

PROCESSO - A. I. Nº 269274.0004/21-3
RECORRENTE - JBS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0025-04/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18.09.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0218-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADOS AO USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À luz da legislação tributária estadual, vigente no período alcançado pela autuação, é devido o pagamento do ICMS a título de diferença de alíquota, pelos contribuintes inscritos na condição normal do imposto, nas aquisições interestaduais de materiais para uso ou consumo próprio. **Infrações 01 e 02 subsistentes. 2. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS.** Fatos não impugnados. **Infrações 03 e 04 subsistentes.** Os argumentos recursais foram insuficientes para modificar a Decisão recorrida. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, nos termos do art. 169, inc. I, alínea “b” do RPAF/99, através do Acórdão JJF nº 0025-04/23-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2021, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 25.291,21, em decorrência da constatação de quatro infrações, sendo objeto do presente Recurso Voluntário, as infrações 01 e 02, saber:

Infração 01 - 006.002.001: *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

Empresa deixou de escriturar no LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS 2017, diversas notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

Infração 02 - 006.002.001: *Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

Empresa deixou de escriturar no LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS 2018, diversas notas fiscais de entradas de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

A Decisão da JJF, contida no acórdão às fls. 116 a 120, inicialmente reproduziu as infrações, registrou o reconhecimento por parte da autuada das infrações 03 e 04 e, ao tratar das infrações impugnadas, concluiu serem procedentes, diante das seguintes considerações:

VOTO

(...)

Inobstante, no que tange às infrações 01 e 02, as impugnou ao argumento de inconstitucionalidade e ilegalidade nas exigências de DIFAL, para o período de janeiro/2017 a dezembro/2018, alcançado pela presente autuação.

Nesse sentido, observo que este órgão julgador administrativo não possui competência para apreciar argumentos relacionados a inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme previsão expressa pelo Art. 167, I e III do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

*I – a declaração de inconstitucionalidade**(...)**III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*

Portanto, à luz do quanto acima exposto, os argumentos acima trazidos pelo autuado não podem ser apreciados por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Entretanto, observo, que a exigência da DIFAL através do presente Auto de Infração, pertinente ao período de janeiro/2017 a dezembro/2018, não está inserida no contexto da LC 190/2022 de 15/01/2022, que se relaciona a cobrança do diferencial de alíquota nas operações e prestações interestaduais destinadas a não contribuinte do ICMS, diferentemente da presente autuação, cujas operações foram destinadas a contribuinte do imposto.

Desta forma, o lançamento ora combatido está amparado pelos artigos 2º, inciso V e 4º, inciso XV, ambos da Lei Estadual nº 7.014/96, cuja eficácia se encontra mantida, que assim dispõem:

*Art. 2º O ICMS incide sobre:**(...)*

V - a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, bem como a aquisição ou arrematação em licitação promovida pelo poder público de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

Nota: A redação atual do inciso V do art. 2º foi dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, DOE de 28 e 29/12/02, efeitos a partir de 28/12/02.

Redação original, efeitos até 27/12/02: “V - a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, mesmo quando se tratar de bem destinado ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento, bem como a aquisição ou arrematação em licitação promovida pelo poder público de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; “

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:**(...)*

XV – da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinadas ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Quanto ao argumento de “Inconstitucional e ilegal alteração na base de cálculo da DIFAL exigido no Estado da Bahia”, também se aplica aqui a mesma fundamentação acima transcrita pertinente ao Art. 167, do RPAF/BA, não podendo, portanto, ser apreciada por este órgão julgador, valendo acrescentar, que em razão da atividade vinculada exercida pelo autuante, este não pode se eximir de aplicar o quanto vigente na legislação tributária à época da ocorrência dos fatos geradores.

(...)

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Notificada da decisão da 4ª JJF, a autuada apresentou o Recurso Voluntário, fls. 131 a 141, no qual inicialmente demonstrou a tempestividade da petição, fez uma descrição dos fatos e aduziu que inobstante o entendimento consignado no acórdão recorrido, a autuação não merece prosperar.

Ao tratar do mérito, sob o título “DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LC 190/22 – INTRODUÇÃO DE NORMA ATINENTE AO DIFAL CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – FATO QUE DENOTA A REVELIA SOBRE A MATÉRIA PELA LC 87/96 ATÉ ENTÃO. “, aduz que o período autuado, janeiro a dezembro de 2017, não está contemplado pela Lei Complementar nº 190/2022, que introduziu as normas gerais de cobrança do DIFAL-Contribuinte, referente ao fato gerador, aos contribuintes e a base de cálculo.

Transcreve a alteração da redação do art. 4º, § 2º da Lei Complementar nº 87/96, onde consta como contribuinte do imposto, o destinatário da mercadoria, caso seja contribuinte habitual, que antes nada dispunha sobre a repartição do valor a ser recolhido na hipótese de remessa interestadual de mercadoria, lacuna preenchida com a edição da Lei Complementar nº 190/22, que instituiu a obrigação de que, caso seja contribuinte do imposto, o destinatário é o responsável pelo pagamento, e, caso não o seja, caberá ao remetente das mercadorias.

Acrescenta que a citada lei também instituiu a base de cálculo de cobrança do DIFAL-Contribuinte, conforme o art. 12, incisos XIII e XV c/c o art. 13, inc. IX, ambos da Lei Complementar nº 87/96, que foram modificados pela Lei Complementar nº 190/2022.

Questiona qual seria a razão do legislador complementar regulamentar a figura do DIFAL-Contribuinte na Lei Complementar nº 190/22, tendo em vista o entendimento consignado no acórdão, cuja exação não estaria inserida no contexto da citada lei complementar. O fato, diz corroborar com o entendimento de que a Lei Complementar nº 190/22 definiu as normas gerais de cobrança do DIFAL, pois a Lei Complementar nº 86/97 não tratava sobre diversos temas referentes à incidência do tributo, tais como fato gerador e contribuinte.

Argumenta que a prova de sua afirmação está no fato do STF, ao julgar a possibilidade de cobrança do DIFAL-Contribuinte no RE 580.903, entendeu que a Lei Complementar nº 87/96, ao cuidar do momento da ocorrência do fato gerador do imposto, não cogitou do diferencial de alíquotas. Tal hipótese de incidência foi prevista pelo Convênio ICMS 66/1988, não confirmada pela norma geral.

Complementa que nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT, o Convênio do CONFAZ não poderia prever uma nova materialidade para o ICMS, inovando com relação aos fatos imponíveis já previstos.

Conclui que o Fisco não poderia cobrar o “DIFAL-Contribuinte” sem a existência de lei complementar nacional, definindo normas gerais, tendo em vista que o STF, no julgamento do Tema 1.093, ao tratar do DIFAL-Não Contribuinte, consolidou o entendimento de que o DIFAL pressupõe a edição de lei complementar que discipline normas gerais, declarando a inconstitucionalidade do Convênio ICMS 93/2015, que regulamentou a cobrança.

Defende que inobstante o citado precedente tenha analisado a figura do DIFAL-Não Contribuinte, se aplica ao caso concreto, vez que, até a edição da Lei Complementar nº 190/2022, não havia normativo hábil a fundamentar a cobrança do DIFAL.

Registra não pretender afirmar que o Tema 1.093, teria exaurido a discussão trazida nos autos, justamente por ter analisado a cobrança de ICMS-DIFAL envolvendo operações com não-contribuinte, mas fazer que o julgamento do Tema 1.093, que seja aplicado o mesmo racional utilizado pelo STF no julgamento, qual seja: que a cobrança do DIFAL pressupõe a edição de lei complementar que discipline normas gerais, pelo que, até a edição da Lei Complementar nº 190/2022, o DIFAL-Contribuinte não teria fundamento legal.

Assim, afirma que o entendimento consignado no Tema 1.093 há de ser aplicado aos autos, considerando que até a edição da Lei Complementar nº 190/2022, de 05/01/2022, não havia legislação complementar para amparar a cobrança do DIFAL-Contribuinte.

No item “*APLICABILIDADE DO ART. 167, II, DO RPAF/BA– NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE ENTENDIMENTO EXARADO PELO PODER JUDICIÁRIO*”, registra a limitação dos órgãos julgadores em apreciar questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, conforme o art. 167 do RPAF/BA, que diz tratar de medida para preservar o papel do Poder Judiciário como última instância decisória, tendo em vista que, pelo princípio da prevalência, as decisões judiciais sempre se sobrepõem às decisões administrativas.

Pondera que o dispositivo do RPAF/BA, há de ser interpretado como um comando a partir do qual o julgador administrativo deixará de se pronunciar, em razão de não poder oferecer entendimento contrário e conclui que o CONSEF se vê obstado de enfrentar temas cujo entendimento foi pacificado no Poder Judiciário. No entanto, pondera que isto não significa que não possa levar a efeito tais entendimentos, como requer.

Explica que havendo entendimento do Poder Judiciário sobre determinado tema, tal como ocorre nos autos, há de ser aplicado igual resultado à decisão administrativa, em atenção ao princípio da celeridade e economia processual, pois, caso a decisão administrativa contrarie entendimento do Judiciário, esta poderá ser revista.

Repisa ter demonstrado que o STF, no julgamento do Tema 1.093, sob a sistemática da repercussão geral, ao analisar a cobrança do DIFAL-Não Contribuinte, consignou que a exação pressupõe a existência de lei complementar veiculando normas gerais, tais como base de cálculo, fato gerador e contribuinte.

Sinaliza que objetivou com sua argumentação comprovar que, tal como ocorreu com o DIFAL-Não Contribuinte, não havia fundamento legal para a cobrança do DIFAL-Contribuinte, tendo em vista que a lei complementar que instituiu as normas gerais sobre ambos os impostos foi publicada em 05/01/2022, isto é, em momento posterior à presente autuação. Ou seja, pretendeu demonstrar que o entendimento do STF exposto no Tema 1.093, deveria ser aplicada aos autos, considerando que o art. 167, inc. II do RPAF/BA vincula o CONSEF às decisões judiciais.

Assim, requer a reconsideração do acórdão recorrido para que seja reconhecida a impossibilidade de cobrança do DIFAL-Contribuinte no período de janeiro a dezembro de 2018, tendo em vista a ausência de legislação complementar que amparasse a cobrança.

Aduz, caso não sejam acatados os argumentos deve-se considerar que os arts. 15 e 927, inc. III, ambos do CPC, haverão de ser aplicados ao presente caso.

Explica que nos termos do art. 167, inc. II do RPAF/BA, o CONSEF vincula-se às decisões judiciais, que deve se aplicar aos autos para que se reconheça a impossibilidade de cobrança do DIFAL até o advento da Lei Complementar nº 190/2022.

Ressalta, caso assim não se entenda, é necessário reconhecer que o RPAF/BA, no seu art. 167, é silente em relação à possibilidade de aplicação de precedente vinculante do Poder Judiciário às decisões administrativas do CONSEF, motivo pelo qual o art. 15 do CPC/2015 há de ser aplicado.

Acrescenta, ante a lacuna normativa existente no RPAF/BA a respeito da vinculatividade deste CONSEF às decisões do Poder Judiciário, as normas do CPC/15 deverão ser aplicadas subsidiariamente ao presente processo, a teor, inclusive, do que decidiu o STF na ADI 5492, cuja ementa reproduz na qual, o Tribunal ao se debruçar sobre pedido de reconhecimento de inconstitucionalidade do art. 15 por invasão da competência reservada às normas que regulam processos administrativos federais/estaduais, consignou que o dispositivo não pretendeu enfraquecer tais normas, mas somente possibilitar que os dispositivos do CPC/2015 sejam subsidiariamente aplicados em caso de lacuna normativa, de forma a enriquecer o ordenamento jurídico vigente, conforme trecho do voto no Ministro Toffoli, copiado.

Registra que não pretende, pela aplicação subsidiária do CPC/2015, esvaziar o conteúdo do art. 167 do RPAF/BA, mas demonstrar a existência de lacuna normativa no dispositivo, a atrair a necessidade de aplicação aos autos o art. 15 do CPC/2015.

Acrescenta, caso não se interprete o art. 167, inc. II do RPAF/BA como um comando de vinculatividade das decisões do CONSEF às decisões do Judiciário, deve-se reconhecer que o dispositivo silencia quanto à aplicação de precedente judicial vinculante aos processos de competência da SEFAZ/BA. Requer a aplicação do art. 927 do CPC/15 aos autos.

Requer seja dado Provimento ao Recurso Voluntário, a fim de:

- i) No mérito, julgar improcedente a presente autuação para cancelar as infrações 01 e 02;
- ii) Reconhecer que, em atenção ao art. 167, inc. II do RPAF/BA, que este CONSEF é vinculado às decisões judiciais, pelo que o entendimento consignado no Tema 1.093 há de ser aplicado aos autos, para que se reconheça a impossibilidade de cobrança do DIFAL até o advento da Lei Complementar nº 190/2022;
- iii) Subsidiariamente, que, em atenção ao art. 15 do CPC, seja aplicado aos autos a redação contida no art. 927, inc. III do mesmo diploma, para que ao fim seja aplicado aos autos o precedente vinculante do STF - Tema 1.093.

Por fim, requer doravante todas as intimações e notificações sejam encaminhadas ao seu patrono no endereço profissional indicado, inclusive para se fazer presente no julgamento para realização de sustentação oral.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a decisão da

primeira instância, relativa às infrações 01 e 02 do Auto de Infração, julgadas subsistentes, que exigem o ICMS nos valores históricos de R\$ 6.611,93 (infração 01) e R\$ 12.951,67 (infração 02), acrescidos de multa, decorrente da falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

Inicialmente, vislumbro que o Processo Administrativo Fiscal preenche todas as formalidades legais, inexistindo qualquer fato que venha macular o devido processo legal.

A Recorrente é contribuinte do ICMS, inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal, estabelecido no município baiano de Itapetinga, explora a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 1013-9/01 - Fabricação de produtos de carne, dentre outras secundárias como a preparação de subprodutos do abate, curtimento de couros e o comércio atacadista de couros, lãs, peles e outros subprodutos não-comestíveis de origem animal.

Quanto ao mérito, o núcleo da tese recursal, é de que o ICMS-DIFAL não é devido nas operações relacionadas nos levantamentos das duas infrações tendo em vista os seguintes argumentos:

- 1) Não poderia ser cobrado o DIFAL-Contribuinte sem a existência de lei complementar nacional definindo normas gerais para tal, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema 1.093 consolidou o entendimento de que o DIFAL pressupõe a edição de lei complementar que discipline a sua cobrança e declarou a inconstitucionalidade do Convênio ICMS 93/2015, que regulamentou a cobrança;
- 2) Na época da ocorrência dos fatos geradores relacionados nas duas infrações não havia fundamento legal para cobrar o DIFAL-Não Contribuinte tampouco do DIFAL-Contribuinte, tendo em vista que a Lei Complementar nº 190/2022, que instituiu as normas gerais sobre ambos, foi publicada em 05/01/2022;
- 3) O entendimento do STF consignado no Tema 1.093, deveria ser aplicado aos autos, considerando que o art. 167, inc. II do RPAF/BA vincula o CONSEF às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, portanto, deve ser reconhecida a impossibilidade de cobrança do DIFAL-Contribuinte no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018;
- 4) O RPAF/BA, no seu art. 167 é silente em relação à possibilidade de aplicação de precedente vinculante do Poder Judiciário às decisões administrativas do CONSEF, motivo pelo qual o art. 15 do CPC/2015 deve ser aplicado aos autos, assim como o art. 927 do citado CPC/15.

A autoridade Fiscal indicou como dispositivo da legislação tributária violada pela Recorrente, que justifica as infrações 01 e 02, o art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, cuja redação, a seguir reproduzida, vigeu até 31/12/2021, sendo alterada pela Lei nº 14.415, de 30/12/2021.

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

O dispositivo transcrito trata da hipótese de incidência do ICMS prevista desde a edição da citada lei, portanto vigente na época de ocorrência dos fatos geradores.

O argumento trazido pela Recorrente está relacionado ao julgamento do Tema Repetitivo 1.093, no qual o Supremo Tribunal Federal, amparado nos artigos 146, inc. III, alínea “a” e 155, § 2º, inc. XII da Constituição Federal, fixou 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.*”, em conclusão ao julgamento da ADI 5.469/DF.

Considerando que somente em 05/01/2022, foi publicada a Lei Complementar nº 190/2022, a qual introduziu o inc. XV ao art. 12 da Lei Complementar nº 87/96, estabelecendo as regras relativas à cobrança do ICMS-DIFAL incidente sobre a entrada no território da unidade federada onde se encontra estabelecido o adquirente de bem ou mercadoria oriundos de outra unidade, adquiridos por contribuinte do imposto e destinados ao seu uso ou consumo ou à integração ao seu ativo

imobilizado, os prazos para produção dos efeitos legais foram observadas as regras inseridas na alínea “c”, do inc. III do *caput* do art. 150 da Constituição Federal, *in verbis*.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

III - cobrar tributos: (...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Importante nesse contexto, historiar de forma breve os fatos antecedentes.

Ao regulamentar a Emenda Constitucional nº 87/2015, os Estados e o Distrito Federal aprovaram o Convênio ICMS 93/2015, que foi questionado no STF pelas vias concentrada e difusa, especialmente nas ADIs 5.464/DF, 5.469/DF e no RE 1.287.019/DF.

A ADI 5.469/DF teve o mérito julgado em fevereiro de 2021, cuja decisão foi pela inconstitucionalidade do convênio, com modulação apenas a partir de 2022:

“Decisão:

O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS 93, de 17/9/15, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do Relator, (...).

Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. (...). “

A ADI 5.464/DF acabou extinta sem solução de mérito, em julgamento finalizado em maio de 2021, determinando-se a observância do decidido na ADI 5.469/DF.

Já no RE foi fixada a tese de repercussão geral 1.093, sendo que o STF foi além da declaração de inconstitucionalidade do convênio para modular os efeitos de sua decisão, permitindo que o imposto continuasse a ser cobrado em 2021 e somente a partir de 2022 é que o ICMS-DIFAL seria indevido, caso não fosse editada a necessária lei complementar.

Conforme posicionamento do ministro Dias Toffoli, a modulação de efeitos se fez necessária porque os estados e o Distrito Federal estavam cobrando o ICMS e seria importante *“(...) recordar que a EC nº 87/15 e o convênio impugnado, o qual a regulamentou, vieram com o objetivo de melhor distribuir entre os estados e o Distrito Federal parcela da renda advinda do ICMS nas operações e prestações interestaduais”*.

Com tal decisão, o STF praticamente pressionou os estados e Distrito Federal a buscarem a aprovação de uma lei complementar em 2021 para suportar juridicamente a cobrança em 2022. Assim, em 20/12/2021 foi aprovado no Congresso Nacional a Lei Complementar nº 190/2022, contudo, o executivo somente a sancionou em 04/01/2022.

No Agravo Regimental na ADI 5.439/DF, a ministra relatora Carmem Lúcia assim se posicionou:

“(…)

9. A presente ação direta de inconstitucionalidade está prejudicada.

10. No recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469, Relator o Ministro Dias Toffoli, em 24.2.2021, o Plenário deste Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS nº 93, de 17.9.2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária Confaz, por exorbitar o campo destinado à lei complementar federal, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente).

O Plenário deste Supremo 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 do deferimento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 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 leis dos Estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto quanto às normas legais que versarem sobre a cláusula

nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data do deferimento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.464/DF. Ressalvaram-se da proposta de modulação as ações judiciais em curso, vencidos, no ponto, o Ministro Edson Fachin e o Ministro Marco Aurélio. (...). “.

Inobstante a decisão do STF recair especificamente sobre o Convênio ICMS 93/2015 que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, resultou que a sanção da Lei Complementar nº 190 em 04/01/2022, dentre outras alterações, incluiu o § 2º, no art. 4º da Lei Complementar nº 87/96, que trata também das aquisições interestaduais por contribuintes do ICMS, *verbis*.

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 2º É ainda contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido em outro Estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:

I - o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, na hipótese de contribuinte do imposto;

II - o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto. (Grifo do relator)

No presente caso, observando os efeitos da modulação na decisão da lide e tendo em vista que os fatos apurados ocorreram entre 2017 e 2018, não há óbices à exigência do ICMS-DIFAL, pelas razões acima alinhadas e principalmente pela vigência plena do art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96.

Apesar de restar demonstrada a impossibilidade de acolhimento dos argumentos recursais, ressalto a inaplicabilidade nos artigos 15 e 927 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) tendo em vista que as decisões judiciais referentes a matéria, foram respeitadas.

Assim, diante de tais considerações, as razões recursais são insuficientes à reforma da Decisão recorrida, quanto as estas infrações.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269274.0004/21-3, lavrado contra JBS S/A, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 19.563,60**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações de natureza acessória no valor de **R\$ 5.727,61**, prevista no inc. IX do diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS