

PROCESSO Nº 1652462016-0

ACÓRDÃO Nº 0124/2022

TRIBUNAL PLENO

Embargante: TOTAL DISTRIBUIDORA S/A (TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A).

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

*É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, não sendo evidenciada a omissão pretendida, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 681/2021.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovemento*, a fim de manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 681/2021, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29/11/2016 (fl. 3), contra a empresa TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., CCICMS nº 16.174.192-4, nos autos qualificada.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

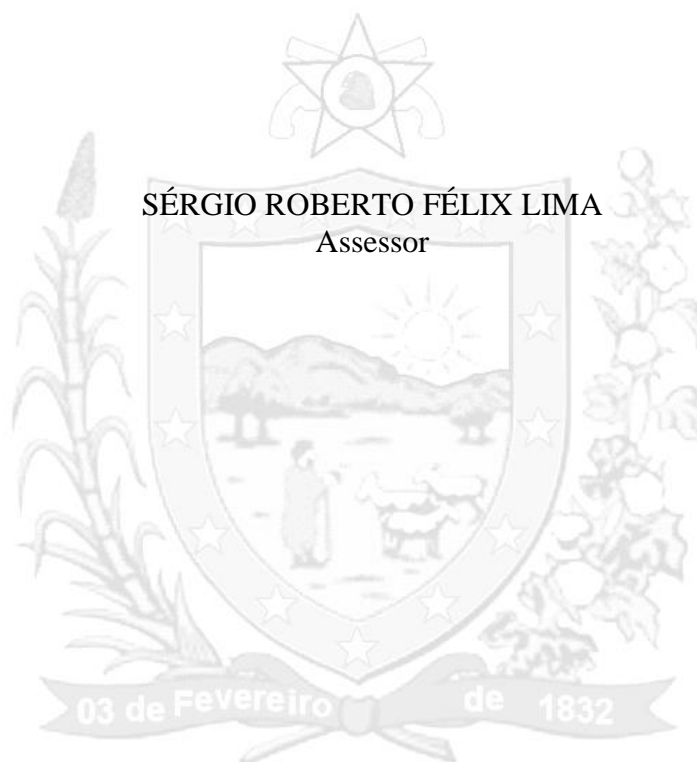
P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de março de 2022.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), LEONARDO DO EGITO PESSOA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.



PROCESSO Nº 1652462016-0  
TRIBUNAL PLENO  
RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO  
Embargante: TOTAL DISTRIBUIDORA S/A (TDC DISTRIBUIDORA DE  
COMBUSTÍVEIS S/A).  
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF  
Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ -  
CABEDELO  
Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA  
Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO. VÍCIO NÃO  
EVIDENCIADO. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA.  
RECURSO DESPROVIDO.

*É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir  
omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição. No caso  
em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram  
ineficazes para modificar a decisão recorrida, não sendo  
evidenciada a omissão pretendida, mantendo-se, portanto, os termos  
do Acórdão nº 681/2021.*

## RELATÓRIO

*Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, EMBARGOS  
DECLARATÓRIOS, com supedâneo nos arts. 75, V e 86, do Regimento Interno desta Casa,  
aprovado pela Portaria nº 080/2021/SEFAZ/PB, considerando o disposto no Decreto nº  
37.286/2017, opostos contra a decisão emanada do Acórdão nº 0681/2021.*

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº  
93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29/11/2016, (fl. 3), onde a empresa autuada,  
TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS** >> Falta de recolhimento do  
imposto estadual.

**NOTA EXPLICATIVA:**

FOI DETECTADA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS  
REFERENTE AO ESTORNO DO AEAC, RELATIVO A  
COMERCIALIZAÇÃO DA GASOLINA C, NO PERÍODO DE  
NOVEMBRO A DEZEMBRO DE 2012. ACRESCENTA-SE AOS  
ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS OS SEGUINTE  
ARTIGOS 21, §10 E §11 DO DECRETO 29.537/2008.

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de  
R\$ 10.675,11 (dez mil, seiscentos e setenta e cinco reais e onze centavos), sendo R\$

7.116,74 (sete mil, cento e dezesseis reais e setenta e quatro centavos) de ICMS, e R\$ 3.558,37 (três mil, quinhentos e cinquenta e oito reais e trinta e sete centavos) de multa por infração, referente aos fatos geradores ocorridos entre os períodos de novembro de 2012 e dezembro de 2012.

Apresentada Reclamação tempestiva, foi o contencioso fiscal apreciado pela instância prima, onde a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, decidiu pela *procedência* do Auto de Infração em tela, conforme sentença às fls. 108 - 112, proferindo a seguinte ementa:

**NULIDADE REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PREVISÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DIFERIDA. ART. 151 DO CTN. SUSPENSÃO APENAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE O FISCO PROMOVER O LANÇAMENTO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA DE SEU DIREITO DE LANÇAR.**

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. *In casu*, o contribuinte não apresentou alegações ou provas capazes de desconstituir o feito fiscal.

Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110 de 28 de setembro de 2007, com modulação dos efeitos seis meses após a publicação do acórdão, permitindo que a norma declarada inconstitucional produzisse seus efeitos jurídicos até a data de 21/02/2016.

As hipóteses do artigo 151 do CTN suspendem tão somente o prazo prescricional, impedindo a Fazenda de praticar qualquer ato de cobrança do crédito, entretanto, não impossibilitando a sua regular constituição, nos termos do artigo 142 do CTN, prevenindo-se a decadência do direito de lançar.

**AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE**

*Regularmente cientificada da decisão singular, a empresa autuada interpôs recurso voluntário a esta instância ad quem, requerendo a reforma da decisão a quo, em razão dos seguintes argumentos, conforme citado no acórdão recorrido:*

- alega que a autuada já estava tratando judicialmente a exigência do estorno de crédito do ICMS, por meio do Mandado de Segurança, tombado sob o nº 0116934-33.2012.8.15.0000, não havendo o que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios, pois já estava sendo discutido a inconstitucionalidade dos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007;

- que a modulação dos efeitos aplicado pelo STF na declaração de inconstitucionalidade ora em questão, não poderia ser aplicada às empresas

que já estavam questionando o caso em juízo, nos termos do art. 102, §2º, da CF/88;

- que em 8/8/2012 foi concedida medida liminar em favor da empresa autuada, por meio de mandado de Segurança;

- que o Auto de Infração foi lavrado após a publicação do acórdão de inconstitucionalidade, o que tornaria nula a autuação;

- que o contribuinte não se credita do ICMS recolhido, já que não há pagamento direto por ela, simplesmente informa a refinaria as vendas interestaduais, para o repasse;

- considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, sendo recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de um novo recolhimento implica bitributação não autorizada;

- reiterando os termos de sua Impugnação, requer a improcedência da autuação.

Conclusos os autos, foram estes apreciados nesta Corte, com o voto desta relatoria, que decidiu pela parcial procedência do lançamento tributário (fls. 181 a 189), à unanimidade, que na sequência promulgou o **Acórdão nº 681/2021** (fls. 191 a 192), reformando a decisão monocrática, cuja ementa abaixo reproduzo:

PRELIMINAR. NULDADE. REJEITADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SAÍDAS INTERESTEDUAIS GASOLINA “C”. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DO AEAC. AÇÃO NA VIA JUDICIAL CONCOMITANTE COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM FOCO. IDÊNTICA MATÉRIA. ANÁLISE DE MÉRITO PREJUDICADA NA VIA ADMINISTRATIVA. MULTA EXCLUÍDA. DESCABIDA A IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE POR INFRAÇÃO. REFORMADA, DE OFÍCIO, DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Preliminar de nulidade rejeitada. O lançamento de ofício foi constituído de forma legítima, pois se reportou a norma vigente à época dos fatos geradores.

- Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, relativamente ao mesmo objeto do processo administrativo. No caso em questão, a ação de Mandado de Segurança com os mesmos propósitos da discussão administrativa, afasta a análise de mérito do recurso voluntário apresentado, pela patente renúncia tácita por esta via recursal.

- Autuação realizada com o fito de constituição do crédito tributário para prevenir a ocorrência de decadência, após suspensão dos atos executórios, em observância ao artigo 54-A da Lei nº 10.094/13.

*- Descabida a aplicação de multa por infração aos casos em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento fiscal a ele relativo.*

Cientificada da citada decisão em 17/1/2022, por meio de DTe, fl. 197, a empresa autuada opôs Embargos Declaratórios (fls. 203 a 208), protocolado em 25/1/2022, vindo a requerer a reforma da decisão embargada, alegando vício de omissão no Acórdão nº 681/2021, destacando, em suma, os seguintes pontos:

- inicialmente argui a tempestividade do presente recurso;
- após uma breve exposição dos fatos, alega que houve omissão no julgamento embargado, sob o fundamento de que não teria havido manifestação expressa acerca da aplicação ou não da modulação dos efeitos da ADI 4171 à embargante, que se encontrava *sub judice*;
- que a recorrente teria impetrado Mandado de Segurança para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade do estorno de crédito do AEAC e do B100, e que não fosse compelida ao seu recolhimento;
- que em seguida o STF julgou inconstitucional os §§10 e 11 da Cláusula vigésima primeira do Convênio 110/2007, modulando os efeitos da decisão para seis meses daquela data, contudo, sem manifestação da Corte quanto à modulação dos efeitos em relação às ações já em trâmite no controle difuso;
- que a norma é inconstitucional desde o seu nascedouro, mas, por uma questão de segurança jurídica, os seus efeitos só serão irradiado a partir de determinado termo a ser estabelecido pela Corte Suprema;
- que restaria clara a omissão no *decisum*, pois não teria se debruçado especificamente das peculiaridades da matéria, qual seja, a característica do contribuinte que já recorria ao judiciário quanto a inconstitucionalidade da referida cobrança;
- ao final, solicita conhecimento dos presentes embargos, e lhes sejam dados provimento, para sanar o vício da omissão demonstrado.

*Em prosseguimento aos trâmites processuais, foram os autos devolvidos a este relator, pelo critério regimental, para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.*

*Eis o Relatório.*

## VOTO

Em análise, recurso de embargos declaratórios oposto pela empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S/A, contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 681/2021, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do

Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 080/2021/SEFAZ, conforme transcrição abaixo:

Art. 75. Perante o CRF, serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V – de Embargos de Declaração

Com efeito, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de embargos declaratórios, tem por escopo corrigir defeitos quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade* na decisão proferida, porquanto estes constituem requisitos para seu cabimento, tal como estatui o art. 86<sup>1</sup>, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, ou a pretexto dos requisitos admitidos pela jurisprudência pátria do STJ: premissa fática equivocada do respectivo decisório.

Em relação à tempestividade da oposição dos embargos ora em questão, estes devem ser a postos no prazo de cinco dias a contar do dia seguinte ao da ciência da decisão do julgamento do recurso voluntário, conforme previsão do art. 87 da Portaria nº 80/2021/SEFAZ<sup>2</sup>. No caso em apreço, a mencionada ciência à embargante ocorreu em 17/1/2022 (segunda-feira), por meio de DTe, fl. 197. Os embargos foram protocolados em 25/1/2022, fl. 198, contudo foi apresentado por e-mail em 21/1/2022 (sexta-feira), endereçado à Repartição Preparadora, conforme documentação anexa às fls. 199 a 202, estando estes, portanto, tempestivos.

Em descontentamento com a decisão embargada, proferida à unanimidade pelos membros desta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de reformá-la, com argumentos de que teria ocorrido omissão, pelos motivos acima relatados.

É cediço que a omissão representa a falta de manifestação expressa sobre algum fundamento de fato ou de direito, ventilado na causa, ou seja, quando o julgador não se pronuncia sobre determinado ponto ou questão levantada pelo sujeito passivo, o que não se verifica no Acórdão nº 681/2021, como veremos adiante.

Inconformada com o Acórdão nº 681/2021, que reformou a decisão monocrática de procedente para parcialmente procedente, o contribuinte argumentou que teria ocorrido omissão por parte da análise deste relator, de que não teria havido manifestação expressa acerca da aplicação ou não da modulação dos efeitos da ADI 4171 à embargante, que se encontrava *sub judice*, e ainda reforçando que o STF julgou inconstitucional os §§10 e 11 da Cláusula vigésima primeira do Convenio 110/2007, modulando os efeitos da decisão para seis meses daquela data, contudo, sem manifestação da Corte sobre a modulação dos efeitos em relação às ações já em trâmite no controle difuso.

Pois bem. Em detrimento a pretensão da embargante, não prospera seus argumentos quanto à omissão apontada, pois já no julgamento da preliminar a matéria questionada já é devidamente analisada, pois, além de mencionar a

<sup>1</sup> Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

<sup>2</sup> Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

decisão sobre os efeitos modulatórios da ADIN nº 4171, destacando que na decisão da citada ação judicial em trâmite, Mandado de Segurança nº 0116934-33.2012.8.15.0000, foi resguardada a segurança jurídica estabelecida na ADIN 4171, em relação à modulação, determinando que a decisão passaria a surtir efeitos a partir de 20/2/2016, ou seja, seis meses contados da publicação do Acórdão da ADI nº 4171. Vejamos parte do texto do Acórdão embargado que trata da matéria, verificada às fls. 184 e 185 dos autos:

“Quanto a nulidade da autuação, reivindicada pela autuada, no sentido de que não haveria o que se falar em aplicação dos efeitos modulatórios, tendo em vista que estava sendo discutida a inconstitucionalidade dos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007, não prospera.

Como veremos adiante, **a autuação foi com base na transgressão aos parágrafos 10 e 11, da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS nº 110/2007**, identificada nos períodos de novembro e dezembro de 2012, conforme relatórios da fiscalização às fls. 4 a 6.

**Tais dispositivos normativos foram declarados inconstitucionais, por meio de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4171, porém, com modulação dos efeitos para seis meses após a publicação do respectivo Acórdão, publicado em 21/8/2015.**

**É cediço que a modulação dos efeitos significa a possibilidade de se restringir a eficácia temporal das decisões do STF em controle de constitucionalidade nas ações que ali cheguem, de modo a terem efeitos exclusivamente para o futuro.**

**Com efeito, a própria decisão judicial quanto a ação do Mandado de Segurança nº 0116934-33.2012.8.15.0000, impetrado pela recorrente, que a concedeu parcialmente, resguardou a segurança jurídica estabelecida na citada decisão da ADIN nº 4171, com a correspondente modulação, e determinou que a decisão passaria a surtir efeitos a partir de 21/2/2016, ou seja, seis meses contados da publicação do Acórdão. Portanto, o lançamento se reportou à data da ocorrência dos fatos geradores, em que a norma questionada pela recorrente se encontrava em pleno vigor, sendo o ato administrativo perfeitamente legítimo, nos termos do art. 144 do CTN<sup>3</sup>.**

Destarte, para o caso em tela os fatos geradores ocorridos até 20/2/2016 são perfeitamente passíveis de autuação, e sendo os objetos da presente autuação ocorrido em novembro e dezembro de 2012, não há razão para nulidade pretendida pela recorrente, de

<sup>3</sup> CTN

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.



forma que considero legítimo o lançamento de ofício ora em discussão.

É de bom alvitre esclarecer que a medida liminar concedida em 8/8/2012 em favor da empresa autuada, mencionada pela recorrente, foi para não compelir o contribuinte ao recolhimento do estorno do crédito inerente ao Álcool Anidro, nas saídas interestaduais da gasolina C, não lhe sendo vedado o lançamento do crédito tributário, com a suspensão dos atos executórios até a decisão definitiva do *mandamus*, nos termos do art. 151 do CTN, visando prevenir a decadência tributária.” **(destaque nosso)**

Como se observa, a matéria foi tratada no Acórdão embargado em preliminar, onde a recorrente solicitava a nulidade da autuação, de modo que não procede a alegação de omissão, como motivação dos presentes embargos de declaração.

Assim, diante da ausência da omissão alegada, e não sendo identificados quaisquer defeitos, previstos no art. 86 da Portaria nº 080/2021/SEFAZ, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de trazer consequências ao Acórdão nº 681/2021, não há como dar provimento aos aclaratórios.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovimento*, a fim de manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 681/2021, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00002451/2016-94, lavrado em 29/11/2016 (fl. 3), contra a empresa TOTAL DISTRIBUIDORA S/A., CCICMS nº 16.174.192-4, nos autos qualificada.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de março de 2022.

PETRONIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator