

N. F. Nº - 180301.1016/16-8
NOTIFICADO - PIRES E FERRAZ INFORMÁTICA LTDA.
NOTIFICANTE - EDUARDO CÉSAR DA SILVA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / IFMT METRO / POSTO FISCAL AEROPORTO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.02.2025

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0014-05/25NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PARTILHA DE RECEITA. MERCADORIA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO LOCALIZADO NA BAHIA. TEMA 1093 DO STF. Infere-se haver inconsistências na determinação do suposto ilícito fiscal, posto que a mercadoria, apreendida no aeroporto de desembarque, acabou sendo liberada através da emissão de nota fiscal de retorno por parte do próprio notificado. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpra inicialmente reforçar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

Com enquadramentos legais e datas dos fatos geradores apostos no seu descritivo, a Notificação Fiscal em tela, lavrada em 27.6.2016, no total histórico de **R\$ 13.211,25**, apresenta o texto seguinte:

Infração 62.01.01 – O remetente e/ou prestador localizado em outro Estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher o ICMS ao Estado da Bahia em face da EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – situado em território baiano.

Servidor fazendário junta, entre outros documentos, termo de ocorrência fiscal, datado de 27.6.2016, DANFE 6771, planilhas demonstrativas da infração detectada.

Dia 11.7.2016 a empresa oferece contestação, ocasião em que:

Adverte que inexistente fato gerador de ICMS porque a mercadoria foi encaminhada para viabilização de prestação de serviços.

Assinala ter se equivocado ao registrar na NF 6771, emitida em 24.6.2016, a operação como remessa para troca em garantia quando, em verdade, tratava-se de remessa para aplicação em prestação de serviço, com Situação Tributária “nº 260” (sic.), por se tratar de mercadoria com recolhimento de substituição tributária.

Garante que o destinatário Adilson Augusto Leal Junior é empregado da notificada, conforme contrato de trabalho que anexou, figurando como o responsável técnico para executar o serviço em nome da defendente para instalação de cabos de rede interface.

A mercadoria – dispositivo de interface de rede para transmissão e recepção de dados em uma conexão cabeada serviria - apenas para auxiliar na prestação do serviço, contrato também anexo, celebrado entre a notificada e a “Promonlogicalis” e “PLTS”.

Devido ao lapso cometido, pede a liberação da mercadoria, até porque emitiu nota fiscal de retorno da remessa (NF 6780, de 01.7.2016).

Junta contrato de trabalho, de prestação de serviços e a NF 6780.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

VOTO

Um esclarecimento jurídico antecede a análise do PAF propriamente dito.

A cobrança foi **formalizada em 27.6.2016** e tem lastro no ICMS-DIFAL com base no **Conv. ICMS 93/2015**, editado em virtude da EC 87/15.

Debaixo da citada emenda e do acordo interestadual, a Bahia promulgou a Lei 13.373/2015, alterando a lei estadual institutiva do ICMS, criando normas sobre a cobrança do DIFAL para operações de remessa a consumidor final não contribuinte de ICMS.

Entrementes, o STF reconheceu caráter de repercussão geral no assunto discutido no RE 1.287.019/DF, cujo tema fixado, de nº 1093, foi o seguinte:

Tema 1093 - Necessidade de edição de lei complementar visando a cobrança da Diferença de Alíquotas do ICMS – DIFAL nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da Emenda Constitucional nº 87/2015.

A descrição do debate judicial tomou o seguinte teor:

“Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, incisos LIV e LV; 93, inciso IX; 146, incisos I e III, alínea “a”; e 155, inciso XII, alíneas “a”, “c”, “d” e “i”, da Constituição Federal, se a instituição do diferencial de alíquota de ICMS, conforme previsto no artigo 155, § 2º, incisos VII e VIII, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, exige, ou não, a edição de lei complementar disciplinando o tema”.

E a **tese** fixada foi esta:

“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”.

Frente a necessidade de se modular os efeitos da decisão de teto, considerando a data da publicação do Conv. ICMS 93/2015 e a data da publicação do referido pronunciamento da Suprema Corte, além de existirem neste ínterim várias ações no Judiciário perseguindo a inconstitucionalidade do citado acordo interestadual, obteve-se o seguinte veredicto:

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu 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). Em seguida, por maioria, foi fixada 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 produzirá 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 retroagem 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 aderiria 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. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Dita decisão foi publicada em 25.5.2021 e seu trânsito em julgado se deu em 30.3.2022.

Por sua vez, a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade em face da ação direta nº 5464/DF, de objeto semelhante no mérito, possui o conteúdo abaixo:

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 nº 93, de 17 de setembro de 2015, do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), por invasão de campo próprio de 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). **Em seguida, 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 produzirá 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 retroagem 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 aderiria à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Dita decisão foi publicada em 25.5.2021 e seu trânsito em julgado se deu em 23.3.2022.

Mas a concessão da medida liminar para invalidar a cláusula nona do Conv. ICMS 93/2015 foi publicada em 19.02.2016. Dita cláusula estende a necessidade de pagamento do ICMS-DIFAL para as empresas optantes do Simples Nacional.

Num primeiro olhar, pelos dados existentes no instrumento notificatório, a empresa seria optante do “Simples Nacional”. Porém, ao compulsar o doc. de fls. 06 e 07, à época da ocorrência do fato gerador sob debate, a defendente estava fora deste regime simplificado. Assim, não cabe a modulação feita pela Suprema Corte quanto à cláusula nona do referido acordo interestadual.

Tampouco não há prova nos autos de que a notificada questionara judicialmente a cobrança do imposto sob a tutela do citado convênio.

Neste compasso, como as demais modulações assinaladas no *decisum* valeriam a partir de 2022, em princípio haveria o dever do cumprimento da obrigação tributária principal.

Mas o cenário que brota do PAF favorece ao sujeito passivo. Do seu exame, podemos afirmar o seguinte:

Há emissão da NF 6771, de 24.6.2016, a qual retrata uma remessa para troca em garantia do bem descrito como “dispositivo de interface de rede para transmissão e recepção de dados em uma conexão cabeada”, destinada à pessoa física Adilson Augusto Leal Junior.

Apesar de constar um contrato de trabalho por tempo determinado, do tipo “contrato de experiência”, fl. 45, a sua vigência expirou em 29.10.2013. A remessa sob debate data de 2016. Logo, o vínculo empregatício contemporâneo à ação fiscal não restou demonstrado.

O contrato de prestação de serviços ajustado entre a defendente e as empresas “Promonlogicalis” e “PLTS” – doc. de fls. 35 a 44 – foi assinado em 2011 e não liga este vínculo jurídico com a operação alcançada pelo fisco.

A NF de entrada de nº 6780, de 01.7.2016, emitida pela própria notificada, retrata o retorno de remessa para troca em garantia da mesma mercadoria.

Em conclusão: apesar de algumas inevidências, não se pode assegurar ter ocorrido fato gerador de ICMS, na modalidade de diferencial de alíquota, porquanto o agente fazendário não reuniu provas suficientes para elucidar a questão. A emissão da nota fiscal de retorno e a ulterior liberação da mercadoria pelo fisco dão mostras indiciárias de que a situação sob análise não justifica a cobrança do imposto, até porque se a mercadoria voltou para a origem é porque não houve a transmissão de propriedade do bem e, portanto, a compra por destinatário não contribuinte do ICMS. Assim, não há como se determinar a infração com absoluta segurança.

Notificação fiscal julgada NULA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 180301.1016/16-8, lavrada contra PIRES E FERRAZ INFORMÁTICA LTDA.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2025.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR