“Quanto ao primeiro questionamento, isto é, sobre a possibilidade da SEFAZ exigir os créditos relativos aos estornos de créditos 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. (grifo não original).

Assim, não há óbice para 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” (grifo não original).

A situação da Recorrente, que ingressou com ação judicial, mas em cujo processo não houve qualquer decisão, está enquadrada na manifestação da Procuradoria acima.

Desta forma, 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, acolho o entendimento expresso no Parecer da Procuradoria Fiscal de fls. 99 a 105, uma vez que as cobranças do ICMS lançadas no presente Auto de Infração, que se reportam aos exercícios de 2013 até 21/02/2016, são legítimas e não violam os princípios da legalidade.

Quanto aos valores lançados, os mesmos foram apurados a partir de dados informados pelo contribuinte, através do Anexo VIII, do Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis (SCANC) e não foram contestados pela Recorrente.

[...]

O Recurso foi julgado NÃO PROVIDO, por unanimidade.

A empresa apresentou Pedido de Reconsideração, acostado às fls. 321/328 dos autos. Neste pedido, voltou a discorrer sobre o mesmo tema abordado nas suas anteriores defesas, cujo teor foi, por duas vezes, decidido, por unanimidade, por este Foro Administrativo.

Em apertada síntese, observou que o Fisco do Estado da Bahia lavrou o presente Auto de Infração, com o fim de exigir o estorno de crédito de ICMS referente ao Etanol Anidro Combustível – EAC e ao Biodiesel, previsto nos § 10º e § 11º da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS 110/2007 e tanto a 1ª quanto a 2ª Instância deste Colendo Colegiado decidiram pela Procedência total da autuação guerreada.

A recorrente rememorou que, sobre tal cobrança, já recaiu o reconhecimento da

inconstitucionalidade da exigência do ICMS pelo STF, conforme ADI nº 4171, bem como pela inaplicabilidade dos efeitos modulatórios às empresas que se encontram sub-judice, além de ter sido o presente auto de Infração lavrado 18 meses depois da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Com tal argumento, passou a discorrer sobre a modulação temporal dos efeitos da decisão em ADI.

Afirmou que, tendo em vista que o STF declarou inconstitucional o ato normativo que embasou a constituição do crédito, não há que se permitir a exigência de recolhimento de créditos tributários oriundos de autos de infração lavrados exclusivamente em razão dos efeitos modulatórios aplicados na referida declaração, principalmente porque a autora já estava discutindo anteriormente a ilegalidade/inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de EAC e B100. Aduzindo que inclusive possui liminar impedindo a referida cobrança, a qual vigora até os dias de hoje, sendo de sabença que as decisões definitivas de mérito do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, passaram a ter efeitos vinculantes também para a administração pública direta e indireta, com a alteração do § 2º, do art. 102 da CF/88, trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que transcreveu.

Asseverou que, como se infere da leitura do acórdão da ADI 4171/DF, a decisão de modulação dos efeitos temporais prolatada pelo 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, esclarecendo que não está negando o fato de que houve a sobredita modulação, mas sim, que se configura indevida a aplicação da modulação dos efeitos da ADI 4171 às empresas que já estavam discutindo judicialmente a ilegalidade/inconstitucionalidade dos §§ 10º e 11º, da Cláusula vigésima primeira, do Convênio ICMS 110/07, pois que não houve a expressa aplicação da referida restrição às empresas *sub judice*.

Diz ser entendimento pacífico do STF que a modulação dos efeitos não deve atingir as ações anteriormente ajuizadas, conforme ementa da ADI 4628/DF, que transcreveu e no Parecer Jurídico construído pelo jurista Roque Antônio Carrazza ao ser indagado como ficaria a situação jurídica das empresas que já se encontravam discutindo a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio 110/2007, junto ao Poder Judiciário, ou seja, a dúvida se referia à eficácia vinculativa da decisão do STF limitada no tempo, de modo a não interferir nos casos já ingressados em juízo.

Destacou ter o ilustre doutrinador concluído que a modulação decretada na ADI 4171 não poderia 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 caso desta empresa autora, fossem afetadas do mesmo modo daquelas outras que permaneceram em cômodo silêncio, aguardando a decisão final da supra comentada ADI. Com o intuito de afastar qualquer dúvida a respeito da não-extensão dos efeitos da modulação, em controle concentrado de constitucionalidade, sobre os casos em que a empresa havia buscado a tutela jurisdicional (controle difuso), apresenta trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes

Registrhou ainda a existência de 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 Liminar de nº 39212-50.2015.8.10.0001, em trâmite na 2ª Câmara Cível do TJMA, referente ao Auto de Infração de 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, colacionando trechos da mesma. Garante restar claro que a decisão de modulação dos efeitos temporais prolatada pelo 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 números 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 que afirmou estar apensando.

Abordou, em seguida, o que intitulou de “*Da impossibilidade de lavrar Auto de Infração em data posterior ao prazo fixado para início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da ADI 4171*”.

Ressaltou o fato de ter, a Lei 9.868/99, em seu artigo 27, previsto a possibilidade de modulação de efeitos nas ações de controle de constitucionalidade em sede de controle concentrado. Desta feita, a aplicação dos efeitos modulatórios às declarações de inconstitucionalidade de norma em controle concentrado deverá ser feita em razão do princípio da segurança jurídica, ou de excepcional interesse social.

Externou que, no presente caso, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100, prolatada nos autos da ADI 4171/DF, foi modulada para seis meses após a publicação do acórdão, que ocorreu em 21/08/2015. Assim, sendo aplicada a regra da modulação dos efeitos, o Fisco só poderia ter lavrado o auto de infração 2069600011/17-6 até o dia 21/02/2016, pois a partir de 22/02/2016, a declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100 já estava em pleno vigor, o que impede que o Fisco lavre auto de infração com base em dispositivos inconstitucionais a partir dessa data.

Enfatizou também realizar vendas interestaduais de Gasolina A e Óleo Diesel, do Distrito Federal para o Estado de Goiás, do Estado da Paraíba para o Rio Grande do Norte e Pernambuco, da Bahia para Minas Gerais, Pernambuco e Sergipe, de Tocantins para o Pará, do Maranhão para o Pará, Piauí e Tocantins, de Goiás para Tocantins, de Pernambuco para Alagoas, Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte, do Piauí para o Maranhão, e do Estado de Minas Gerais para São Paulo. Isto se infere da documentação que apresentou, e, assim, ser compelida ao recolhimento de tributo patentemente declarado inconstitucional, mesmo quando já se encontrava discutindo anteriormente à decisão da ADI 4171 a inconstitucionalidade do referido estorno de crédito, e com a autuação ocorrendo dezoito meses após a data fixada para início dos efeitos da referida decisão, desrespeitando a plena eficácia da declaração de inconstitucionalidade da referida exação, resultará em evidente aviltamento dos direitos fundamentais desta pessoa jurídica, que é grande fonte geradora de empregos, prejudicando massivamente o seu funcionamento em prol de interesse puramente estatal.

Afirmou se configurar indevida a aplicação da modulação dos efeitos temporais da ADI 4171/DF às empresas sub judice, que é o seu caso, porque já estava discutindo anteriormente à prolação de decisão da ADI 4171 a ilegalidade do estorno de crédito de ICMS de AEAC e B100, por meio dos Mandados de Segurança 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506-70.2011.8.05.0001.

Concluiu, requerendo 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 e *ad argumentandum* requereu 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.

Os autos foram encaminhados aos autuantes para pronunciamento (fl. 356).

Os autuantes, após transcreverem a infração imputada ao contribuinte, sintetizaram os argumentos da empresa e as decisões prolatadas pela 1^a e 2^a Instância deste Colegiado, entendendo

ser o Auto de Infração totalmente procedente já que não foi apresentado qualquer fato novo que ensejasse modificação das decisões deste CONSEF.

Isto posto, os autuantes apelam para que não seja considerado o Pedido de Reconsideração interposto pela empresa contribuinte.

VOTO

Da análise do referido Pedido de Reconsideração, inicio lembrando que, na legislação do processo administrativo fiscal deste Estado, cujas determinações estão consolidadas no RPAF/BA, entre os recursos existentes, encontra-se o chamado Pedido de Reconsideração que para ter efeito legal somente poderia ser interposto até 18/08/2018 “*quando a decisão de Câmara tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento*”. Estas são as determinações do art. 169, I, “d”, do RPAF/BA.

Da leitura e análise do citado dispositivo acima exposto, somente existem dois pressupostos concomitantes para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. Que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tivesse reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. Que versasse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

A leitura da norma nos leva à conclusão de que requisitos precisariam ser atendidos sob pena de não conhecimento do pedido formulado pelo Sujeito Passivo.

Voltando para o presente caso, a ainda sob a égide das determinações acima nominadas, esta 2^a CJF não reformou a decisão de 1^a Instância. Em assim sendo, cairia por terra a primeira condição de admissibilidade do recurso interposto pela empresa.

Quanto à segunda condição exigida para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, também a mesma não foi preenchida, vez que os argumentos nele apresentados pela empresa foram apreciados tanto pela 1^a como pela 2^a Instância deste Colegiado, conforme relatado no Relatório do presente Acórdão.

Em assim sendo, não se poderia dele tomar conhecimento, conforme disposições contidas no art. 173, V, do RPAF/BA, os quais transcrevo:

Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:

[...]

V - Sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea “d” do inciso I do art. 169.

No mais, através do Decreto nº 18.558, de 17/08/18, DOE de 18/08/18, efeitos a partir de 18/08/18, a redação do art. 169, I, “d” foi alterada passando a dispor que:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

Assim sendo, neste n. Colegiado o Pedido de Reconsideração passou a ser ainda mais restritivo para a sua admissibilidade, mantendo como pressuposto apenas que a decisão tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal.

Para o caso em foco, em qualquer momento houve Recurso de Ofício já que as decisões tanto de

1^a como de 2^a Instâncias foram unânimes.

Pelo exposto, concluo que a utilização desse recurso, no caso em análise, não é meio próprio e possível para dar continuidade a lide administrativa, por estarem ausentes os requisitos para seu conhecimento, vez que tem regramento específico no que tange a sua admissibilidade.

Por fim, ressalto que um Pedido de Reconsideração não visa um novo julgamento, em 3º grau, mas apenas e tão somente resolver questões pontuais previstas na norma acima enunciada.

Pelo exposto, concluo que a utilização desse específico recurso administrativo em análise, não é possível ser conhecido, por estarem ausentes os requisitos basilares para seu conhecimento. Assim, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0011/17-6, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.577.163,57**, 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, 10 de dezembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS