

A. I. Nº - 298624.0038/20-2
AUTUADO - L'OREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/09/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-04/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. VÍCIO MATERIAL INSANÁVEL. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos bem como a metodologia aplicada para determinação do *quantum* exigido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 27/07/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 203.339,22, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, em decorrência da seguinte acusação: **Infração 01 – 02.01.30:** *“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 do imposto, localizado neste Estado. Empresa reteve/destacou e não recolheu ICMS Partilha EC 87-15 c/Conv. 93-15”.*

O autuado, através de seus Representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 15 a 31, onde, inicialmente, arguiu a tempestividade da peça defensiva, efetuou a descrição dos fatos motivadores do lançamento, pontuando, em seguida, que pretende demonstrar: *i)* a nulidade do Auto de Infração decorrente de vício material insanável, com flagrante ilegalidade em lançamento de ofício e *ii)* a correção dos procedimentos que efetuou no que diz respeito à não incidência do ICMS nas remessas interestaduais de amostras grátis e a consequente não tributação e recolhimento do ICMS-partilha ao Estado da Bahia.

Em seguida passou a discorrer sobre a nulidade do Auto de Infração – A.I. decorrente de cerceamento ao seu direito de defesa. Neste sentido disse que os autuantes apontaram retenção/destaque de ICMS em notas fiscais, no entanto se restringiram a indicar no quadro o valor supostamente devido, por competência, sem sequer lhe enviar uma planilha com a relação das notas fiscais que as compusessem, e, com isso, pudesse evidenciar a infração cometida.

Observou que apesar dos autuantes terem inserido um quadro, fl. 08, com o propósito de demonstrar a origem do valor devido, não há qualquer menção da sistemática utilizada para obtenção dos valores considerados como “retido/recebido”, cuja terminologia utilizada é dúbia, induzindo a conclusão que o Estado recebeu os valores apontados já que “recebido” possui um significado mínimo no dicionário.

Disse que apesar de ter efetuado com os autuantes através da IFEP buscando receber os elementos adicionais que pudessem lhe auxiliar na compreensão daquilo que lhe estava sendo exigido, os autuantes responderam (Doc. 06) com a indicação de uma legenda de cada coluna do referido quadro, porém, mais uma vez, sem qualquer correlação com as notas fiscais emitidas. Portanto, o lançamento não contém os elementos necessários para se determinar com segurança a infração, fato este que, à luz do art. 18, inciso IV “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, torna nulo o lançamento em combate.

Voltou a suscitar a nulidade do Auto de Infração, desta vez por existência de vício material insanável, com flagrante ilegalidade em lançamento de ofício, pontuando que objetivando entender as diferenças apontadas pelos autuantes e a razão pela qual fora autuado para poder apresentar uma defesa que pudesse demonstrar que efetuou as retenções do ICMS-partilha

incidente em suas transações, bem como os respectivos recolhimentos ao Erário Baiano, disse que só lhe restou a tomar como base as planilhas “Auto Todas Par e Fcp a menor”, enviadas como anexo a outras autuações contra si de nºs 986240035/20-3 e 2986240036/20-0.

Neste sentido e ante a aparente semelhança de competências autuadas e as outras citadas autuações, executou um exercício de dedução daquilo que estaria supostamente incorreto, comparando os valores indicados nas notas fiscais listadas nas planilhas “Auto Todas Par e Fcp a menor”, (“base de notas fiscais – SEFAZ/BA”), com a base de notas fiscais extraídas de seu sistema de gestão.

Diante deste argumento asseverou que se pode constatar que houve um erro sistêmico na base de notas fiscais da SEFAZ que diretamente impactou na apuração levada a efeito pelos autuantes, resultando em uma cobrança indevida de ICMS-Partilha, não havendo, pois, qualquer montante a ser recolhido.

A este respeito disse que como a autuação envolve vinte e duas competências, envolvendo mais de hum mil e setecentos notas fiscais, tornando inviável demonstrar todas as inconsistências, mês a mês, nota a nota, tomou como exemplo, o mês de outubro/2019, onde foi apontada uma diferença a recolher na ordem de R\$ 24.298,80, conforme quadro afixado à fl. 18v.

Disse que analisando a composição na íntegra das notas fiscais desta competência, a qual constava em planilha anexada em autuação diversa, identificou uma divergência de valores de Difal inclusive entre as bases de notas fiscais da Sefaz no tocante as notas fiscais listadas à fl. 19.

Esclareceu que o resultado de R\$ 24.298,90 nada mais é do que o resultado da diferença entre o montante total apurado de ICMS Partilha nas notas fiscais indicadas, (dez ao total), que somam R\$ 30.894,03 menos o montante apurado e já recolhido de R\$ 6.925,33.

Passou, em seguida, a analisar cada uma das dez notas fiscais acima citadas, referente ao mês de outubro/2019, doc. 07, detalhando o conteúdo constante do levantamento fiscal. Assim, iniciou com a nota fiscal nº 1188495, destinatário Jairo Sales Araújo Filho, informando que esta nota fiscal possui 19 (dezenove) itens, com valores variados de produtos que somados tem-se o montante de R\$ 9.617,13, no entanto, por erro sistêmico da base de dados da Sefaz, foi considerado esse montante de R\$ 9.617,13 como sendo o valor de cada item do documento fiscal, com isso, chegou-se ao valor de R\$ 182.775,47, um montante quase vinte vezes maior que o real, inclusive sem considerar o valor do IPI.

Para efeito de comprovação colacionou *print* da referida nota fiscal, fl. 18v, afixando, também, cópia e dados relacionados as demais notas fiscais, com a mesma situação acima descrita, fls. 20 a 29v, todas referentes a Remessa de Amostra Grátis.

Diante do exposto, asseverou que resta evidente que procedeu de forma correta o recolhimento do ICMS Partilha, estando claro que a autuação está calcada em nítida falha na extração de dados pelos autuantes, contribuindo, assim, para que houvesse um vício material decorrente de um erro de fato e de direito no lançamento de ofício, tendo em vista que foi adotado como valor dos produtos, montante errado já que ao invés de utilizar os valores indicados individualmente para cada item, utilizou o valor total da nota fiscal para formação da base de cálculo do ICMS Partilha incidente sobre cada item, conforme demonstrado, tratando-se, portanto, de vício material na formação do critério quantitativo insanável, sendo impossível ser convalidado.

Asseverou que basta checar a origem das divergências para constatar que todas, sem exceção, têm origem no erro de se considerar o valor individual do item remetido, como o valor total da nota fiscal, requerendo a realização de diligência fiscal, se necessário, para efeito de comprovação dos seus argumentos.

Passou a se reportar sobre a correção dos seus procedimentos quanto a não incidência do ICMS nas remessas interestaduais de amostra grátis, transcrevendo, neste sentido, a Cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90 e o Art. 265, XXI do RICMS/BA que tratam da isenção nas saídas e recebimentos de amostra grátis, afirmando que cumpriu ao quanto estabelecimento nas referidas

normas citadas, posto que, se tratam de quantidades que demonstram o objetivo não comercial das mesmas.

Concluiu pugnando que o presente Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

Os autuantes apresentaram Informação Fiscal, fls. 72 a 74, citando que o autuado compreendeu a autuação e o que se está exigindo, conforme explícito no demonstrativo à fl. 08, é o ICMS partilha destacado nas notas fiscais, e, se está destacado/retido, deve ser recolhido, senão se configura apropriação indébita, à luz do inciso II, Art. 2º da Lei nº 8.137/90.

Disseram que no mencionado demonstrativo contém: “Retido/Partilha”, “Entradas/Devoluções Partilha”, “Arrecadação efetiva/SIGAT” e “Diferença Cobrada/Partilha”.

Pontuaram que no mês de janeiro/18 “ela foi negativa”, ou seja, foi arrecadado R\$ 123,78 a mais do que deveria ter sido, acrescentando que, nas duas últimas colunas, copiaram os valores nas respectivas GIAS ST, enquanto que no mês de janeiro/19 os valores levantados nas somas das notas fiscais coincidem, perfeitamente, com o valor da GIA, R\$ 14.174,06, o que não aconteceu em relação aos demais meses, gerando, assim, a diferença reclamada.

Aduziram, em relação ao argumento defensivo de que não foi anexada planilha com as notas fiscais com destaque do ICMS Partilha, que tal não ocorreu pelo fato de ter sido o próprio autuado o emitente dos documentos fiscais, devendo, portanto, ter a posse desse material para as devidas conferências, ademais, disseram, se tratam de 275 páginas e, para não pairar dúvidas, estão anexando a primeira e a última página da planilha, contendo todas as notas fiscais e que gravaram as mesmas em CD.

Mencionaram que devido à grande quantidade de notas fiscais, identificaram três meses em diferenças materiais a saber:

- agosto/18: foi exigido R\$ 7.556,57 quando deveria ter sido R\$ 7.574,95, sendo mantido o lançamento.
- setembro/18: foi exigido R\$ 6.079,65 quando deveria ter sido R\$ 6.061,47, tendo sido alterado o lançamento para este valor.
- dezembro/18: foi exigido R\$ 1.052,49 quando deveria ter sido R\$ 525,22, tendo sido alterado o valor lançado.

Concluíram mencionando que juntamente com a presente Informação Fiscal estão anexando o arquivo “desse material” e esperam que, feita a conferência e ratificado os números, o autuado proceda à quitação do Auto de Infração.

O autuado se pronunciou a respeito da Informação Fiscal prestada pelos autuantes, fls. 109 a 112, mencionando que, conforme exposto ao longo da defesa inicial, os autuantes se limitaram a indicar o quadro constante à fl. 08, com os supostos valores devidos, restando patente a falta de clareza em relação a sistemática utilizada para a obtenção dos valores indicados em cada uma das colunas, bem como pela falta de envio dos relatórios de notas fiscais que compusessem e evidenciassem a infração a si atribuída.

Destacou que por meio da Informação Fiscal os autuantes remeteram através de seu Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, a planilha “*Inf. Fiscal de Auto Part retxrec.xls*”, com a base das notas fiscais relativas à autuação e um relatório com esclarecimento acerca do quadro acima mencionado, com o objetivo de sanar o vício apontado na defesa.

Desta forma, sustentou que diante da necessidade do envio desses dados, resta mais uma vez flagrante a nulidade do Auto de Infração já que os autuantes precisaram apresentar elementos para determinar com segurança a infração imputada, entretanto, o ato é nulo, não passível de convalidação.

Citou que mais uma vez que os autuantes não sanaram os erros sistêmicos na base de notas fiscais da SEFAZ, o que resulta em cobrança indevida de ICMS/Partilha, sendo assim, os valores indicados nas planilhas se encontram incorretos, antes as razões já expostas anteriormente por ter

sido considerado o valor total dos produtos de uma nota fiscal como se este fosse o valor de cada item nela contido, reproduzindo os mesmos argumentos apresentados em relação a Nota Fiscal nº 1188495.

Observou que, como se não bastassem esse erro, a autuação objetiva a cobrança de ICMS Partilha sobre amostra grátis, cujos requisitos legais foram cumpridos consoante quadro afixado na defesa, fl. 111.

Acrescentou, ao final, que os autuantes deixaram de considerar os valores referentes a devoluções e anulações, reiterando o pedido de que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

Um dos autuantes voltou a se pronunciar, fls. 122 e 123, reproduzindo parte do argumento já apresentado anteriormente quanto ao trabalho executado, observando que o autuado alegou que não foi anexada planilha com as notas fiscais com destaque da partilha e que a mesma não foi colocada pelo fato de ter sido o próprio autuado o emitente das notas fiscais, todas de sua posse.

Observou, porém, que a planilha contém 142 páginas, a qual foi gravada em CD, anexado a Informação Fiscal para que o autuado efetue a conferência e proceda a quitação do Auto de Infração.

Em 31 de agosto de 2021 o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

“Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 27/07/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 203.339,22, acrescido da multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.30: *“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 do imposto, localizado neste Estado. Empresa reteve/destacou e não recolheu ICMS Partilha EC 87-15 c/Conv. 93-15”.*

O autuado centrou sua defesa em dois pontos:

No primeiro arguiu a nulidade do Auto de Infração decorrente de vício material que considera insanável, com flagrante ilegalidade no lançamento de ofício, ocasionando cerceamento ao seu direito de defesa.

A este respeito disse que os autuantes se restringiram a indicar um quadro com os valores que entenderam como devidos, sem sequer lhes enviar uma planilha com a relação das notas fiscais que a compusesse.

Ao se reportarem ao quadro elaborados pelos autuantes, fl. 08, para efeito de demonstrar a origem dos valores exigidos, questionou a composição do mesmo, citando que para efetuar sua defesa se baseou em outras planilhas da lavra dos autuantes, para os mesmos exercícios de 2018 e 2019, enviadas como anexo a outras autuações que tivera contra si lavrados, (A.I. nº 2986240035/20-3 e NF2986240036/20-0).

Tomando como referência exemplificativa o mês de outubro de 2019, sustentou a ocorrência de erro sistêmico na base de dados de notas fiscais da SEFAZ que ocasionou cobrança indevida de ICMS Partilha, afirmando que isso ocorreu em todos os períodos autuados, passando a apontar equívocos relacionados aos documentos fiscais que indicou concernentes ao referido mês, erros esses que ao seu entender, aumentaram consideravelmente o valor total dos produtos, conforme demonstrou, afirmando que os autuantes adotaram como valor dos produtos montantes errados.

Como segundo ponto questionado referiu-se a não incidência do ICMS Partilha sobre amostra grátis, sobre as quais considera equívoco por parte dos autuantes em processar tal exigência, razão pela qual requereu a exclusão das operações sob o CFOP 6911.

Considerando que tais argumentos não foram enfrentados pelos autuantes quando da Informação Fiscal, tendo estes, inclusive, declarado que estariam anexando juntamente com a mesma, planilha em CD com destaque das notas fiscais partilha, para que fosse efetuada a devida conferência, entretanto, assim não procederam, decidiu este 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do presente PAF em diligência à Infaz de origem para que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Que os autuantes analisem e se pronunciem objetivamente sobre todos os argumentos defensivos trazidos pelo autuado, isto em relação a todo o período autuado, inclusive em relação as referidas autuações anteriores sobre os mesmos exercícios, (A.I. nº 2986240035/20-3 e NF2986240036/20-0), se possuem alguma repercussão quanto ao presente A.I.

2 - Anexar aos autos a planilha CD com a composição das notas fiscais que deram causa a autuação, a qual se referiram na Informação Fiscal, porém não juntada à mesma, disponibilizando uma cópia ao autuado para que o mesmo proceda as devidas análises.

3 – Reabertura do prazo de defesa para que o autuado possa se pronunciar a respeito da diligência, com entrega ao mesmo de cópia desta solicitação e do seu resultado.

4 – Após a manifestação pelo autuado os autuantes deverão prestar nova informação fiscal.

Atendidas as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para prosseguimento da instrução e posterior julgamento.

Em resposta os autuantes se pronunciaram às fls. 130 e 131, citando que, “em relação a essa diligência temos a informar reiteradamente, o seguinte: que em resposta a manifestação do contribuinte (fls. 80 a 120), contra argumentamos às fls. 121 e 122, onde ratificamos que a cobrança é de imposto destacado/cobrado e não recolhido os cofres do estado da Bahia, isso se configurando apropriação indébita, crime previsto em lei (inciso II da Lei 8.137/90).

Acrescentou que foram anexadas as planilhas em CD com cópia (fl. 77) e enviado ao contribuinte, fl. 74, que apresentou manifestação às fls. 80 a 120, a qual foi respondida, fls. 121 e 122, com a seguinte exclamação: “Agora o auto em questão volta em forma de diligência!”.

A seguir apresentou a seguinte “Resposta”:

Item - Em relação aos argumentos trazidos pela autuada, já refutamos tanto na informação fiscal (fls. 72 a 77) quanto na resposta à manifestação do contribuinte (fls. 121 e 122) – quanto ao CFOP de amostra grátis, quem destacou o ICMS Partilha foi o contribuinte, como pode ser observado nas notas fiscais, imposto destacado e cobrado tem que ser recolhido.

Em relação ao AI 2986240035/20-3 se trata de recolhimento a menor do ICMS Partilha, ou seja, recalculamos o imposto e cobramos a diferença, AI 2986240036/20-0 se trata de recolhimento a menos da FCP (Fundo de Combate à Pobreza), ou seja, recalculamos o imposto e cobramos a diferença – dito isto, entendemos que não há nenhuma repercussão sobre este PAF.

Item 2 – Foi anexado aos autos planilhas em CD, com todas as notas fiscais e remetida ao contribuinte, que se manifestou às fls. 80 a 120, que foi contra-argumentada às fls. 121 e 122, não havendo necessidade de repetir o procedimento, isso geraria atraso na solução do PAF e nenhum fato novo seria aditado.

Item 3 – O contribuinte já se defendeu, já se manifestou e o PAF se encontra devidamente instruído.

Item 4 – Não há mais o que acrescentar em uma nova informação fiscal, o trabalho seria uma repetição do que está aí, já houve argumentação e contra argumentação no PAF, cabe agora ao CONSEF a decisão de mérito.

Mais uma vez, em 30 de novembro de 2021, o PAF foi convertido em diligência nos seguintes termos:

“Em 31 de agosto de 2021 o presente PAF foi encaminhado em diligência, fls. 126 e 127, contendo as solicitações abaixo:

1 – Que os autuantes analisem e se pronunciem objetivamente sobre todos os argumentos defensivos trazidos pelo autuado, isto em relação a todo o período autuado, inclusive em relação as referidas autuações anteriores sobre os mesmos exercícios, (A.I. nº 2986240035/20-3 e NF2986240036/20-0), se possuem alguma repercussão quanto ao presente A.I.

2 - Anexar aos autos a planilha CD com a composição das notas fiscais que deram causa a autuação, a qual se referiram na Informação Fiscal, porém não juntada à mesma, disponibilizando uma cópia ao autuado para que o mesmo proceda as devidas análises.

3 – Reabertura do prazo de defesa para que o autuado possa se pronunciar a respeito da diligência, com entrega ao mesmo de cópia desta solicitação e do seu resultado.

4 – Após a manifestação pelo autuado os autuantes deverão prestar nova informação fiscal.

Tendo em vista que o PAF retornou ao CONSEF para julgamento sem que a parte destacada no item 2 acima, assim como os itens 3 e 4, fossem atendidos, decidiu esta 4ª JJF em sessão de pauta suplementar realizada nesta data por nova conversão do PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que a diligência anterior seja complementada em relação as partes acima em destaque.

Em atendimento os autuantes se pronunciaram às fls. 138 e 139, onde fizeram um breve retrospecto em relação a diligência anterior e, quanto a esta última assim se posicionaram:

Item 1 - Foi atendido.

Item 2 - Anexo estamos enviando via AR o CD autenticado, com todas as notas fiscais objeto da autuação, para que o autuado proceda as devidas análises.

Item 3 – Reabrimos prazo de defesa para a empresa, que a partir do recebimento desse “AR”, terá 30 dias para se manifestar.

O autuado se manifestou conforme fls. 147 a 155, onde efetuou esclarecimentos introdutórios e citou que na presente informação fiscal, novamente a autoridade lançadora lhe remeteu a mesma planilha já disponibilizada anteriormente e, no que diz respeito às alegações de defesa, quedou-se silente.

Com isso pontuou que lhe cabe, neste momento, reforçar e ratificar aquilo que já havia sido alegado em sua defesa no presente processo administrativo, além de trazer novos elementos que visam afastar qualquer dúvida que a exigência é totalmente descabida.

Ao se reportar a Metodologia de Cálculo Utilizada pela Fiscalização, repetiu todos os argumentos já apresentados anteriormente, inclusive o relacionado ao exemplo concernente ao mês de outubro/19, voltando a pontuar que é possível constatar que há 19 itens listados, com valores variados que somados montam o total de R\$ 9.617,13 (campo NF-e – “Valor Total dos Produtos”).

Voltou a mencionar que, por erro sistêmico da base de notas fiscais da SEFAZ/BA ou até mesmo por erro da Fiscalização, atribuiu-se valores de ICMS-DIFAL (“VICMSUFDest”) nos valores de R\$ 72,13 e R\$ 164,39, a uma série de produtos que originalmente não possuíam qualquer destaque de imposto como se tivesse destacado tais valores em seus documentos fiscais, indagando: se os itens possuem diferentes valores, como seria possível que o mesmo valor de R\$ 72,13 (ou R\$ 164,39) fosse calculado a título de ICMS se as bases de incidência são totalmente distintas? Observou que o único item da Nota Fiscal cujo cálculo de ICMS resulta em R\$ 72,13 é o produto “VCY NDM GEL INTENSIVO 4ML” (R\$ 655,75 x 18% - R\$ 45,90), voltando a indagar: Por que a autoridade fiscal replicou este mesmo valor para todos os itens em que não fora calculado ICMS-DIFAL? Citando que esta é uma questão que a diligência não respondeu.

Frisou que de toda Nota Fiscal em questão, tributou três itens (aqueles em que o valor de ICMS na origem foi destacado na coluna VICMS). Para estes mesmos itens, disse que destacou e recolheu o ICMS para o Estado de destino (valores de R\$ 72,13, R\$ 1,22 e R\$ 91,04), conforme extrato do XML abaixo (XML anexado na íntegra em anexo – DOC.03): C1, enquanto que na “tag” em que consta o totalizador da nota fiscal e o valor destacado ao Estado de destino, consta o somatório dos três valores acima demonstrados no total de R\$ 164,39, sendo este o valor devido ao Estado da Bahia.

Questionou por que a autoridade fiscal atribuiu o valor de R\$ 164,39 como o ICMS-DIFAL devido aos itens “VCY SCH LIFTC SERUM10 SUPREM 1,5ML” e “VCY MINI LIFTC SERUM 10 SUPREME 3ML” (como visto anteriormente)? É uma questão que também considera que permanece sem resposta e sem qualquer esclarecimento em sede de diligência. Afinal, como disse estar demonstrado acima, tal valor corresponde à totalidade do ICMS-DIFAL incidente na operação em questão e não o valor referente àqueles itens especificamente.

Acrescentou que para espantar qualquer dúvida que possa restar quanto à alegação de que destacou e repassou os valores de ICMS aos cofres públicos, citou o DANFE da mesma nota fiscal (DOC. 04): C1 - Internal use 21. Nota-se que os únicos itens em que houve algum destaque de ICMS são os itens “NMD NOVA FICHA POSOL PHYTO”, “VCY NDM GEL INTENSIVO 4ML” e “VCY NDM PHYTOSOL 1.5 ML” (em destaque). Bem assim, o retro mencionado valor de R\$ 164,39 consta no campo de “informações complementares” como o ICMS devido ao Estado de destino, indagando qual a justificativa da fiscalização para apontar que houve destaque de ICMS em relação a todos os demais itens da nota fiscal em comentário quando está demonstrado nitidamente que não houve? Não há nenhum elemento no DANFE ou no XML da Nota Fiscal eletrônica que aponte destaque de imposto.

Desta forma, disse esperar que os elementos ora apresentados sejam suficientes para demonstrar que o auto de infração lavrado se apoia em metodologia absolutamente incorreta, imprecisa e

indevida.

Acrescentou que a despeito de a demonstração ora efetuada dizer respeito a uma nota fiscal, o evidente erro do lançamento repete-se nos demais documentos fiscais em que a cobrança se apoia, no entanto, mostra-se impraticável realizar esta mesma análise para mais de 170 documentos fiscais, de modo que está anexando à presente manifestação outros DANFES (DOC. 05) que foram objeto da autuação para evidenciar que apenas destacou ICMS (e consequentemente o DIFAL) em operações de venda (CFOP 6108) ou remessa de mercadorias e amostras a não contribuintes (CFOP 6949 e 6911, este último apenas quando não atendidos os requisitos legais da isenção), sendo absolutamente improcedente a alegação dos autuantes quanto ao destaque e não recolhimento do ICMS.

Voltou a discorrer a respeito da exigência do imposto incidente sobre remessas em amostra grátis, onde, a rigor, repetiu os mesmos argumentos já trazidos anteriormente.

Mencionou que segundo o autuante, toda a autuação fiscal se assenta em uma premissa: a de que houve destaque e não recolhimento de ICMS em notas fiscais destinadas ao Estado da Bahia, afirmando que, como demonstrado ao longo da presente defesa:

- (i) não houve nenhum destaque de ICMS-DIFAL nas mercadorias que geraram a divergência de ICMS apontada pela autoridade administrativa;
- (ii) o ICMS-DIFAL que a autoridade fiscal aponta como devido sobre as mercadorias em questão foi apurado com evidente erro de cálculo por sequer considerar o valor do respectivo item e sim por atribuir o valor de ICMS-DIFAL de outros produtos constantes da nota fiscal àqueles itens que não tinham destaque do imposto;
- (iii) os itens que não possuíam destaque de ICMS nas notas fiscais tinham tal tratamento por serem remessas de amostras grátis ao Estado da Bahia, sendo isentas, portanto.

Concluiu reiterando os motivos já expostos em sede de Impugnação, requerendo, desde já, o seu devido acolhimento, de forma a ser julgado inteiramente improcedente o Auto de Infração em comento.

Por último, os autuantes voltaram a se pronunciar à fl. 253 citando que a solicitação para que fosse prestada nova informação fiscal resultaria em redundância já que após a resposta a diligência, fls. 138 a 144, onde foram anexadas todas as notas fiscais em CD autenticado, enviado ao autuado via AR, o autuado não traz fato novo em sua manifestação.

Finalizaram citando que com o término da instrução, dando ao autuado a possibilidade de defesa/recolhimento devido, remeteram o PAF ao CONSEF para um melhor juízo de valor, opinando, porém, pela procedência do mesmo.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Thaiany Ribeiro Mordokh Dassa, OAB/RJ nº 188.738, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 27/07/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 203.339,22, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a”, em decorrência da seguinte acusação: **“Infração 01 – 02.01.30: 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 do imposto, localizado neste Estado. Empresa reteve/destacou e não recolheu ICMS Partilha EC 87-15 c/Conv. 93-15”**. (grifo acrescido).

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, ao argumento de que os autuantes se restringiram a apresentar um quadro, fl. 08, com os valores que consideraram como devidos, porém sem apresentarem uma planilha com a relação das notas fiscais que compusessem tal quadro mencionado, de modo que pudesse analisar tal levantamento

e processar a defesa com o embasamento devido.

Esta é uma questão que, ao meu ver, ao longo das diligências que foram realizadas, foi superada na medida em que tal planilha contendo as notas fiscais que, em princípio, deram causa à autuação, foi entregue ao autuado e reaberto o prazo de defesa. Desta maneira não acolho este pedido de nulidade do Auto de Infração.

Como segundo pedido de nulidade, decorrente de vício material insanável e flagrante ilegalidade no lançamento, vejo que este pedido engloba diversas questões importantes relacionadas ao lançamento sob análise, as quais serão aqui enfrentadas.

A este respeito alegou o autuado que houve um erro sistêmico na base de dados da SEFAZ, ou da lavra dos autuantes, que impactou diretamente na apuração do imposto no curso da ação fiscal, isto é, foi considerado na apuração do imposto, por documento fiscal, o valor total da operação como sendo para cada item da nota fiscal, chegando a um valor irreal da operação.

Neste sentido, o autuado apresentou diversos exemplos de notas fiscais incluídas na autuação que ao seu argumento contém esse equívoco, tal como a Nota Fiscal nº 1188495, fl. 58, cujo total da operação é no valor de R\$ 9.617,13, tendo sido, segundo o autuado, adotado esse valor pelos autuantes, como sendo o valor de cada item, aumentando o valor da operação em quase vinte vezes, ou seja, para o montante de R\$ 182.725,47.

Nas diligências realizadas, apesar do destaque desse fato nas solicitações encaminhadas, os autuantes não se pronunciaram e se omitiram a este respeito, apesar de expressa solicitação nesse sentido, repito.

Analisando objetivamente o lançamento relacionado ao mês de outubro/19, citado na defesa, a planilha constante do CD juntado aos autos fl. 77, totaliza a título ICMS/Unidade de destino, o valor de R\$ 53.833,93, que é o mesmo que se encontra inserido no quadro de fl. 08, mês 10/19, a título de **“Retido Partilha”**.

Examinando a planilha referente ao mês 10/19, onde se encontra inserida a Nota Fiscal nº 1188495, que contém 19 (dezenove) itens, e que compõem o valor de R\$ 53.833,93, constante no quadro de fl. 08, assim se apresenta a composição dos seus dezenove itens a título de ICMS/Partilha:

14/10/2019	1188495	1	BA		1,22
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		72,13
14/10/2019	1188495	1	BA		91,04
14/10/2019	1188495	1	BA		164,39
14/10/2019	1188495	1	BA		164,39

De acordo com o constante na aludida nota fiscal, fl. 58, todos os dezenove itens possuem valores unitários diferentes, não se justificando que dos 19 itens acima, dezesseis contenham a exigência de ICMS no valor unitário de R\$ 72,13, com base de cálculo diversa, sendo apenas o primeiro item de valor divergente, enquanto os dois últimos, apesar de preços unitários divergentes, indicam o ICMS Partilha de R\$ 164,39, o que denota flagrante existência de erro.

Considerando que foi afixado pelo autuado, a título de exemplo, o *print* da tabela indicando

preços unitários idênticos para o valor dos produtos, e isto ocorreu em relação as demais notas fiscais, os autuantes ignoraram tal situação nas três intervenções realizadas nos autos.

Não se pode perder de vista **que a acusação se refere a ICMS retido destacado e não recolhido**. Nesta ótica o autuado defende que em relação as notas fiscais emitidas a título de Remessa em Amostra Grátis, não calcula ou destaca o ICMS Partilha com base na Cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90 e art. 265, XXI do RICMS/BA que consideram isentos do ICMS, em produtos com quantidade diminuta ou sem nenhum valor comercial.

Apesar de ser esta outra questão não enfrentada pelos autuantes, vejo que, nesta ótica e à luz das notas fiscais juntadas pelo autuado, de forma exemplificativa, fls. 58 a 67, vejo, por exemplo, em relação a mesma nf 1188495, tomada acima como exemplo, que as quantidades dos produtos, por cada item, são bastante significativas, chegando em determinados itens, ultrapassar a quantidade de 1.000 unidades, o que, convenhamos, não pode ser considerado como de diminuto ou sem valor comercial. Portanto, esta é uma questão que, com todo o respeito, carece de verificação por parte do Estado de origem do remetente, não se podendo acolher o argumento defensivo de que tais operações não se encontram sujeitas a incidência do ICMS.

Outra questão relevante é que, conforme já dito e repetido, a acusação se refere a ICMS “Retido Partilha”. Ao meu entender não existe a figura de ICMS retido no presente caso, posto que, o imposto é apenas destacado no documento fiscal, inexistindo a figura da aludida retenção. Desta forma, considero imprópria a citação posta pelos autuantes no sentido de que, *“o ICMS partilha destacado nas notas fiscais, e, se está destacado/retido, deve ser recolhido, senão se configura apropriação indébita, à luz do inciso II, Art. 2º da Lei nº 8.137/90”*. Aliás, se de fato se tratasse de imposto retido e não recolhido, a multa que deveria ter sido aplicada teria sido no percentual de 150% (art. 42, V da Lei 7.014/96), vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ou de 100% a partir de 13/12/19, e não no percentual de 60% prevista no inciso II “f” do mesmo diploma legal, que se refere a imposto não recolhido tempestivamente.

Diante de todos estes fatos, além do silêncio perpetrado pelos autuantes em relação a importantes questionamentos apresentados pela defesa, estou convencido que nos encontramos diante de um vício material insanável presente na formatação do lançamento, tornando a fixação do valor da base de cálculo totalmente inseguro, razão pela qual, acolho o argumento defensivo e com base no Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0038/20-2**, lavrado contra **L'OREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR