



**RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DA TRIBUTAÇÃO
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS**



CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS
PUBLICADO NO D.O.E. DE

26, 05, 2016

PROCOLO Nº 147.825/2013-8
PAT Nº 0471/2013 – 4ª URT
RECURSO VOLUNTÁRIO
RECORRENTE SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA
RECORRIDO SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
RELATOR JOÃO FLÁVIO DOS SANTOS MEDEIROS

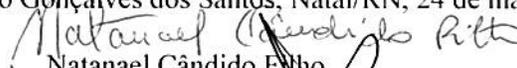
ACÓRDÃO Nº 093/2016- CRF

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 893-I §§ 10 E 11 DO RICMS. ADI 4171. PROCEDENTE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AUTO PROCEDENTE.

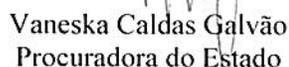
1. O contribuinte foi autuado pelo não recolhimento do ICMS conforme previsão contida nos §§ 10 e 11 do art. 893-I do RICMS, relativo às operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com álcool anidro (AEAC) e da mistura de óleo diesel com biodiesel (B100);
2. A matéria foi discutida na ADI 4171, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007, com a redação conferida pelo Convênio ICMS 136, de 5 de dezembro de 2008;
3. Em função do disposto no Art. 27 da Lei 9.868/99, o plenário do STF modulou os efeitos da decisão referente a pré falada ADIN, tendo a eficácia da decisão diferida por 6 (seis) meses após a publicação do acórdão, veiculado no Diário da Justiça de 05/06/2015, permanecendo subsistentes os fatos geradores anteriores a tal decisão, consolidando entendimento deste E CRF. Acórdãos 06/14 e 016/15;
4. A jurisprudência é pacífica quando ao efeito vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal;
5. Recurso voluntário conhecido e improvido. Manutenção da decisão singular. Auto de infração procedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do Conselho de Recursos Fiscais do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade de votos e em harmonia com o parecer da representante da Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar provimento ao recurso voluntário, mantendo a Decisão Singular, julgando o auto de infração procedente.

Sala Cons. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal/RN, 24 de maio de 2016.


Natanael Cândido Filho
Presidente


João Flávio dos Santos Medeiros
Relator


Vaneska Caldas Galvão
Procuradora do Estado

RELATÓRIO

Trata o presente Processo Administrativo Tributário do Auto de Infração n.º 471/2013, da SUSCOMEX, de 25/06/15 (fls. 2), que resultou na prática de infrações a legislação tributária estadual que trata do ICMS, conforme as seguintes ocorrências:

1) Falta de recolhimento do ICMS previsto nos §§ 10 e 11 do art. 893-I do RICMS, relativo às operações interestaduais com os produtos resultantes da mistura de gasolina com álcool anidro (AEAC) e da mistura de óleo diesel com biodiesel (B100), com infringência ao art. 150, III e XIX, e penalidade prevista nos artigos 340, I, "c", c/c 133, todos do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 13.640/97;

As infringências resultam em ICMS de R\$ 377.117,12, multa de R\$ 433.226,08, totalizando R\$ 754.234,24, além dos acréscimos legais cabíveis.

Os autos anexos à inicial, contem Ordem de Serviço n.º 9912/SUSCOMEX, de 20/05/13, extrato fiscal, demonstrativos, relatório de fiscalização, CD com demonstrativos, etc., (fls. 3 a 49); Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais dando conta que a Recorrente não é reincidente (fl. 98);

Em sede de impugnação, fls. 51 e ss., a empresa, sucintamente:

a) Que os dispositivos do Convênio 110/2007, cujos §§ 10 e 11 da cláusula vigésima primeira estão transcritos nos §§ 10 e 11 do art. 893-L do Regulamento do ICMS, estão sendo alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Comércio (ADI n.º 4171), e valendo-se de toda a documentação jurídica desta, pugna pela improcedência do lançamento objeto do presente processo.

Em sede de contrarrazões, fls. 81, os autuantes afirmam que a ADI 4171 teve seu pedido de liminar negado e encontra-se em fase de julgamento não produzindo qualquer efeito na cobrança objeto do presente auto. Explicam ainda como se procedeu a cobrança do imposto. Ao final, pede a manutenção integral do auto de infração.

Decisão n.º 347/2015 - COJUP, datada de 06/04/13/12/135, fls. 100 e ss., julga o auto procedente em sua totalidade.

Recurso voluntário datado de 06/03/14, fls. 110 e ss, é vazado nos mesmos termos da impugnação.

O Parecer n.º 0192/2015/VCG/PFDA, datado de 16/09/15, fls. 142 e ss, do ilustre Procurador da Doutra Procuradoria Geral do Estado é no sentido receber e julgar improvido o Recurso Voluntário.

Relatados sumariamente os fatos relevantes.

VOTO

Inicialmente, o recurso voluntário atende aos requisitos de admissibilidade e tempestividade.

O deslinde da questão versa sobre a falta de recolhimento do ICMS previsto nos §§ 10 e 11 do art. 893-L do RICMS relativo às operações interestaduais com os produtos resultantes de mistura de gasolina com Álcool anídrico (AEAC) e da Mistura de óleo diesel com Biodiesel (B100):

Art. 893-L. O ICMS referente às operações internas ou interestaduais com AEAC ou com B100, quando destinado à distribuidora de combustíveis, fica diferido 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 (Conv. ICMS 110/07 e 136/08). (NR dada pelo Dec. 21.000/08, de 30/12/2008)

....

§ 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 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 do art. 893-P.

O voto prolatado pela Senhora Procuradora do Estado é de tal forma didático e cristalino, que obrigo-me a reproduzir excertos daquele, encartados neste caderno processual, sem nada a acrescentar, até por completa desnecessidade.

Conforme relata a Sra. Procuradora, “a matéria submetida a exame, como a peça recursal bem ressalta, encontra-se vinculada aos limites da ADI 4171, que já foi julgada precedente pelo Supremo Tribunal Federal, para ter declarada a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007, com a redação conferida pelo Convênio ICMS 136, de 5 de dezembro de 2008.

Acrescenta que o plenário modulou os efeitos da decisão referente a pré falada ADIN, conforme estabelecido no Art. 27 da Lei 9.868/99:

“Quanto à modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, após os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Roberto Barroso, Teori Zavascki, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello, acompanhando o voto da Ministra Ellen Gracie (Relatora), **para modular os efeitos da declaração da decisão de inconstitucionalidade, com eficácia diferida por 6 (seis) meses após a publicação do acórdão**, e o voto do Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão, o julgamento foi suspenso para colher o voto da Ministra Cármen Lúcia, ausente ocasionalmente. O Ministro Marco Aurélio entendeu não ser cabível o adiamento da conclusão da modulação para aguardar voto de ministro ausente. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Não votou a Ministra Rosa Weber, no mérito e na modulação, por suceder à Ministra Ellen Gracie. Plenário, 05.03.2015” – grifamos (decisão de julgamento, DJ nº 107, de 05/06/2015). Grifos no original.

Leciona a Sra Procuradora que :

A decisão do Supremo Tribunal Federal vai ao encontro do que defende parte da doutrina pátria, influenciada pelo direito comparado, no sentido de entender que a declaração de nulidade plena de uma norma reconhecida como inconstitucional não é suficiente para resolver justa e proporcionalmente os impasses postos em discussão no Poder Judiciário. Aduz José Afonso da Silva que “*essa doutrina privatista da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transportada para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro*”¹.

1

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, pág.52-53



Deve-se perceber que, em casos excepcionais, a norma inconstitucional deve produzir efeitos como se constitucional fosse, por certo lapso temporal, a fim de evitar situações danosas ao próprio sistema jurídico.

Aduz:

...faz- se mister a percepção de que **os fatos geradores do presente PAT ocorreram antes da data fixada no julgamento da ADI 4171, ou seja, seis meses após a sua publicação, que veiculou no Diário da Justiça de 05/06/2015. Portanto, estão resguardados, pelo próprio dispositivo da ADI, dos seus efeitos, que não foram ex tunc, conforme visto.**

...

Assim, **o exame da matéria objeto do presente PAT encontra limite intransponível, qual seja a modulação dos efeitos da aludida declaração de inconstitucionalidade para o prazo de seis meses, contados da publicação do acórdão.** Grifos no original.

Afirma, trazendo decisões várias que “É pacífica a jurisprudência quando ao efeito vinculante e *erga omnes* das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal”.

A Representante da Procuradoria Geral do Estado também demonstra, trazendo cópia dos Acórdãos 06/14 e 16/2015, “.. anteriores ao julgamento da ADI 4171, reconhecendo que o fato da empresa ser obrigada a recolher, em função da substituição tributária, tanto o ICMS do combustível fóssil, como também do mesmo imposto relativamente ao álcool etílico anidro combustível – AEAC e do biodiesel – B100, quando vende a Gasolina “A” ou o óleo diesel ao Distribuidor não afasta a circunstância de que a responsabilidade do pagamento do imposto do AEAC e do B100 é da Distribuidora, que se apropria de créditos a eles relativos”.

Observa a Sra. Procuradora que a Recorrente não impugna nenhum dos fatos apurados “limitando-se a atacar a validade das normas invocadas pelos autuantes para tipificar a conduta infracional”.

De bom alvitre lembrar que “o exame acerca da legalidade ou constitucionalidade de dispositivo legal ou regulamentar é matéria que foge ao âmbito da competência do Conselho de Recursos Fiscais, em decorrência do disposto no art. 89, do Regulamento do PAT e o art. 1º do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais:

Do exposto, relatados e discutidos estes autos, VOTO, em harmonia com o parecer da Ilustre representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, em conhecer e negar o recurso voluntário, confirmando a decisão singular e julgando o auto de infração procedente.

Sala C. Danilo Gonçalves dos Santos, Natal, RN, 24 de maio de 2016.

João Flávio dos Santos Medeiros
Relator

