



PROCESSO Nº 1917962019-1

ACÓRDÃO Nº 529/2023

TRIBUNAL PLENO

Embargante: TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A.

Embargada: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1
DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: CONS^o. JOSE VALDEMIR DA SILVA.

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO NÃO
EVIDENCIADA - PRETENSÃO DE REDISCUTIR
MATÉRIA JÁ DECIDIDA - IMPOSSIBILIDADE -
MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO
DESPROVIDO.**

- É cabível o recurso de embargos de declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela recorrente foram insuficientes para demonstrar a existência de quaisquer vícios no acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais capazes de correção via declaratórios.

- Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão de mérito.

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 do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovemento, para manter, em sua integralidade, a decisão promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do **Acórdão nº 031/2023**, que julgou procedente o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004302/2019-02**, lavrado em 26 de dezembro de 2019, contra a empresa **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A.**, inscrita no CCIMS/PB sob o nº.16.174.192-4, já qualificada nos autos.

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

P.R.I.



Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência,
em 31 de outubro de 2023.

JOSÉ VALDEMIR DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA,
SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA
CAVALCANTI SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE, HEITOR COLLETT E LARISSA
MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº1917962019-1

TRIBUNAL PLENO

Embargante: TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS S.A.

Embargada: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1
DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA
RECEITA DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOACIR URBANO PEREIRA

Relator: CONS^o. JOSE VALDEMIR DA SILVA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA - PRETENSÃO DE REDISCUTIR MATÉRIA JÁ DECIDIDA - IMPOSSIBILIDADE - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

- É cabível o recurso de embargos de declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela recorrente foram insuficientes para demonstrar a existência de quaisquer vícios no acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais capazes de correção via declaratórios.

- Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão de mérito.

RELATÓRIO

Em exame neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de Embargos de Declaração interposto pela empresa **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTIVEIS S.A.**, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.174.192-4, contra a decisão proferida no **Acórdão nº 031/2023**, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00004302/2019-02**, lavrado em 26.12.2019, no qual consta a seguinte acusação:

0285–FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS >> Falta de recolhimento do ICMS estadual.

Nota Explicativa: FOI DETECTADA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS REFERENTE AO ESTORNO DO AEAC E BIODIESEL RELATIVO A COMERCIALIZAÇÃO DA GASOLINA “C” E DIODIESEL NO PERÍODO 2015. ACRESCENTA-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRIGIDOS, OS SEGUINTE ARTIGO 21, §10 e §11 DO DECRETO 29.537/2008.



Depois de regularmente cientificada da ação fiscal, a Autuada, por seus advogados, devidamente constituídos, apresentou Impugnação tempestiva, contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração em tela (fls.3-4)

Na instancia prima, julgador fiscal Tarcísio Correia Lima Vilar, após minuciosa análise do caderno processual, exarou sentença pela procedência do Auto de Infração, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

FALTA DE RECOLHIMENTO D ICMS. FALTA DE ESTORNO DO AEAC E BIODIESEL NO PERÍODO DE 2015.

- Diante da modulação dos efeitos contidas na ADI 4171 fica mantida a cobrança dos valores referentes à falta de recolhimento do imposto referente ao estorno AEAC e biodiesel, relativo à comercialização da gasolina “C” e do biodiesel no período de 2015.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Após haver sido cientificada da decisão proferida pela primeira instancia, em 28/01/2021, via DT-e, a Autuada, por seus advogados legalmente constituídos, interpôs Recurso Voluntário tempestivo em 25/02/2021 ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, (fls.150 a 167).

Apreciado o recurso voluntário na 135ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno realizada no dia 24 de janeiro de 2023, os conselheiros, à unanimidade, desproveram o recurso voluntário, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004302/2019-02, lavrado em 26.12.2019, desfavor da empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 031/2023, cuja ementa fora redigida nos seguintes termos:

NULIDADE DA INTIMAÇÃO - PRELIMINAR REJEITADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - FALTA DE ESTORNO DO AEAC E BIODIESEL NO PERÍODO DE 2015 - ADIN nº 4171/DF - INCONSTITUCIONALIDADE - MODULAÇÃO DOS EFEITOS - NÃO AFASTADA A POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA NO PERÍODO AUTUADO - MANTIDA A EXIGÊNCIA FISCAL- AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Da análise dos autos não resta dúvida que foi assegurado a autuada, de forma plena, o exercício do seu direito de defesa, face ao princípio jurídico do contraditório, consequência lógica do



devido processo legal, razão pela qual, deixo de acolher a preliminar sub examine.

- A declaração de inconstitucionalidade, pelo STF, dos dispositivos legais que fundamentaram o lançamento, teve sua eficácia prorrogada para 06 (seis) meses, a partir da publicação do respectivo acórdão. nos períodos autuados, os dispositivos legais declarados inconstitucionais, estavam em pleno vigor.

Em 19 de maio de 2023, a empresa TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A, opôs recurso de embargos de declaração, por meio do qual pontua que:

- A decisão embargada restou OMISSA, pois não se manifestou expressamente acerca do argumento de impossibilidade de lavratura do presente Auto de Infração, uma vez que a ORDEM DE SERVIÇO que deu origem ao AI foi emitida apenas em 27/12/2019, ou seja, após o julgamento da ADI 4.171;
- que o intuito do Auto de Infração é se aproveitar dos efeitos modulatórios da decisão de inconstitucionalidade da ADI 4.171, mesmo se tratando de um tributo declarado inconstitucional. E certo que não seria juridicamente possível que uma nova relação jurídica seja constituída por um lançamento realizado em momento posterior à Declaração de Inconstitucionalidade;
- destaque-se que a Ordem de Serviço de nº 933000008.12.000005300/2019-90, que se deu origem a presente autuação, apenas foi emitida em 27/12/2019 e, como visto, desde 21/08/2015 foi proferida decisão na ADI Nº 4171, com a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade em comento.
- Portanto, conclui-se que o respeitável acórdão prolatado restou omisso. Nesse sentido, a Recorrente pede vênias para que seja devidamente sanado.
- Ao final requer o PROVIMENTO ao presente recurso, sanando a OMISSÃO presente no respeitável acórdão, julgando totalmente Improcedente o Auto de Infração em tela.

Na sequência aos tramites processuais foram os autos devolvidos a este relator, pelo critério regimental, para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.

Este é o Relatório.

VOTO

Em análise nesta corte o recurso de embargos declaratórios oposto pela empresa **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A**, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 031/2023.



De início, cumpre-nos destacar que o presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, verbis:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de omissão, contradição e obscuridade. Vejamos:

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.

O Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, em seu artigo 87, estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso:

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

Considerando que a ciência do acórdão ocorreu em 15.05.2023(segunda feira), a contagem do prazo para apresentação dos embargos se iniciou em 16 de maio de 2023, e o contribuinte teria até o dia 22/05/2023(segunda feira), os embargos foram protocolados em 19/05/2023, revelando sua tempestividade, em conformidade com o que dispõe o artigo 19 da Lei nº 10.094/13:

Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal, na repartição fiscal em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.

Portanto, resta evidenciado que o presente recurso de embargos de declaração revela-se tempestivo, uma vez que fora protocolado dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias.

Irresignada com a decisão embargada, proferida por unanimidade por esta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de reformá-la, utilizando argumentos de que teria ocorrido omissão pelos motivos acima relatados.

É cediço que 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.

Analisando os fundamentos aduzidos pela embargante, em seu recurso alega: **“em virtude da “Ordem de Serviço ter sido emitida em 27/12/2019” e, como**



visto, desde 21/08/2015 foi proferida decisão na ADI nº 4.171”, que a decisão embargada incorreu em evidente *omissão*, posto que o pronunciamento não se dedicou, de forma suficiente. Ora, a decisão embargada enfrentou a matéria em questão, logo, não houve omissão, visto que o Relator do Acórdão combatido fundamentou no sentido de não acatamento do pedido. Veja-se:

“Contudo, convém ressaltar que o STF julgou PROCEDENTE a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4171, impetrada pela Confederação Nacional do Comércio, para declarar a inconstitucionalidade dos §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110 de 28 de setembro de 2007. No entanto, modulou seus efeitos com eficácia diferida para 6 (seis) meses após a publicação do acórdão, que se deu, em 21/8/2015, no DJE nº 164. Assim sendo, não está afastada a possibilidade de exigência no período da impetração da ADI período compreendido entre janeiro de 2015 até 21 de fevereiro de 2016 tendo em vista a modulação dos efeitos da constitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo STF.”

Como se vê, a decisão da Suprema Corte teve sua eficácia diferida por 06 (seis) meses, após a publicação do respectivo Acórdão.

Tendo em vista que a decisão foi publicada em 21/08/2015, em verdade o período autuado, os dispositivos legais que fundamentaram o presente lançamento estavam em pleno vigor.

Assim sendo, indubitável que, para o caso em tela, os fatos geradores ocorridos até 20/02/2016 são perfeitamente passíveis de autuação, e sendo o objeto da presente exação fiscal relativamente a fatos geradores ocorridos no período de janeiro a dezembro de 2015. Portanto, não assiste razão para considerar ilegítimo o lançamento de ofício ora em discussão.

No tocante à Ordem de Serviço, vale destacar que a emissão de ordem de serviço para a fiscalização é um ato administrativo de competência exclusiva da autoridade fazendária que constitui instrumento *interna corporis* que prevê mecanismo de gestão da Gerência Executiva de Fiscalização de Tributos Estaduais voltado à verificação dos trabalhos dos servidores fiscais.

A Ordem de Serviço emitida em 27/12/2019, pela Gerência Executiva de Fiscalização de Tributos Estaduais, para auditar a Escrita Fiscal/Contábil do período de janeiro 2015 a dezembro de 2016, não viola os direitos do contribuinte, visto que o período fiscalizado não havia sido atingido pela decadência, prevista no art. 173, I, do CTN, nem a decisão proferida pelo Corte Suprema na ADI nº 4.171 estipulou óbice à fiscalização.

Ao contrário, a decisão do STF na ADI nº 4.171, como já dito previamente, teve seus efeitos modulados de forma que passou a produzir seus efeitos a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, que ocorreu em 21/08/2015, consoante registrado na ementa da mencionada decisão abaixo reproduzida:

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 direta 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 (B100), realizadas entre as usinas e destilarias, de um lado, e as distribuidoras de combustíveis, de outro (§ 5º da Cláusula Vigésima Primeira).

IV – Os §§ 10 e 11 da Cláusula Vigésima Primeira do Convênio ICMS 110/2007, preveem o estorno do crédito, condizente com a saída de mercadoria sem incidência do ICMS, na forma de recolhimento do valor correspondente ao ICMS 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 escritural – 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.

(grifos nossos)

Por conseguinte, em harmonia com a decisão do STF na ADI nº 4.171/DF, é possível autuar o exercício de 2015, como ocorreu nestes autos.

No presente caso, faz-se necessário enfatizarmos que todos os argumentos de mérito trazidos à baila pela autuada foram devidamente enfrentados no acórdão embargado, inexistindo omissão.

Esta é a jurisprudência pacífica deste colegiado. A título exemplificativo, transcrevemos a ementa do Acórdão nº 0124/2022, de relatoria do eminente Relator: CONS.º Petrônio Rodrigues Lima:

Acórdão nº 0124/2022

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

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

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF 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

A mera discordância com o teor da decisão recorrida não é motivo suficiente para que seja dado provimento aos embargos de declaração. Para tanto, faz-se necessária a comprovação de ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada, fato que não ocorreu.

Diante do exposto, o que se observa é o estrito cumprimento da legalidade e coerência na decisão administrativa relativa ao caso em comento, não havendo fundamentos para acolhimento das razões recursais apresentadas, motivo pelo qual resta inalterada a decisão proferida no Acórdão nº 031/2023.



Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do **Acórdão nº 031/2023**, que julgou procedente o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00004302/2019-02**, lavrado em 26 de dezembro de 2019, contra a empresa **TDC DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS S.A.**, inscrita no CCIMS/PB sob o nº.16.174.192-4, já qualificada nos autos.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma de regência.

Tribunal Pleno, sessão realizada por vídeo conferencia em 31 de outubro de 2023.

José Valdemir da Silva
Conselheiro Relator