

N. F. Nº - 206923.0014/17-6
NOTIFICADO - TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A
NOTIFICANTE - ANDRES MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0155-05/20NF-VD

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM VENDAS DE ETANOL, ANIDRO COMBUSTÍVEL E BIODIESEL B100. MISTURADOS A GASOLINA E AO ÓLEO DIESEL, RESPECTIVAMENTE. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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, do biodiesel B100 e AEAC misturado ao diesel derivado de petróleo, com não incidência do imposto, ao amparo das disposições do artigo 155, § 2º, inciso X, letra “b” da CF/88. Aplicação das disposições dos §§ 10 e 11, da Cláusula vigésima primeira do Convênio ICMS 110/07, com a redação dada pelo Convênio ICMS 136/08. Decisão superveniente do Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), na ADI 4171/DF, declarando a inconstitucionalidade das disposições do Convênio ICMS 110/07, 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. Matéria ainda pendente de decisão judicial, em vista de ação impetrada pela Impugnante. **DEFESA PREJUDICADA** pela escolha da via judicial. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 18/12/2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de **R\$10.838,56**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação 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 próprios.

O contribuinte deixou de recolher o valor correspondente ao ICMS apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, referente a operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, conforme prevê a cláusula vigésima primeira, parágrafos 10 e 11, do Convênio ICMS 110/07.

Consta ainda da descrição dos fatos: Nos termos da designação contida no decreto do Governador, publicado no DOE de 06 de janeiro de 2015, e com amparo no inciso II, do art. 39 da Lei complementar 34/2009, não há óbice para lançamento concernente aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2016. Referente ao período de janeiro e fevereiro de 2016. No valor de R\$10.838,56.

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 24 a 41, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir:

Defendeu a tempestividade da defesa em breve explanação e adentrou ao tópico “DOS FATOS” quando esclareceu que o Contribuinte tomou ciência da lavratura do presente Auto de Infração em 23/01/2018, tendo depreendido da acusação fiscal de que se refere a exigência de estorno de crédito de ICMS referente ao Álcool Etílico Anidro Combustível — AEAC e ao B100, previsto nos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS nº 110/2007:

Cláusula vigésima primeira. Os Estados e o Distrito Federal concederão diferimento ou suspensão do lançamento do imposto nas operações internas ou interestaduais com AEAC e com B100, quando destinado à distribuidora de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com AEAC ou a saída do óleo diesel resultante da mistura com B100, promovida pela distribuidora de combustíveis, observado o disposto no § 2º.

§ 10 Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC ou B100 contido na mistura.

§ 11 O estorno a que se refere o § 10 far-se-á pelo recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido ou suspenso que será apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, observado o § 6º da cláusula vigésima quinta.

Destacou que o 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 implicarem 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.

Pontuou que o STF 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 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4171, 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.

Ressaltou 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 nº 110/2007*”.

Neste ponto, registrou ainda 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 o 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**).

Ressaltou que no processo nº 0083509-25.2011.8.05.0001, a sentença de 1º grau concedeu a segurança pleiteada. Em face disso, o Estado interpôs apelação, a qual fora provido pelo TJBA. Posteriormente interpôs embargo de declaração, o qual foi improvido. Na sequência interpôs Recurso Extraordinário, o qual fora admitido pela vice-presidência do TJBA. Atualmente, os autos se encontram no STF para julgamento do Recurso Extraordinário. (**Doc. 06**).

Disse que no tange ao Mandado de Segurança nº 0083506-70.2011.8.05.0001, o juízo de 1º grau denegou a segurança pleiteada. Sendo assim, recorrendo da decisão denegatória, atualmente os autos se encontram concluso para julgamento. (**Doc. 07**).

Salientou que a empresa autora solicitou ao Emérito doutrinador Roque Antonio Carrazza Parecer Jurídico indagando 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 diante da modulação dos efeitos da referida decisão,

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.

Desta feita, o ilustre doutrinador concluiu que a modulação decretada na ADI n.º 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 caso da Autora, 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, caso seja aplicada a modulação dos efeitos da ADI 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 impediria que o fisco lavrasse auto de infração com base em dispositivos inconstitucionais a partir dessa data.

Explicou que o presente auto de infração foi lavrado em 18/12/2017, ou seja 22 (vinte dois) 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).

Passando ao tópico “3. DO DIREITO / 3.1 DA SISTEMÁTICA DE TRIBUTAÇÃO DOS COMBUSTÍVEIS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS E DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 10 E 11, DA CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA, DO CONVÊNIO ICMS Nº 110/2007.” Disse que a TOTAL DISTRIBUIDORA S/A é empresa que se dedica à distribuição de combustíveis e derivados de petróleo. Que 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.

No desempenho de sua atividade regular, a empresa Autora 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.

Afirmou que a sistemática de tributação dos combustíveis é complexa porque a Constituição, ao disciplinar o ICMS que incide sobre as respectivas operações, estabeleceu regras distintas para os derivados de petróleo, de um lado, e para os não derivados de petróleo, de outro.

Disse que das operações interestaduais de circulação de derivados de petróleo, a Constituição Federal trata especialmente, no seu art. 155, § 2º, VII, VIII, X, "b", XII, "h" e § 4º-; *verbis*:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)
(Produção de efeito)

a) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (Produção de efeito)

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015)

X - não incidirá:

~~*a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar;*~~

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

c) sobre o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

d) nas prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

"XII - cabe à lei complementar: (...)

"h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b; (...)

§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:

"I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

II - nas operações interestaduais, entre contribuintes, com gás natural e seus derivados, e lubrificantes e combustíveis não incluídos no inciso I deste parágrafo, o imposto será repartido entre os Estados de origem e de destino, mantendo-se a mesma proporcionalidade que ocorre nas operações com as demais mercadorias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)"

Afirmou que a tributação do álcool (AEAC) e do biodiesel — B100, a princípio, segue o padrão de incidência de ICMS. Apenas para fins de simplificação é que é determinado o 'diferimento', ou seja, posterga-se o recolhimento para momento posterior, que, assim, concentra-se nas refinarias e distribuidoras.

Asseverou que a tributação da gasolina tipo A depois de misturada ao álcool, é distinta da gasolina tipo C, e disse ser o mesmo o que acontece 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”.

Acrescentou que 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”.

E ainda, que nas operações interestaduais, quer de venda da gasolina tipo A pelas

refinarias às distribuidoras, quer de venda da gasolina tipo C das distribuidoras aos postos de combustíveis, não incide ICMS sobre tais operações, só havendo recolhimento a título de substituição tributária para frente, se antecipando o quanto devido na venda pelos postos aos consumidores, com base no preço médio ponderado a consumidor final (PMPF).

Explicou que o PMPF é divulgado pelo Secretário Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) por meio da publicação de "Ato COTEPE/ICMS", sendo COTEPE a Comissão Técnica Permanente do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação. Para o diesel, é adotado o mesmo procedimento.

Pontuou que o § 5º do art. 155 da Constituição prevê que as regras necessárias à concretização dos dispositivos constitucionais relativos à tributação dos combustíveis constantes do § 4º do mesmo artigo são estabelecidas por Convênio: "*§ 5º As regras necessárias à aplicação do disposto no § 4º, inclusive as relativas à apuração e à destinação do imposto, serão estabelecidas mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do § 2º, XII, g*" (Incluído pela EC 33/2001).

Disse que com base no art. 9º, caput, da Lei Complementar 87/1996, os Estados firmaram o Convênio ICMS n.º 110/2007, que estabelece a substituição tributária nas operações interestaduais com lubrificantes e combustíveis, derivados ou não de petróleo. São signatários do referido Convênio as seguintes Unidades Federadas: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e do Distrito Federal. Dispõe a Cláusula primeira, com seu § 3º, deste ato normativo:

"Cláusula primeira_ Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul NCM, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário: (...)

"§ 3º Os produtos constantes no inciso VIII da cláusula primeira, não derivados de petróleo, nas operações interestaduais, não se submetem ao disposto na alínea "b", inciso X, § do art. 155 da Constituição Federal".

O ICMS é, a princípio, todo ele exigido já na primeira operação, concentrando 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. Ressalte-se que apenas em operações interestaduais.

Ressaltou que a refinaria é a responsável pelo "gerenciamento" de toda esta operação. E que o "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.

Rematou que como a refinaria, na ocasião da operação de venda da gasolina A e também do diesel à distribuidora, ainda não dispõe de todas as informações sobre o destino que será dado ao

combustível que será produzido, num primeiro momento considera como Estado consumidor o Estado sede da distribuidora para fins de repasse dos valores da substituição tributária para frente. E deste modo, caso a distribuidora venha a destinar o produto a outro Estado, informará à refinaria que fará então o ajuste, deduzindo o ICMS correspondente ao volume de combustível que recebeu nova destinação dos valores anteriormente colocados para repasse ao Estado sede da distribuidora, repassando-os ao Estado sede do posto, onde se sabe, agora, que será consumido.

Neste ponto, esclareceu que a inconstitucionalidade da cobrança de estorno de crédito do Etanol Anidro Combustível e do B100 foi questionada pela Confederação Nacional do Comércio no Supremo Tribunal Federal, por meio da propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob o n.º 4171, na qual foi proferida Decisão onde o Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Ministra Ellen Gracie, julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, sendo-lhe aplicada a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, que se deu em 21/08/2015.

Reiterou que o Supremo Tribunal Federal decidiu que os §§ 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS n.º 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 implica 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, nos termos da Ementa abaixo transcrita (Doc. 09):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO - CNC. CABIMENTO DO CONTROLE ABSTRATO AÇÃO PARA O QUESTIONAMENTO DA CONSTITUCIONALIDADE DE CONVÊNIO FIRMADO PELOS ESTADOS MEMBROS. INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. PARÁGRAFOS 10 E 11 DA CLÁUSULA VIGÉSIMA DO CONVÊNIO ICMS 110/2007, COM REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 101/2008 E, MEDIANTE ADITAMENTO, TAMBÉM COM A REDAÇÃO DADA PELO CONVÊNIO 136/2008. ESTORNO, NA FORMA DE RECOLHIMENTO, DO VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DIFERIDO. NATUREZA MERAMENTE CONTÁBIL DO CRÉDITO DO ICMS. O DIFERIMENTO DO LANÇAMENTO DO ICMS NÃO GERA DIREITO A CRÉDITO. ESTABELECIMENTO DE NOVA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA POR MEIO DE CONVÊNIO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTS. 145, § 1º; 150, INCISO I; E 155, § 2º, INCISO I E § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

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 direto de inconstitucionalidade para questionar convênios, em matéria tributária, firmado pelos Estados membros, por constituírem 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 (8100), 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 diferido, 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 diferido 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, transmutando a medida escriturai — anulação de um crédito - em obrigação de pagar.

VII - Além disso, considerando que o ICMS diferido 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 diferido, 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 inconstitucionalidade dos atos normativos atacados, para que produza efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão.

X - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente

Neste ponto, enfatize-se que o Partido Social Liberal — PSL opôs Embargos de Declaração, a fim de que este E. STF se manifeste sobre a modulação híbrida dos efeitos da ADI 4171/DF 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.

Ao abordar o tópico “3.2 DA MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO EM ADI”, disse que tendo o STF declarado 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 EAAC e B100, e inclusive possui liminar impedindo a referida cobrança, a qual vigora até os dias de hoje.

Disse ser 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 de n.º 45/2004, *in verbis*:

Art. 102, § 2º, CF/88. As decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Inferiu que da leitura do acórdão da ADI 4171/DF, 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.

De toda feita, cumpre esclarecer que a Empresa autora não está negando o fato de que houve sobredita modulação. Ocorre que se configura indevida a aplicação da modulação dos efeitos

da ADI 4171 às empresas que já estavam discutindo judicialmente a ilegalidade/inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula vigésima primeira do Convênio 110/07, pois que não houve a expressa aplicação da referida restrição às empresas *sub judice*.

Nesse sentido, destacou que é entendimento pacífico do E. STF que a modulação dos efeitos não deve atingir as ações anteriormente ajuizadas, conforme ementa da ADI n.º 4628/DF, a seguir transcrita, *in verbis*:

*“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 N.º 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. 1. 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 inconstitucionalidade que impugna o Protocolo ICMS n.º 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 n.º 21/2011, tanto sob o ângulo formal quanto material, ao criar um cenário de guerra difícil de ser equacionado, impondo ao Plenário desta Suprema Corte o dever de expungir-lo do ordenamento jurídico pátrio. 15. Ação direta de inconstitucionalidade julgada PROCEDENTE. **Modulação dos efeitos a partir do deferimento da concessão da medida liminar, ressaltadas as ações já ajuizadas.**”*

Asseverou que para 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) que, como visto, é o caso da ora requerente, é imperioso trazer à baila o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, *verbis*:

“É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto abstrato, entre nós, mostra-se possível em distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com a eficácia 'ex tunc' e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia 'ex nunc'). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica.

Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia 'ex nunc' na ação direta, ressaltando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos 'sub judice' até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica.

Ressalte-se que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no recurso extraordinário sobre as decisões de outros órgãos judiciais nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, adequada solução para a difícil problema da convivência entre os dois moldes de controle de constitucionalidade existentes no

direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão. "

Registrou que já existe 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 n.º 39212-50.2015.8.10.0001, em trâmite na 2ª Câmara Cível do TJMA, referente ao Auto de Infração de n.º 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 (*Doc 11*):

Inferi-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.

No caso, não obstante a postergação da eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para 6 (seis) meses da publicação do Acórdão oriundo do julgamento da ADI 4171, e os possíveis debates que porventura possam surgir em torno da incidência retroativa ou não deste entendimento, entendo que na hipótese vertente restaram demonstrados os requisitos necessários à concessão da liminar ora pretendida.

Ao contrário do que asseverou o Litisconsorte em sua peça de defesa, não consta de modo expresso no Acórdão qualquer menção que possa conduzir ao entendimento pela legalidade do auto de infração que originou o crédito tributário impugnado, face à modulação de seus efeitos, ao contrário, inexistente qualquer disposição expressa afastando ou limitando o efeito ex tunc.

(...) (grifo da defesa)

Rematou 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 n.ºs 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 (Docs. 04 e 05).

Passando ao tópico “5. DA IMPOSSIBILIDADE DE LAVRAR AUTO DE INFRAÇÃO EM DATA POSTERIOR AO PRAZO FIXADO PARA INÍCIO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ADI 4171”, afirmou que a Lei 9.868/99, em seu artigo 27, prevê a possibilidade de modulação de feitos nas ações de controle de constitucionalidade em sede de controle concentrado.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nº	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Multa		Valores em Real (R\$)					
			%	RS	Aliq (%)	Base Cálculo	Débito	A. Moratório	Multa	Total
1	31/01/2016	09/02/2016	60,00		12,00	7.888,42	946,61	188,38	567,97	1.702,98
2	31/01/2016	09/02/2016	60,00		28,00	18.848,46	5.277,57	1.050,24	3.166,54	9.494,35
3	29/02/2016	09/03/2016	60,00		28,00	11.681,32	3.270,77	612,94	1.962,46	5.846,17
4	29/02/2016	09/03/2016	60,00		12,00	11.196,75	1.343,61	251,79	806,17	2.401,57

Defendeu que a aplicação dos efeitos modulatórios às declarações de inconstitucionalidade de norma em controle concentrado deverão ser feitas em razão do princípio da segurança jurídica, ou de excepcional interesse social.

Asseverou 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 6 meses após a publicação do acórdão, que ocorreu em 21/08/2015.

Afirmou que sendo aplicada a regra da modulação dos efeitos, o fisco só poderia ter lavrado o auto de infração nº 2069230001/17-1 tais como a constituição de tais créditos 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 ou constitua tais créditos com base em dispositivos inconstitucionais a partir dessa data.

Acrescentou que o Fisco estaria exigindo estorno de crédito de ICMS referente ao fato gerador ocorrido em 29/02/2016, ou seja, após a data fixada para início de eficácia da declaração de inconstitucionalidade, que se deu a partir de 22/02/2016.

Demonstrativo de Débito.

Apontou que na breve leitura da descrição dos fatos da notificação fiscal, se pode verificar que o fisco informou que *"não há óbice para lançamento concernentes aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2015"*. Sendo assim, não se pode manter intacta uma tributação inconstitucional, precipuamente quando a lavratura do auto ocorreu quando estava em plena eficácia a declaração de inconstitucionalidade do estorno de crédito em comento.

Enfatizou que esta Empresa realiza 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, conforme se infere da documentação em anexo (Doc. b12). Disse que são 14 (quatorze) Estados e Distrito Federal envolvidos na comercialização interestadual de combustíveis efetuada pela Impugnante.

Asseverou que compelir esta empresa ao recolhimento de tributo patentemente declarado inconstitucional, mesmo quando já se encontrava discutindo anteriormente a decisão da ADI 4171 a inconstitucionalidade do referido estorno de crédito, e com a autuação ocorrendo 22 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.

Por todo exposto, concluiu que configura indevida a aplicação da modulação dos efeitos temporais da ADI 4171/DF às empresas *sub judice*, que é o caso da impugnante, 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. (DOCs 04 e 05).

Passando a tratar do tópico "6. DA INDEVIDA APLICAÇÃO DA MULTA NO PERCENTUAL DE 60% E SEU CARÁTER CONFISCATÓRIO." Disse que a penalidade aplicada tem fundamento no artigo 42, II, "f" da Lei 7.014/2016:

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; (Redação da alínea dada pela Lei nº 10.847, de 27.11.2007, DOE BA de 28_12.2007)

Observou que a penalidade aplicada visa punir os contribuintes que não recolheram o imposto tempestivamente, mas que a autuada não deixou de recolher tempestivamente o imposto uma vez que a suposta falta de recolhimento alegada no Auto de Infração decorre de cobrança que não tem respaldo legal. Por isso entende ser latente a inaplicabilidade da multa pretendida pelo Auditor Fiscal, tendo em vista que não se enquadra no caso concreto.

Argumentou, ainda, que a multa aplicada no presente caso é exorbitante, sendo exigido o valor de R\$ 6.503,14 visto que é evidentemente desproporcional e desarrazoada, com nítido caráter confiscatório do direito de propriedade da Impugnante, visto que a multa aplicada é exatamente 60% do valor do imposto devido, configurando-se confiscatória. Citou doutrina e jurisprudência.

Ao final pediu:

- a) “Seja julgado absolutamente IMPROCEDENTE o presente auto de infração, haja vista a inconstitucionalidade da exigência de ICMS decorrente de estorno de crédito de Etanol Anidro Combustível — EACe B100, a qual foi declarada pelo E. STF nos autos da ADI n.º 4171, bem como a inaplicabilidade dos efeitos modulatórios à empresa Autuada, por encontrar-se sub judice, e ad argumentandum, porque a presente auto foi lavrado 22 meses depois do início de eficácia da decisão de declaração de inconstitucionalidade do referido estorno.*
- b) Ad argumentandum, requer que seja julgado improcedente os lançamentos ocorridos após a data 21/02/2016, tendo em vista que o E. STF nos autos da ADI n.º 4171 declarou inconstitucional a exigência de ICMS decorrente de estorno de crédito de Etanol Anidro Combustível — EAC e B100.*
- c) Ad argumentandum, REQUER a suspensão deste processo de julgamento até decisão final na instância judicial sobre o mérito dos mandados de segurança impetrados por esta empresa, tombados sob os n.ºs 0083509-25.2011.8.05.0001 e 0083506-702011.8.05.0001, para determinar 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.*
- d) REQUER seja cancelada a multa exigida no montante de 60% (sessenta por cento) por se revestir de caráter evidentemente confiscatória, bem como que seja reajustada o valor aplicado a título de atualização monetária para um patamar razoável e proporcional.”*

O Autuante se pronuncia às fls. 157 a 160, ressalta que em nenhum momento a Autuada contestou os valores levantados no Auto de Infração, pois disse se referirem a 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 a Gasolina C e ao Diesel, respectivamente.

Em relação ao item 1 da defesa, em que a Autuada alega que os efeitos modulatórios da ADI 4171 não atingem a mesma por encontrar-se sub judice (impetrou mandados judiciais ainda não julgados), e mesmo que se aplique a modulação da ADI 4171, 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, disse 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.

Explicou que o que a ADI 4171 efetivamente determinou, foi que o fisco só pode lavrar Auto de Infração decorrente de fatos geradores em questão, ocorridos até a data de 21/02/2016.

Asseverou que a Autuada fez uma interpretação totalmente equivocada da modulação temporal, que é a competência legal do 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.

Rematou que as alegações da autuada de que a ADI 4171 impede o fisco de lavrar o referido Auto de Infração após a data de 22/02/2016, são totalmente improcedentes.

Em relação ao item 2, afirmou que a defendente alegou que está discutindo judicialmente desde 16/08/2011, através de Mandados de Segurança, para os quais ainda não houve decisão judicial. Todavia, entende 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, e que a alegação da Autuada não tem nenhum resultado prático, porquanto não poderá modificar em nada a ADI 4171.

Quanto ao item 3 da defesa, em que a Autuada disse que ser “*indevida aplicação da multa no percentual de 60% por seu caráter confiscatório*”, e pede “*que seja reajustado o valor aplicado a título de atualização monetária para um patamar razoável e proporcional*”, se eximiu de comentar, por se tratar de matérias cuja competência para julgamento e parecer cabe à Procuradoria Fiscal – PROFIS e ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF.

É o relatório.

VOTO

A presente Notificação Fiscal contém uma única infração elencada, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente às operações escrituradas nos livros próprios, correspondente ao ICMS apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, referente a operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC, ou da mistura de óleo diesel com B100, conforme prevê a cláusula vigésima primeira, parágrafos 10 e 11, do Convênio ICMS 110/07.

“Cláusula vigésima primeira. Os Estados e o Distrito Federal concederão diferimento ou suspensão do lançamento do imposto nas operações internas ou interestaduais com AEAC e com B100, quando destinado à distribuidora de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com AEAC ou a saída do óleo diesel resultante da mistura com B100, promovida pela distribuidora de combustíveis, observado o disposto no § 2º.”

(...)

§ 10 “Os contribuintes que efetuarem operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com AEAC ou da mistura de óleo diesel com B100, deverão efetuar o estorno do crédito do imposto correspondente ao volume de AEAC ou B100 contido na mistura.

§ 11 O estorno a que se refere o § 10 far-se-á pelo recolhimento do valor correspondente ao ICMS diferido ou suspenso que será apurado com base no valor unitário médio e na alíquota média ponderada das entradas de AEAC ou de B100 ocorridas no mês, observado o § 6º da cláusula vigésima quinta.”

Consta da descrição dos fatos da peça vestibular que:

“Nos termos da designação contida no decreto do Governador, publicado no DOE de 06 de janeiro de 2015, e com amparo no inciso II, do art. 39 da Lei complementar 34/2009, não há óbice para lançamento concernentes aos fatos geradores ocorridos até 21/02/2016. Referente

ao período de janeiro e fevereiro de 2016. No valor de R\$10.838,56.”

A defesa destacou, que o Supremo Tribunal Federal na ADI n.º 4171, decidiu que os referidos §§ 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira, do Convênio ICMS n.º 110/2007, feriam o princípio da legalidade por extrapolarem as matérias que lhe são reservadas pelo art. 155, § 5º da Constituição Federal, além de implicarem 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.

De fato, assiste razão à defesa, quando evoca a seu favor a inconstitucionalidade declarada pelo STF, e acrescento que se trata de tema que encontra paralelo em diversas decisões deste CONSEF, que se aderem a este argumento defensivo, dos quais, apresento os seguintes paradigmas: Acórdão 4ª JJF nº 0022-04/18; Acórdão 2ª JJF nº 0105-02/18; Acórdão 2ª CJF nº 0321-12/18; ACÓRDÃO CJF Nº 0340-12/19. Veja-se alguns excertos:

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-04/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM VENDAS DE ETANOL, ANIDRO COMBUSTÍVEL E BIODIESEL MISTURADOS A GASOLINA E AO ÓLEO DIESEL, RESPECTIVAMENTE. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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, do biodiesel B100 e AEAC misturado ao diesel derivado de petróleo com não incidência do imposto ao amparo das disposições do artigo 155, § 2º, inciso X, letra “b” da CF/88. Aplicação das disposições §§ 10 e 11, da Cláusula vigésima primeira, do Convênio ICMS 110/07, com a redação dada pelo Convênio ICMS 136/08. Decisão superveniente do Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), na ADI 4171/DF, declarando a inconstitucionalidade das disposições do Convênio ICMS 110/07 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 alcançou os fatos que compõem este lançamento de ofício na forma de Parecer da PGE / PROFIS. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM VENDAS DE ETANOL, ANIDRO COMBUSTÍVEL E BIODIESEL MISTURADOS A GASOLINA E AO ÓLEO DIESEL, RESPECTIVAMENTE. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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, do biodiesel B100 e AEAC misturado ao diesel derivado de petróleo com não incidência do imposto ao amparo das disposições do artigo 155, § 2º, inciso X, letra “b” da CF/88. Aplicação das disposições §§ 10 e 11, da Cláusula vigésima primeira, do Convênio ICMS 110/07, com a redação dada pelo Convênio ICMS 136/08. Decisão superveniente do Plenário do STF (Supremo Tribunal Federal), na ADI 4171/DF, declarando a inconstitucionalidade das disposições do Convênio ICMS 110/07 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 alcançou os fatos que compõem este lançamento de ofício na forma de Parecer da PGE / PROFIS. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Reclama ainda a defesa, 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 n.º 110/2007”;

Em relação a este primeiro ponto, registrou 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 o n.ºs 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, e que atualmente, os autos se encontram no STF para julgamento do Recurso Extraordinário.

“Em segundo lugar, caso seja aplicada a modulação dos efeitos da ADI 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 impediria que o fisco lavrasse auto de infração com base em dispositivos inconstitucionais a partir dessa data.”

Quanto ao segundo ponto, explicou que o presente auto de infração foi lavrado em 18/12/2017, ou seja 22 (vinte dois) 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).

Neste ponto, registrou ainda, 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 o n.ºs 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).

Ressaltou que no processo nº 0083509-25.2011.8.05.0001, a sentença de 1º grau concedeu a segurança pleiteada. Em face disso, o Estado interpôs apelação, a qual fora provida pelo TJBA. Posteriormente, a Impugnante interpôs embargo de declaração, o qual foi improvido. Na sequência, interpos Recurso Extraordinário, o qual fora admitido pela vice-presidência do TJBA. Atualmente, os autos se encontram no STF para julgamento do Recurso Extraordinário.

Disse que no que tange ao Mandado de Segurança n.º 0083506-70.2011.8.05.0001, o juízo de 1º grau denegou a segurança pleiteada. Sendo assim, recorreu da decisão denegatória, e atualmente os autos se encontram conclusos para julgamento.

De modo, que a incontestada escolha pela via judicial, conforme explanação acima, implica na desistência da via recursal administrativa para deslinde da celeuma por parte da impugnante, restando apenas a aplicação do quanto positivado nos arts. 117 e art. 113 do RPAF, devendo ser o Auto de Infração remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa. Veja-se:

Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

(...)

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;

II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.

De modo que, considerando que ainda remanesce ações judiciais não transitadas em julgado, impetradas pela Impugnante, considero prejudicada a presente defesa, impedindo o deslinde do presente PAF em sede administrativa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PREJUDICADA** a defesa da Notificação Fiscal nº **206923.0014/17-6**, lavrada contra **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A**, devendo ser intimada a notificada, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.838,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR