

A. I. N° - 269616.0033/22-9
AUTUADO - AMERICANAS S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR, WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e
JOÃO KOJI SUNAMO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/05/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0084-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTADOR LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. OPERAÇÕES DESTINADAS A CONSUMIDOR FINAL. NÃO CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. Tema de Repercussão Geral 1.093. Existência de ação judicial (Mandado de Segurança 0574451-91.2018.05.0001, impetrado em 12/12/2018) anterior à conclusão do RE 1.287.019/DF (24/02/2021), impede a subsistência da infração. Infração insubsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2022, exige o valor de R\$ 5.607.732,79, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 002.001.030: O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. **Período:** fevereiro a maio e julho de 2018, janeiro de 2019, janeiro a dezembro 2021. **Enquadramento legal:** Inciso IV do art. 2º; Inciso II, do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei nº 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS 93/15. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Os advogados do autuado apresentam a Impugnação de fls. 152/185. Após exporem a tempestividade da defesa, relataram os fatos da autuação e reproduziram a infração, em preliminar, arguem a nulidade do Auto de Infração.

III DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Alegam que o lançamento fiscal deve ser cancelado, na medida em que:

- Fixando tese de repercussão geral, o STF decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL instituído pela Emenda Constitucional nº 87/15 (EC 87/2015) até a edição de lei complementar federal regulamentando a cobrança;
- Possuindo decisão liminar no Mandado de Segurança nº 0574451-91.2018.8.05.0001, impetrado pela Impugnante, suspendendo a exigibilidade do ICMS DIFAL nas operações com consumidores finais não contribuintes localizados no estado da Bahia, as ações em curso foram expressamente excluídas da modulação dos efeitos da decisão do STF;
- A despeito de julgamentos pela insubsistência de semelhantes autuações (Acórdão CJF N° 0263-11-22), a fiscalização presumiu a irregularidade nas operações da Impugnante e sequer a intimou previamente durante o processo fiscalizatório para apresentar justificativas e documentos que comprovem a regularidade nas suas atividades.

IV. DIREITO

Argumentam:

IV.1 DA INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO IMPUTADA

Falam que ao analisarem a planilha que compõe o auto de infração, na qual há o detalhamento do levantamento das notas fiscais, bem como suas conclusões a respeito do suposto não recolhimento do ICMS-DIFAL no período autuado, identificaram equívocos na análise da fiscalização.

Isto porque houve recolhimento do ICMS DIFAL em grande parte das operações listadas pela fiscalização, e para as demais situações não houve recolhimento em virtude da ocorrência de hipóteses previstas na CRFB/88 e na legislação estadual que afastam a cobrança do imposto, quais sejam:

- i. operações de item com redução de informática;
- ii. operações de remessa presenteada;
- iii. operações com CD/DVD que possuem imunidade tributária;
- iv. operações com livros que possuem imunidade tributária;
- v. operações com contribuintes do ICMS;
- vi. operações internas no estado de SP;
- vii. operações com base de cálculo reduzida pela legislação estadual;

Considerando que a autuação fiscal possui como objeto quase 59 mil notas fiscais, afirmam que demonstrarão, por amostragem, a ocorrência das situações descritas para comprovar que o lançamento fiscal se funda em premissas equivocadas.

DO CORRETO RECOLHIMENTO DO ICMS-DIFAL: NOTAS FISCAIS DE REMESSA PRESENTEADA COM E SEM ICMS

Afirmam que na planilha suporte do AI constam mais de 300 notas fiscais que acobertam saídas de mercadorias a consumidores não contribuintes do ICMS localizados na Bahia, para as quais a Impugnante efetivamente recolheu o ICMS- DIFAL devido. E que as notas fiscais foram emitidas nas operações denominadas de “remessa presenteada”. Nesses casos, o adquirente da mercadoria destina a sua entrega a um terceiro e, portanto, a Impugnante emite duas notas fiscais para acobertar uma única operação.

Salientam que a nota fiscal emitida para o adquirente da mercadoria é considerada uma simples fatura, e por isso não possui o destaque do ICMS. Contudo, a nota fiscal que acompanha a remessa da mercadoria ao destinatário possui os destaques do ICMS, inclusive do ICMS-DIFAL. E para as operações ocorridas no período autuado, destaca-se, a título de amostragem, as notas fiscais 42831 e 692290 (Docs. 07 e 08), destinadas, respectivamente, a ALEXANDRA CL. MUNIZ COUTINHO/
Mercadoria: SMARTPHONE GALAXY J1 MINI - DOURADO/ **Data de emissão:** 05/02/2018) e 42828 – com destaque e 692290, com destaque de ICMS, para PETRONIO TANAJURA MACHADO/
Mercadoria: IPHONE 8 PLUS GOLD 64GB/ **Data de emissão:** 10/04/2018) e 692296- sem destaque.

Sustentam que não restam dúvidas de que as notas fiscais de remessa acima colacionadas se referem às operações elencadas pela fiscalização e que a Impugnante realizou o devido destaque e recolhimento do ICMS- DIFAL, de modo a demonstrar que a fiscalização deixou de analisar o documento contábil correto e que sequer intimou a Impugnante durante a ação fiscal para esclarecer sobre suas operações, o que teria evitado a lavratura do lançamento fiscal impugnado.

Assim, afirmam restar comprovado que parte considerável do Auto de Infração não merece subsistir, devido ao recolhimento do ICMS-DIFAL sobre as chamadas “remessas presenteadas”.

PRODUTOS USADOS: REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Asseveram que nos termos do Convênio ICMS 15/81, fica reduzida em 80% a base de cálculo do

imposto nas saídas de máquinas, aparelhos e veículos usados, conforme o Decreto nº 12.780/12 (Regulamento do ICMS – RICMS/BA, art. 268, I, reproduzido).

Afirmam que nos termos do previsto no convênio ICMS e no RICMS/BA, a Impugnante aplicou nas suas operações com produtos usados a base de cálculo reduzida, conforme se conclui da análise das Notas Fiscais nºs 641552, 3784472 e 181781 (Doc. 09), elencadas na planilha anexada ao auto de infração, mas a fiscalização desconsiderou a previsão da própria legislação estadual e calculou o ICMS-DIFAL devido sem a aplicação da base de cálculo reduzida do ICMS, encontrando suposto saldo devido pela Impugnante. Afirmam que não há qualquer valor a ser pago referente às vendas de produtos usados aos consumidores não contribuintes do ICMS localizados na Bahia.

REMESSA DE MERCADORIA PARA PESSOAS JURÍDICAS CONTRIBUINTES DO ICMS

Consignam que ao analisar a planilha anexada ao auto de infração, a Impugnante conclui que 100 notas fiscais foram incluídas equivocadamente no levantamento fiscal. Isto porque as referidas notas fiscais foram emitidas para remessa de mercadoria à pessoa jurídica contribuinte do ICMS e, portanto, sobre essas operações naturalmente não havia incidência do ICMS-DIFAL para operações com consumidores finais não contribuintes do imposto.

Para que não parem dúvidas sobre o alegado, colacionaram, a título de amostragem, as Notas Fiscais nº 712793, 3913013 e 68677 (Doc. 10), de modo que a acusação de falta de recolhimento de ICMS-DIFAL instituído pela EC 87/2015 nessas operações não merece prosperar, tendo em vista a remessa de produtos para pessoas jurídicas contribuintes do ICMS.

AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DE PENDÊNCIA DE ICMS

Afirmam que para mais de 30 mil notas fiscais elencadas na planilha anexada à autuação a Impugnante não identificou pendência de recolhimento do imposto devido. Assinalam que anexaram à defesa as planilhas (Doc. 11) com as memórias de cálculos e comprovantes de recolhimento do ICMS-DIFAL devido no período, o que demonstra, mais uma vez, os equívocos incorridos pela fiscalização.

CORREÇÃO DO RECOLHIMENTO NA APURAÇÃO DO PERÍODO

Afirmam que para 21 notas fiscais que acobertaram operações ocorridas em abril de 2018, a Impugnante identificou que havia aplicado indevidamente a redução da base de cálculo prevista do RICMS/BA para itens de informática, mas que ao identificar esse equívoco, imediatamente ajustou a sua operação e recolheu integralmente o imposto devido, conforme se extrai da documentação apresentada na presente defesa (Doc. 12), de modo que cumpriu sua obrigação tributária corretamente, conforme comprovantes de pagamento do ICMS-DIFAL.

OPERAÇÕES COM FONOGRAMAS E VIDEOGRAMAS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Além da cobrança sobre operações sobre as quais já houve recolhimento do imposto, diz que a fiscalização relacionou diversas notas fiscais cujo objeto são mercadorias que não estão sujeitas à tributação, na medida em que alcançadas pela imunidade tributária. No caso, operações da chamada “imunidade tributária musical”, instituída pela EC 75/2013 que acrescentou às hipóteses do artigo 150, VI, “e” da CRFB/88, norma impedindo a cobrança de impostos sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil. Além disso, estão inclusos os suportes ou arquivos que os contenham, quais sejam, os DVDs, CDs, e *Blu-Rays*, além dos arquivos digitais, como as músicas baixadas pela internet ou por meio de aplicativos de *streaming*, ficando a obra intelectual do artista musical, em sua totalidade, imune a impostos.

Também tratam sobre a “imunidade de imprensa” ou “imunidade cultural” (artigo 150, VI, “d” da CRFB/88) que inclui livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, matéria-prima mais recorrente na época da promulgação da Constituição Federal, mas, conforme a Súmula vinculante 57/2020 do STF, também se aplica a livros digitais e seus componentes importados.

Sustentam que, segundo o levantamento feito pela Impugnante, foram elencadas na autuação

fiscal cerca de 370 notas fiscais emitidas quando da remessa de CDs e DVDs para consumidores finais e cerca de 16.000 notas fiscais emitidas quando da remessa de livros para consumidores finais.

Para ilustrar o equívoco do Autuante que busca o recolhimento do ICMS-DIFAL em operações imunes com CDs e DVDs, plotam DANFes das Notas Fiscais nº 827182, 3831808, 155495, 822, 3794196 e 614836 (Docs. 13 e 14).

OPERAÇÃO COM ITENS DE INFORMÁTICA: REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS

Reproduzindo o art. 266, XIII, do RICMS-BA, dizem que a fiscalização deixou de considerar a previsão legal quanto à redução da base de cálculo do ICMS em operações com itens de informática, como tablets e notebooks, por exemplo, conforme se conclui da análise das Notas Fiscais nºs 681491 e 3784345 (Doc. 15), elencadas na planilha anexada ao auto de infração.

Assim, considerando que a Impugnante corretamente aplicou a legislação às suas operações não há qualquer valor a ser pago referente às vendas de itens de informática aos consumidores não contribuintes do ICMS localizados na Bahia.

COBRANÇA INDEVIDA PELA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA OPERAÇÃO

Por fim, identificam 2 notas fiscais em que é exigido o ICMS-DIFAL pelo Estado da Bahia indevidamente, tendo em vista se tratar de operação de envio de mercadoria no próprio Estado de São Paulo e para o Estado de Minas Gerais (notas fiscais nºs 1050995 e 1054681 (Doc. 16).

Sustentam que resta claro que para as operações identificadas é indevida a cobrança do ICMS-DIFAL pelo Estado da Bahia.

IV.2 DO CARÁTER CONFISCATÓRIO E ABUSIVO DA MULTA APLICADA

Reproduzindo o art. 150, IV, da CF, bem como ementas de decisões do STF, sustentam que a penalidade imposta – 60% sobre o valor das operações – demonstra-se irrazoável e desproporcional, além de possuir caráter confiscatório, o que impõe a redução do seu montante para patamar aceitável, sem que haja vinculação entre o valor da multa e o valor das operações realizadas pela Impugnante.

VERDADE MATERIAL E A NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA IMPUGNANTE EM DILIGÊNCIA FISCAL

Além do já apresentado, destacam a necessidade de respeito ao princípio da verdade material, corolário dos princípios da legalidade e da igualdade, que devem permear o trâmite do processo administrativo tributário.

Reproduzindo o artigo 5º, inciso LV da CRFB/88, bem como doutrina de Hely Lopes Meirelles, pede análise da documentação disponível, em busca da exatidão dos fatos ocorridos, pois todos os fatos e provas, ainda que não tragam benefícios à Fazenda Pública, devem compor o convencimento das autoridades administrativas.

Concluindo, pedem:

- a) Acolhimento da preliminar suscitada, reconhecendo-se a nulidade total do auto de infração, tendo em vista (I) a declaração de inconstitucionalidade da cobrança reconhecida pelo STF em sede de repercussão geral; (II) a existência de medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0574451-91.2018.8.05.0001 suspendendo a exigibilidade da cobrança do ICMS-DIFAL supostamente devido pela Impugnante em operações com consumidores finais não contribuintes localizados no estado da Bahia; e (III) os equívocos na condução do processo fiscalizatório e na apuração dos fatos que levaram à lavratura do auto de infração.
- b) Acolhimento das razões de direito expostas, que demonstram a total insubsistência do auto de infração, sendo certo que a fiscalização não considerou diversos fatos relevantes durante o processo fiscalizatório que justificam as eventuais diferenças apuradas no recolhimento do ICMS-DIFAL no período autuado.

c) Subsidiariamente:

c.1) O cancelamento e redução da multa imposta, diante de seu caráter confiscatório;

c.2) A conversão do julgamento em diligência, visando identificar as operações ocorridas e as inconsistências do levantamento realizado pela fiscalização.

d) Sucessivamente, na hipótese de manutenção da cobrança, a redução da multa aplicada;

e) Que todas as intimações sejam encaminhadas ao endereço da Impugnante, descrito no início da presente Impugnação e que as intimações sejam publicadas, exclusivamente, em nome dos advogados ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO, inscrita na OAB/RJ sob o nº 108.708, e RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO, inscrito na OAB/RJ sob o nº 155.017, com escritório na Praia do Flamengo, nº 200, 11º andar, Bairro do Flamengo – Rio de Janeiro/RJ.

Por sua vez, na Informação Fiscal prestada às, fls. 374-375, um dos Autuantes, após resumir a peça impugnativa, diz que inobstante as alegações defensivas, o Autuado efetivamente destacou e cobrou do destinatário a parcela do ICMS devido ao estado de destino. Isto encontra-se evidenciado em suas notas fiscais de venda, e registrado nas GIAS-ST do período. A título de ilustração, anexa os demonstrativos do primeiro e do último mês de período levantado (fev/18 e dez/21),

Fala que a empresa autuada destacou e cobrou o ICMS devido ao Estado de destino, tendo inclusive efetuado o recolhimento – ainda que parcial – entre os meses de fev-18 e jan/21.

Assim, ainda que tenha obtido mandado de segurança para não efetuar o pagamento do ICMS em vendas a consumidores finais, ao incluir tal valor na operação, e efetivamente recebe-lo, afirma que a remetente tem a obrigação de efetuar o recolhimento correspondente ao Estado da Bahia, sob pena de caracterizar apropriação indébita do tributo, sujeitando-se, assim, às respectivas cominações legais, de modo que não há justificativa para que a remetente se aproprie do valor destacado e cobrado do adquirente a título de ICMS. Entende que o argumento apresentado só faria sentido se a impugnante não houvesse efetuado a cobrança, pois, ao fazê-la, está obrigada a recolher o respectivo tributo à Fazenda Pública, conclui.

Propugna pela manutenção da autuação.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 002.001.030 (O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados às fls. 11 e 12, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 04-08), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, com fundamento no art. 147, I, DO RPAF, indefiro o pedido de diligência.

Com fundamento no art. 155, Parágrafo único, do RPAF, deixo de apreciar, preliminarmente, as razões de nulidade suscitadas tendo em vista a repercussão quanto ao mérito do caso, a ser oportunamente apreciado.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Tendo por suporte probatório os demonstrativos e documentos autuados (Demonstrativo sintético de fl. 06 e analítico em formato excel contido no CD de fl. 08), cuja planilha analítica identifica: nota fiscal, data, UF origem, operação, chave de acesso, CNPJ, destinatário, IE, cidade, UF destino, Base de Cálculo ICMS, Base Cálculo ST, ICMS ST, Vlr produtos, frete, seguro, desconto, PIS, CONFINS, Outros encargos, Vlr total, Item, Código, Descrição, NCM, CEST, CFOP, UN, qtd, valor produto, pRedBC, vBC, pICMS, vICMS, CNPJ Emit, IE Emit, pICMSUFD, pICMSInt, pICMSInterpart, vFCPUEDest, vICMSUFDest, vICMSUFRem, vFCP, pFCP, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre de depuração dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

O sujeito passivo impugnou o Auto de Infração arguindo: **a)** preliminar de nulidade para seu cancelamento pelas seguintes razões: **a.1)** declaração de inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-DIFAL instituído pela Emenda Constitucional nº 87/15 (EC 87/2015) até a edição de lei complementar federal regulamentando a cobrança, excluindo dos efeitos da modulação estabelecida, as ações judiciais em curso anteriores à citada inconstitucionalidade declarada; **a.2)** existência de decisão liminar no Mandado de Segurança nº 0574451-91.2018.8.05.0001, impetrado pela Impugnante, suspendendo a exigibilidade do DIFAL nas operações com consumidores finais não contribuintes localizados no estado da Bahia; **a.3)** a despeito de julgamentos pela insubsistência de semelhantes autuações (Acórdão CJF Nº 0263-11-22), a fiscalização presumiu a irregularidade nas operações da Impugnante; **b)** detalhadas razões de fatos e Direito que implicam na inocorrência da infração imputada porque recolheu ICMS-DIFAL em grande parte das operações listadas pela fiscalização, e para as demais situações não houve recolhimento em virtude da ocorrência de hipóteses previstas na CF/88 e na legislação estadual que afastam a cobrança do imposto, quais sejam: operações de item com redução de informática; operações de remessa presentada; operações com CD/DVD que possuem imunidade tributária; operações com livros que possuem imunidade tributária; operações com contribuintes do ICMS; operações internas no estado de SP; operações com base de cálculo reduzida pela legislação estadual.

Por sua vez, ainda que prestada em desconformidade com a disciplina contida no § 6º, do art. 127 do RPAF, pois, diferentemente da Impugnação, a Informação Fiscal não abrangeu, com clareza e precisão, todos os detalhados aspectos da defesa, com fundamentação, mantendo a exação, uma das autoridades fiscais autuantes se limitou a informar que o contribuinte autuado efetivamente

destacou e cobrou do destinatário a parcela do ICMS devido ao estado de destino, tendo, inclusive, efetuado o recolhimento, ainda que parcial, afirmando que ainda que o sujeito passivo “tenha obtido mandado de segurança para não efetuar o pagamento do ICMS em vendas a consumidores finais, ao incluir tal valor na operação, e efetivamente recebe-lo, a remetente tem a obrigação de efetuar o recolhimento correspondente ao Estado da Bahia, sob pena de caracterizar apropriação indébita do tributo, sujeitando-se assim às respectivas cominações legais”.

Pois bem, analisando as razões de acusação e defesa, é de se concluir, objetivamente e sem maiores delongas, que razão cabe ao Impugnante porque, tendo acionado o Poder Judiciário em data anterior à declaração de inconstitucionalidade da cobrança do ICMS DIFAL instituído pela EC 87/2015 sem previsão em LC, através do Mandado de Segurança nº 0574451-91.2018.8.05.0001, de 12/12/2018, não há falar em existência de relação jurídica tributária entre o sujeito passivo e o Estado da Bahia relacionado ao crédito fiscal objeto do presente Auto de Infração em face do STF ter reconhecido a repercussão geral do assunto em tela quando, em 24/02/2021 concluiu o julgamento do RE 1.287.019/DF (Tema de Repercussão Geral 1.093), cujo Acórdão é:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema nº 1.093 da repercussão geral, em dar provimento ao recurso extraordinário, **assentando a invalidade “da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora”**. Vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Ademais, **acordam, os Ministros, por maioria, em fixar a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais"**. Vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, **o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade** das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, **quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal**, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022) , exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. **Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso**. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Sessão realizada por videoconferência - Resolução nº 672/20 – STF. (grifos meus)

Interessante observar o acolhimento do CONSEF quanto à decisão judicial retro reproduzida, a exemplo do Acórdão CJF nº 0263-11-22 citado pelo Impugnante, do qual cabe reproduzir o seguinte trecho:

A douta PGE/PROFIS em parecer exarado pelo Dr. José Augusto Martins Junior, entendeu que no caso da lide, a partir da redação dada pela EC 87/2015, independente do consumidor final ser contribuinte ou não do ICMS, passou-se a adotar a alíquota interestadual, cabendo ao estado de destino a DIFAL, conforme trechos abaixo transcritos:

Que o TEMA 1093 do STF pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais, ficando ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso. Que em razão disso não cabe nesta oportunidade apreciar o mérito da impossibilidade ou não da cobrança da exação, além do conteúdo e respectivos prazos

fixados no comando exarado pela Suprema Corte.

Que quanto à modulação, há nos autos indicação de que o autuado ajuizou ação judicial voltada a discutir o conteúdo desta questão quanto às suas operações com o estado da Bahia, enquadrando-se na modulação determinada, ou seja, quando há ações em curso, desde que proposta até a data do julgamento do RE 1.287.019/DF.

Assim, havendo ação judicial proposta pelo autuado discutindo a questão relativa à impossibilidade de exigência da DIFAL nas operações destinadas consumidores não contribuintes do imposto por força da ausência de lei complementar, não deve ser mantida a exigência fiscal nos termos impostos na autuação, referente à infração 01.

Assim, considerando que o contribuinte autuado está alcançado pela regra da modulação exposta na decisão do STF, é de se concluir pela inexistência do fato gerador da obrigação tributária, impossível é a constituição de crédito tributário pretendida no lançamento tributário em sede de revisão. Portanto, sem sentido jurídico o entendimento exposto na Informação Fiscal da obrigatoriedade do sujeito passivo recolher à Bahia eventual valor cobrado/repassado ao seu consumidor em função da EC 87/2015 na parte alcançada pelos efeitos do Tema de Repercussão Geral 1.093.

No caso, se apropriação indébita houver, ela se relaciona a relação jurídica entre particulares (Contribuinte autuado x cliente, consumidor final).

Ante ao exposto, tenho a infração como insubsistente.

Sem embargo, observando não se tratar de repetição do presente Auto de Infração, tendo em vista que o Impugnante informa ter recolhido valores relativo a parte das operações contidas nos demonstrativos suporte deste lançamento fiscal, represento à autoridade competente para analisar possível instauração de outro procedimento fiscal para verificar se o cumprimento da obrigação fiscal reconhecida e efetuada pelo Impugnante ocorreu na sua integralidade, de modo a, de ofício, homologar o recolhimento do imposto efetivamente devido.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269616.0033/22-9, lavrado contra **AMERICANAS S.A.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR