

PROCESSO	- A. I. N° 298624.0038/20-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- L'OREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF n° 0185-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0447-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 4ª JJF N° 0185-04/22-VD, que, por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/07/2020, para reclamar crédito tributário, no valor histórico de R\$ 203.339,22, acrescido de multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração: **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*”.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 16/08/2022 (fls. 260 a 268) e decidiu, por unanimidade, pela Nulidade do presente lançamento. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“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 sistemático 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 n° 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.

Analizando 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:

(...)

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 citaçãoposta 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”

Como a redução do crédito tributário, devidamente atualizado, foi superior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a 4ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Thaiany Ribeiro Mordokh Dassa que exerceu o direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Observa-se que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0185-04/22-VD) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário lançado de R\$ 203.339,22, em valores históricos, acrescido de multa de 60%, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

No que diz respeito ao mérito, a acusação fiscal é a de que o Autuado, localizado em outra unidade da federação, na condição de remetente das mercadorias, bens ou serviços, a consumidor final, não contribuinte, localizado neste Estado, deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual. Segundo os Autuantes, o Autuado reteve/destacou e não recolheu o ICMS Partilha (EC nº 87/15 c/c Convênio ICMS 93-15).

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 16/08/2022 (fls. 260 a 268) e decidiu, por unanimidade, pela Nulidade do Auto de Infração, em razão do erro material na formação do

lançamento, que torna a fixação do valor da base de cálculo totalmente inseguro, com fulcro no artigo 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA. A JJF acolheu o argumento, suscitado pelo Autuado na sua defesa, de que houve um erro sistêmico na base de Notas Fiscais da SEFAZ, que diretamente impactou na apuração realizada pelos Autuantes.

Pelo fato de a autuação envolver vinte e duas competências e um volume muito grande de notas fiscais, o Autuado demonstrou, por amostragem, as irregularidades apontadas, discriminando as notas emitidas em outubro de 2019 para demonstrar as suas alegações.

Entre as 10 notas fiscais, referentes ao mês de outubro de 2019, analisadas em sua defesa, o Autuado tratou sobre a Nota Fiscal nº 1188495 (fls. 58 e 58-V), cuja operação teve como destinatário Jairo Sales Araújo Filho. Essa nota é composta por 19 itens, com valores variados de produtos que, somados, perfazem o montante de R\$ 9.617,13. Apesar de esse ser o valor de todos os itens somados, percebe-se que os Autuantes consideraram esse valor como sendo o valor de cada item a que faz referência o documento fiscal, consoante se observa da planilha constante no CD juntado aos autos à fl. 77, cujo *print* foi reproduzido abaixo. Por esse motivo, em relação a operação descrita nessa nota fiscal, os Autuantes entenderam que o valor total da operação corresponderia ao montante de R\$ 182.775,47 e não ao montante de R\$ 9.617,13.

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

Além disso, conforme destacado pela decisão recorrida, apesar de todos os dezenove itens que compõe a Nota Fiscal nº 1188495 serem diferentes e possuírem preços unitários divergentes, dezesseis contém a exigência de ICMS no valor de R\$ 72,13, o que não se justifica. Assim como acontece com os dois últimos itens da nota fiscal que, apesar de serem diversos e possuírem valores diferentes, sofrem a incidência, segundo os Autuantes, do mesmo valor de ICMS Partilha de R\$ 164,39, o que revela a existência de erro.

Neste particular, ainda, acrescento que, apesar de a acusação se referir a ICMS Partilha retido/destacado e não recolhido, foi exigido pelos Autuantes tributo superior ao destacado pelo contribuinte nas notas fiscais. A título de exemplo, examinando a Nota Fiscal nº 1188495 (fls. 58 e 58-V), dos 19 itens que a compõem, apenas 3 foram tributados. Os demais não foram tributados por, segundo o contribuinte, se tratarem de amostras grátis (CFOP 6911). No entanto, como visto acima, para além dos equívocos no cálculo já citados, no demonstrativo elaborado pelo Autuantes, todos os itens da nota foram objeto de tributação, razão pela qual, concluiu que o ICMS Partilha a ser recolhido pelo contribuinte deveria ser no montante de R\$ 1.502,99 e não de R\$ 164,39, conforme destacado na nota fiscal (campo “Dados Adicionais” da NF-e).

O mesmo aqui exposto em relação a Nota Fiscal nº 1188495, se observa em relação às demais notas, analisadas na defesa do Autuado, quais sejam as de nºs 1188559, 1188567, 1188598, 1188608, 1188613, 1188629, 1190379, 1191121, 1191150, todas emitidas em outubro de 2019.

Os Autuantes apresentaram Informação Fiscal, às fls. 72 a 78, mas, conforme evidenciado pela manifestação apresentada pelos Autuados (fls. 109 a 112) não se prenunciaram sobre os erros sistêmicos na base de notas fiscais da SEFAZ, deixando de saneá-los ou mesmo de defender a regularidade do lançamento nesse particular. Os Autuantes não se manifestaram sobre o fato de

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. Um dos Autuantes voltou a se pronunciar nos autos às fls. 122 e 124, mas novamente não se manifestou sobre esse ponto.

Em 31 de agosto de 2021 (fls. 126 e 127), o presente PAF foi convertido em diligência à INFAZ de origem, oportunidade em que expressamente foi solicitado “*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, (AI nº 2986240035/20-3 e NF nº 2986240036/20-0), se possuem alguma repercussão quanto ao presente Auto de Infração”; 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 (...)*”.

Em resposta, um dos Autuantes se manifestou às fls. 130 e 131 e não tratou sobre os equívocos apontados pelo Autuado. No que diz respeito ao item 1 da diligência requerida, um dos Autuantes afirmou que “*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 em relação ao CFOP de amostra grátis, quem destacou o ‘ICMS Partilha’, foi o contribuinte, como pode ser observado das 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 2989240036/20-0 se trata de recolhimento a maior do FCP (Fundo de Combate a Pobreza), ou seja, recalculamos o imposto e cobramos a diferença – dito isto, entendemos que não há nenhuma repercussão nesse PAF*”.

O processo administrativo foi novamente convertido em diligência em 30 de novembro de 2021 (fl. 134). Em face da solicitação de diligência, o Autuado se manifestou às fls. 138 a 144 e não trouxe nenhum elemento novo aos autos, atraindo, portanto, a incidência, na situação em exame, do quanto disposto no artigo 140 do RPAF/BA, que prevê que “*o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”.

Diante disso, é possível perceber que os Autuantes, apesar de terem algumas oportunidades para tanto, não enfrentaram as inconsistências demonstradas pelo Autuado em relação ao lançamento em exame no que diz respeito à fixação do valor da base de cálculo e do *quantum* exigido, que se mostram, por todo o exposto, completamente inseguros, em contrariedade ao quanto disposto no artigo 142 do CTN, o que implica na nulidade do presente Auto de Infração, com amparo no disposto no artigo 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 298624.0038/20-2, lavrado contra L'OREAL BRASIL COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2023.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO - RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS