

**SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES ***

Parecer de Maria Cecília Couri

CONSELHO PLENO

Recorrente: Castrol do Brasil
Recorrida : Colenda Primeira Câmara - Acórdão nº 3.062

Revogação de norma que havia sido suspensa pelo STF. Perda do objeto da ação direta de inconstitucionalidade. Consequências.

PELA FAZENDA

A) DO OBJETIVO DA AUTUAÇÃO

Castrol Brasil Ltda. foi autuada por deixar de promover a anulação de crédito de ICMS referente a entrada de qualquer insumo, cuja saída da mesma espécie ou industrializada, destine a outros estados ou distrito federal petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, no período de outubro/92, com fundamento no art. 36, I, da Lei nº 1.432/92 c/c Resolução SEEF nº 2.197/92 e Resolução nº 2.218/92, na qual foi exigido o ICMS e a multa, conforme quadro demonstrativo de fls. 02.

B) DO DIREITO POSITIVO

A Constituição Federal determina no art. 155, § 2º, inciso X, alínea b, que o ICMS não incide sobre operação que destine a outros Estados - petróleo, inclusi-

* A decisão foi favorável à Fazenda, havendo o Conselho de Contribuintes acolhido, por maioria, o parecer da Representação da Fazenda. Até meados de junho de 1999 o acórdão ainda não havia sido publicado.

ve lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos derivados, ressaltando no inciso II que essa não incidência:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes:

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

A fim de regular o ICMS, enquanto não fosse editada lei complementar necessária à instituição do ICMS e em obediência ao disposto no art. 34, § 8º, - dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, os Estados e o Distrito Federal editaram o Convênio ICMS nº 66/88:

Tal Convênio, em seu art. 33, dispõe o seguinte (em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, X, b, da CF):

“Art. 33 - Não se exigirá a anulação do crédito relativo às entradas que corresponderem às operações de que trata o inciso II do art. 3º ”.

Por seu turno, as operações de que trata o inciso II do art. 3º são precisamente aquelas que destinam petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica, a outros Estados.

C) DA LIMINAR QUE FUNDAMENTOU A AUTUAÇÃO

Em 10 de outubro de 1992, data da publicação no DOU, o Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 155, § 2º, X, b, da CF, obteve medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 715-7, que determinou a suspensão dos efeitos do art. 33 do Convênio nº 66/88 até decisão final do mérito.

No entendimento da Fazenda Estadual, a partir da publicação da liminar deferida, os contribuintes ficaram obrigados a promover a anulação do crédito relativo à entrada de mercadorias, cuja saída se destinasse a outra unidade da federação, comportamento este não adotado pela autuada, o que resultou no auto de infração *sub judice*.

D) DA PERDA DO OBJETO DA ADIN

Em 03.02.97, o STF julgou prejudicada a ADIN nº 715-7 por perda de objeto, em função da legislação superveniente (Lei Complementar nº 87/96), que derogou a norma inquinada de inconstitucionalidade.

Cumpra a esse respeito a transcrição da ementa referida:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº
715-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA
 REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO
 DE JANEIRO
 ADVOGADO: RICARDO AZIZ CRETTON
 REQUERIDO: CONFAZ - CONSELHO DE POLÍTICA
 FAZENDÁRIA.
 EMENTA: AÇÃO DIRETA INCONSTITUCIONALIDADE
 DE ATO NORMATIVO
 PROVISÓRIO: CONVÊNIO ICMS 66/88:
 DERROGAÇÃO SUPERVENIENTE DA
 LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96.

1. Disposição do Convênio CONFAZ ICM Nº 66/88, que ‘fixa normas para regular provisoriamente o ICMS e dá outras providências’, cujo ato normativo veio a ser derogado pela Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, que ‘Dispõe sobre o imposto do Estado e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências’.
2. Se a norma inquinada de inconstitucionalidade em sede do controle abstrato deixa de integrar o ordenamento jurídico, torna-se insubsistente o interesse de agir, o que implica prejudicialidade, por perda do objeto.

3. Pedido julgado prejudicado”.

Em outras palavras, a decisão do STF extinguiu o processo sem julgamento do mérito.

E) DO PARECER DE HUMBERTO THEODORO JR.

A autuação foi mantida pela C. Primeira Câmara, tendo o contribuinte ao interpor recurso perante o E. Conselho Pleno, sustentado, com base em parecer exarado pelo professor Humberto Theodoro Júnior que: “A decisão do STF que extingue o processo sem julgamento do mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade tem efeito *ex tunc* em relação à liminar. Em outras palavras, a perda de eficácia da liminar por extinção ulterior do processo sem julgamento do mérito opera com efeito retroativo”

O referido parecerista fundamentou essa conclusão na equiparação dos efeitos da decisão da ADIN aos efeitos da decisão denegatória do mandado de segurança consubstanciado na Sumula nº 405 do STF, cujo teor é o seguinte:

SÚMULA Nº 405

“Denegado o mandado de segurança, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.”

Este é o cerne da questão.

Parece à Representação da Fazenda que a tese esposada no parecer peca por partir de falsa premissa. Não há que se comparar efeitos entre ações absolutamente distintas.

Sobremaneira porque não cabe mandado de segurança contra lei em tese, ao contrário do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, a extinção do processo sem julgamento de mérito na ADIN não tem nenhuma relação de causa e efeito com a decisão denegatória do mandado

de segurança. Por outro lado, a natureza da liminar do WRIT é distinta daquela proferida na ADIN.

Aos olhos da Representação da Fazenda, a questão deveria ser posta nos mesmos termos como foi defendida, em caso análogo, pelo Min. Celso de Mello ao tratar de tutela cautelar, conforme se reproduz:

“Medida Cautelar, Efeito Suspensivo, recurso extraordinário, excepcionalidade, decisão superveniente, processo principal, encerramento cautelar, eficácia, extinção.

Há entre o processo cautelar e as demais categorias procedimentais, inequívoca relação de acessoriedade. A tutela cautelar não existe em função de si própria. A acessoriedade e a instrumentalidade constituem notas caracterizadoras do processo e da tutela cautelares.

A existência dessa situação de conexão por acessoriedade - uma vez encerrada a causa principal - impõe a extinção da eficácia da medida cautelar (CPC, art. 808, III), pois a hegemonia do processo principal torna essencialmente dependente, de seu desfecho, a subsistência, ou não do provimento cautelar anteriormente concedido” (o grifo é nosso).

Nessa linha de raciocínio, foi exarado parecer pelo ilustre Procurador do Estado, Dr. Luís Roberto Barroso, a pedido da Representação da Fazenda, cuja íntegra encontra-se a fls. 126-133 do presente administrativo, merecendo ser transcritas, em síntese, as conclusões, a seguir:

“O Poder Executivo, por seus órgãos competentes, pode determinar a não aplicação de norma fundamentada considerada inconstitucional.

A concessão de medida liminar, pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade, suspendendo a aplicação de determinada norma, derruba sua presunção de validade e sinaliza que o bom direito está, ao revés, no reconhecimento da inconstitucionalidade.

A extinção da ação direta de inconstitucionalidade, por força da revogação do ato normativo questionado, não afeta o juízo de inconstitucionalidade que sobre ele se formou no período de sua vigência.

Vale dizer: nada obstante a insubsistência da medida cautelar, a única posição de mérito manifestada pelo STF foi no sentido da invalidade da norma no período em que vigorou. É, portanto, legítimo que a Administração Pública conserve tal posição, que somente deverá ceder diante de pronunciamento de mérito em sentido diverso.

Em síntese, andou bem a Administração estadual fluminense em negar aplicação ao art. 33 do Convênio 66/88, não assistindo razão à Castrol Brasil Ltda., nem lhe aproveitando o parecer do Professor Humberto Theodoro Júnior.

É como me parece.”

CONCLUSÃO

Neste sentido, entende a Representação da Fazenda que a liminar suspendeu a vigência e eficácia da norma com efeitos *ex nunc*. A despeito de o STF não haver apreciado o mérito da ação, a extinção do processo sem julgamento do mérito teve o condão de cassar os efeitos da liminar a partir de então.

Sendo assim, a liminar produziu efeitos desde sua concessão até a extinção do processo. É praxe, inclusive no STF, determinar que os efeitos da liminar perderam até a decisão final da ADIN.

O controle abstrato de constitucionalidade implica a declaração pela Suprema Corte na constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma ou ato administrativo de caráter normativo, norma ou ato estes cuja vigência e eficácia ficam suspensos, se a declaração decorre da medida liminar, e que são, ao final, afastados do universo jurídico quando da decisão definitiva pelo Pretório Excelso, se reconhece a inconstitucionalidade.

Por outro lado, no caso de ser extinto o processo por perda de objeto, a liminar concedida tem seus efeitos íntegros até a decisão extintiva do STF.

A prevalecer o entendimento esposado no parecer ora impugnando, estariam automaticamente convalidados os créditos glosados pelo Fisco, o que acarretaria substancial e irreparável perda de receita tributária.

Pelo exposto, opina a Representação da Fazenda seja negado provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 1998

Maria Cecília Couri
Procuradora do Estado
Representante-Geral da Fazenda