

A. I. Nº - 298624.0026/21-2
AUTUADO - L'OREAL BRASIL COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTES - WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/03/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0042-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Decretada de ofício a nulidade do lançamento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/06/2021 exige ICMS no valor de R\$ 66.629,75, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 002.001.030 – O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. O imposto foi destacado na nota fiscal, planilha anexa e não foi recolhido acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Foi acrescento que: *“O imposto foi destacado na nota fiscal, planilha anexa e não foi recolhido”.*

O autuado, por seu representante legal, às fls. 16 a 35, inicialmente fala sobre a tempestividade da apresentação da defesa. Em seguida diz que a empresa teve contra si lavrado o referido Auto de infração por supostamente ter infringido o art. 2º, inciso IV e § 4º, inciso II; art. 15, §7º e art. 49-B da Lei nº 7.014/96, c/c art. 99 do ADCT da CRFB/88, acrescido pela EC nº 87/15; e Convênio ICMS 93/15, sem contudo indicar o dispositivo pretensamente infringido.

Transcreve o teor dos dispositivos que trazem a linha base da autuação e em seguida diz que segundo o auditor a empresa supostamente recolheu a menor o ICMS-DIFAL, previsto na Emenda Constitucional nº 87/2015, relativamente aos meses de fevereiro a dezembro do ano de 2017, conforme imagem que colacionou.

Portanto, os valores a serem partilhados à Bahia correspondiam a 60% do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual do estado remetente.

Informa que a presente defesa pretende demonstrar a correção dos procedimentos efetuados no que diz respeito à não incidência do ICMS nas remessas interestaduais de amostras grátis.

Abre o tópico denominado “Da Correção dos Procedimentos Efetuados pela Impugnante no Que Diz Respeito à Não Incidência do ICMS nas Remessas Interestaduais de Amostras Grátis”, informando que Ao proceder ao lançamento de ofício, o Ilmo. Auditor Fiscal anexou 2 (duas) planilhas suporte. A primeira (“loreal2017”), que contém a relação das notas fiscais escopo da presente autuação fiscal, e a segunda (“retido e não recolhido auto”), com a identificação do ICMS Partilha destacado nas notas fiscais e as diferenças não recolhidas do imposto, supostamente devidas, conforme imagem que anexou.

Prossegue dizendo que ao analisar as operações identificadas pela D. Autoridade Fiscalizadora,

pode-se constatar que as supostas diferenças do imposto não recolhidas se devem às operações envolvendo o CFOP 6911 – “Remessa de Amostra Grátis”. Isso porque, ao verificar a Planilha “*loreal2017*”, e excluir da análise os CFOPs 2202, 2949, 6108 e 6949, conclui-se que estes não estão contemplados nas mencionadas divergências, como pode ser facilmente constado no quadro copiado.

Passa a demonstrar a título exemplificativo as relacionadas ao mês de maio/2017, evidenciando-se que o valor do somatório da coluna “ICMS Partilha Destino” corresponde ao valor de R\$ 1.046,42, conforme destacado em vermelho na imagem anterior.

De forma a melhor evidenciar o cenário fiscal, passa-se a analisar as 5 (cinco) notas fiscais (DOC. 06) relativas ao mês de maio.

(i) Nota Fiscal nº 000.727.169 – Lucas Jorge Silva Riccio

- Como pode ser observado no quadro a seguir, e posteriormente no DANFE, na descrição dos itens infere-se que os 5 produtos possuem volume de pequena quantidade (estritamente necessária para o conhecimento de sua natureza), remetidos a valores irrisórios diante da quantidade de itens envolvidos. Dessa forma, ao verificar o CFOP 6911, não restam dúvidas de que se trata de amostras grátis.
- A título exemplificativo, veja que o item 3 (destacado em rosa - DANFE) – “*SKC MINI LHA CLEANSING GEL 15X3G*” – trata-se de uma amostra grátis, como pode ser facilmente identificado pelo CFOP utilizado na operação (6911), e apresenta o valor unitário de R\$ 23,17 e valor total de R\$ 741,44, relativo às 32 unidades.
- Inclusive, é possível identificar que não houve o destaque de ICMS em relação a estes produtos, assim como, no campo “Informações Complementares” do DANFE faz-se menção da base legal indicativa da isenção atribuída às operações de amostra grátis (Convênio ICMS 29/90).

ii) Nota Fiscal nº 000.727.190 – Destinatário Luis Alberto Pires de Oliveira

- Como pode ser observado no quadro abaixo, e posteriormente no DANFE, na descrição infere-se que os 22 produtos possuem volume de pequena quantidade (estritamente necessária para o conhecimento de sua natureza), remetidos a valores irrisórios diante da quantidade de itens envolvidos. Dessa forma, ao verificar o CFOP 6911, não restam dúvidas de que se trata de amostras grátis.
- A título exemplificativo, veja que o item 6 (destacado em rosa - DANFE) – “*LRP MKT MINI LIPIKAR BAUM AP+ 15ML*” – trata-se de uma amostra grátis, como pode ser facilmente identificado pelo CFOP utilizado na operação (6911) e apresenta o valor unitário de R\$ 1,80 e valor total de R\$ 1.647,00, relativo às 915 unidades.
- Inclusive, é possível identificar que não houve o destaque de ICMS em relação a estes produtos, assim como, no campo “Informações Complementares” do DANFE faz-se menção da base legal indicativa da isenção atribuída às operações de amostra grátis (Convênio ICMS nº 29/90).

iii) Nota Fiscal nº 000.727.191 – Destinatário Fabio Fazio da Silveira

- Como pode ser observado no quadro abaixo, e posteriormente no DANFE, na descrição infere-se que os 18 produtos possuem volume de pequena quantidade (estritamente necessária para o conhecimento de sua natureza), remetidos a valores irrisórios diante da quantidade de itens envolvidos. Dessa forma, ao verificar o CFOP 6911, não restam dúvidas de que se trata de amostras grátis.
- A título exemplificativo, veja que o item 1 (destacado em rosa - DANFE) – “*LRP SCH KERIUM DS SH A.CASP 10ML*” – trata-se de uma amostra grátis, como pode ser facilmente identificado pelo CFOP utilizado na operação (6911) e apresenta o valor unitário de R\$ 0,51 e valor total de R\$ 187,17, relativo às 367 unidades.
- Inclusive, é possível identificar que não houve o destaque de ICMS em relação a estes produtos,

assim como, no campo “Informações Complementares” do DANFE faz-se menção da base legal indicativa da isenção atribuída às operações de amostra grátis (Convênio ICMS nº 29/90).

Segue demonstrando os dados relativos as Notas Fiscais nºs 730.668 e 730.676.

Assim, diante da exposição e análise minuciosa destas 5 (cinco) notas fiscais emitidas no mês de maio (**DOC. 06**), nota-se que, em todos os demais meses da planilha “*loreal2017*”, anexa ao Auto de Infração, as operações envolvendo amostras grátis (CFOP 6911) são as únicas que apresentam supostos valores a recolher de ICMS-DIFAL EC 87/15. Dessa forma, este é o objeto da defesa em comento.

Conforme pode ser observado na planilha “*loreal2017*”, apurou-se supostas divergências de ICMS DIFAL EC 87/15 em relação às 83 notas fiscais (**DOC. 07**) que contêm produtos denominados como amostra grátis. No entanto, o i. Auditor Fiscal entendeu que eles deveriam sofrer incidência do ICMS, e consequentemente, procedeu ao lançamento de ofício do imposto sobre estes produtos.

Vale lembrar que, amostra grátis é produto de distribuição gratuita, de diminuto ou nenhum valor comercial, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, atendidos os requisitos legais (**DOC. 08**). Inclusive, o fisco baiano infere que:

“Brindes são mercadorias que não constituem objeto normal da atividade do contribuinte, sendo adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou a usuário final; já amostras grátis são pequenas quantidades ou quantidades reduzidas de produtos, com o intuito de divulgação da marca, não sendo consideradas operações tributáveis pelo imposto, ao passo que a bonificação se trata de desconto comercial dado dentro do documento fiscal por meio de entrega de quantidade maior de mercadorias ao mesmo preço.” (Acórdão CJF Nº 0289-12/11, publicado em 26/09/2011)

Assim, diante destas características, e em se tratando de operações interestaduais desoneradas de ICMS, o CONFAZ, por meio do Convênio ICMS nº 29/90, prevê a isenção do imposto nas saídas de amostra grátis, e transcreve o referido dispositivo.

Neste sentido, informa que a Impugnante observou as normas estaduais dos estados envolvidos em suas transações comerciais, e não tributou o ICMS nas remessas interestaduais, incidente nas operações envolvendo consumidor final e não contribuinte do ICMS, já que todas as amostras grátis enviadas a título gratuito atendem aos requisitos legais.

Frisa que a Contribuinte indica os dizeres “**amostra grátis**” e “**venda proibida**” em suas embalagens de amostra grátis, conforme exemplo abaixo (**DOC. 08**):

Assim, a Impugnante refletiu este tratamento tributário em suas obrigações acessórias, de forma a não proceder ao destaque dos impostos em suas notas fiscais - que suportaram as transações - e também indicou os permissivos legais da desoneração fiscal no campo “Dados Adicionais” da NF-e. Isto pode ser facilmente constatado nas 83 notas fiscais (**DOC. 6**) relativas à operação.

Esclarece que o próprio fisco baiano reconhece e aplica a desoneração de ICMS, prevista em lei, em remessas interestaduais de amostra grátis ao Estado da Bahia. Neste sentido, é pertinente citar a jurisprudência administrativa baiana em casos similares ao da presente Impugnante e transcreve trechos de voto relativo ao: ACÓRDÃO JJF Nº 0049-02/21-VD.

Caso a presente defesa não seja acolhida de plano, com base no princípio da verdade material que orienta o processo administrativo fiscal, nos termos dos arts. 123, parágrafo 3º e 145 do RPAF/BA, a Impugnante protesta pela realização de diligência para a devida averiguação dos itens componentes do CFOP 6911 – “Remessa de Amostra Grátis” sob os quais fez incidir o ICMS DIFAL EC 87/15, presentes nas notas fiscais objeto desta autuação fiscal.

Um dos autuantes ao prestar a Informação fls.44 a 45, após descrever a infração diz que o contribuinte na apresentação da defesa reproduz toda a legislação pertinente e adentra na discussão de Amostra Grátis dizendo que não houve a retenção.

Assevera que a autuação está correta e o que cobrou foi o imposto retido e não recolhido (fl. 05) a coluna “ICMS” partilha de destino” (fl. 07) mostra mês a mês, Nota Fiscal a Nota Fiscal o total do imposto destacado.

Diz que para respaldar a Informação Fiscal solicitou cópias dos DANFES das notas fiscais acostadas pela defesa, com os respectivos “xmls” onde é possível observar o destaque do ICMS Partilha, vide Nota Fiscal 678.964, onde imprimiu parte da planilha total, so com a referida Nota e marcou o destaque a título de exemplo (fls. 246 a 253).

Assevera que este PAF foi efetuado com informações prestadas pelo contribuinte, e alerta que o imposto retido e não recolhido é crime previsto na legislação. Consoante Lei Federal nº 8.137, de 27 de dezembro.

Ressalta que no caso, a EC 87-15 a multa prevista foi menor, por não constar no sistema informatizado de auto de infração – SEAI.

Finaliza informando que em razão de não alteração no lançamento, nem fatos novos o PAF deve ser encaminhado ao CONSEF para julgamento.

Na sessão de julgamento realizada no dia 15 de outubro de 2021 o patrono da empresa reiterou os argumentos defensivos, asseverando que as operações objeto do presente lançamento supostamente se referiam ao CFOP6911- Remessa de Amostra Grátis, portanto, isentas do pagamento do imposto.

Considerando que de acordo com o demonstrativo analítico que embasa o presente lançamento inserido no CD de fl. 10, denominado “Saída Part.Menor Auto” referente ao período autuado, não foi localizada nenhuma operação com o CFOP6911, entretanto, os valores totais apurados mensalmente não coincidem com os inseridos no Auto de Infração, os membros desta Junta de Julgamento Fiscal decidiram pela conversão do processo em diligência para que os autuantes anexasse ao PAF a planilha CD com a composição das notas fiscais que deram causa a autuação, totalizando mensalmente.

Após foi solicitado que a Repartição Fazendária intimasse o autuado, mediante recibo, para entrega dos demonstrativos que fossem acostados pelos autuantes, reabrindo o prazo de defesa, e havendo manifestação do autuado foi solicitado que desse ciência ao autuante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

No atendimento da diligência um dos autuante, à fl. 315, informou que ao abrir o CD de fl. 10 verificou que constavam duas planilhas referentes a outro auto de infração e informou estar anexando ao PAF novamente os papéis de trabalho em novo CD (com autenticação) e que enviaria também para empresa via DTE e correios, incluindo as Notas fiscais em arquivos DANFE e XML, constantes às fls. 246 a 247.

O contribuinte foi cientificado via correios e DTE, onde foi concedido o prazo de 10 dias para se manifestar, conforme se verifica no documento de fl. 318 e 319, em desacordo com o solicitado no pedido de diligência que seria de 60 dias.

Além disso, o sujeito passivo ao se manifestar às fls. 321 a 328 informou que foi remetida a mesma planilha já disponibilizada anteriormente e que fiscalização não se manifestou em relação as alegações defensivas, ou seja sustentou apenas que, a despeito daquilo que fora manifestado pela empresa, de maneira clara, não se tratava de exigência de ICMS sobre operações realizadas com amostra grátis, mas sim de ICMS_DIFAL destacado nas notas fiscais e não recolhido aos cofres públicos.

Ratifica aquilo que já havia sido alegado em sua defesa no presente processo administrativo, além de trazer novos elementos que visam a afastar qualquer dúvida que a exigência é totalmente descabida, conforme a seguir:

Abre tópico denominado “Da Metodologia de Cálculo Utilizada pela Fiscalização” afirmando que como mencionado anteriormente, a Autoridade Fiscal remeteu à Impugnante uma planilha

(arquivo “loreal2017.xlsx”) contendo a base de notas fiscais relativas à autuação fiscal, com a íntegra dos documentos de venda/circulação de mercadorias destinadas pela L'Oréal Brasil a consumidores finais no Estado da Bahia, além de devoluções realizadas no período. 10. Na coluna “VICMSUFDest” (coluna BF da planilha).

O Fiscal apresentou os valores supostamente destacados a título de ICMS-DIFAL ao Estado de destino das mercadorias. A partir desta informação, o Auditor Fiscal anexou a planilha de suporte denominada “retido e não recolhido auto”, com a identificação do ICMS Partilha destacado nas notas fiscais e as diferenças não recolhidas do imposto, supostamente devidas, tal como extrato que copiou.

Assim, tomando-se o mês de maio de 2017 como exemplo, a Impugnante teria destacado ICMS no valor R\$ 9.612,38 em suas notas fiscais de saída de mercadorias (CFOP 6108, 6911 e 6949), teria recolhido R\$ 8.565,96, resultando numa diferença de R\$ 1.046,42 cobrada pela autoridade fiscal.

Ocorre que tal informação não condiz com a realidade dos fatos, já que os dados constantes na planilha ou foram calculados incorretamente pela autoridade fiscal ou foram fruto de erro sistêmico nos bancos de dados da Secretaria de Fazenda.

Aponta como exemplo os dados constantes com relação à Nota Fiscal 727169, emitida pela Impugnante em 05/05/2017.

Diz ser possível constatar que há 8 itens listados, com valores variados que somados montam o valor de R\$ 13.314,17 (campo NF-e – “Valor Total dos Produto).

No entanto, 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\$ 21,12, a uma série de produtos que originalmente não possuíam qualquer destaque de imposto como se a Impugnante tivesse destacado tais valores em seu documento fiscal.

Assevera que se os itens possuem diferentes valores, como seria possível que o mesmo montante de R\$ 21,12 fosse calculado a título de ICMS se as bases de incidência (coluna “VALOR PRODUTO”) são totalmente distintas. O único item da Nota Fiscal cujo cálculo de ICMS resulta em R\$ 21,12 é o produto “SKC SACOLA 2017” ($R\$ 320 \times 18\% - R\$ 22,40 = R\$ 21,12$).

Questiona por que a autoridade fiscal replicou este mesmo valor para todos os itens em que não fora calculado ICMS-DIFAL pela Impugnante. É uma dúvida que a diligência não responde e frisa que de todos os itens da Nota Fiscal em questão, a Impugnante tributou três itens (aqueles em que o valor de ICMS na origem foi destacado na coluna VICMS). Para estes mesmos itens, a Impugnante destacou e recolheu o ICMS para o Estado de destino (valores de R\$ 21,12, R\$ 7,33 e R\$ 8,18), conforme extrato do XML abaixo (XML anexado na íntegra em anexo – DOC.03).

Diz que outro questionamento é por que a autoridade fiscal atribuiu o valor de R\$ 21,12 como o ICMS-DIFAL devido aos itens “SKC MINI C E FERULIC 10X4ML”, “SKC MINI PHLORETIN CF 10X4ML”, “SKC MINI LHA CLEANSING GEL 15X3G”, “SKC MINI HYDRATING B5 10X4ML” e “SKC MINI BLEMISH+AGE DEFENSE 10X4ML” (como visto anteriormente). É uma questão que também permanece sem resposta sem qualquer esclarecimento em sede de diligência. Afinal, como demonstrado acima, tal valor corresponde ao ICMS- Para espantar qualquer dúvida que possa restar quanto à alegação de que a Impugnante destacou e repassou os valores de ICMS aos cofres públicos, cópia dados do DANFE da mesma nota fiscal (DOC. 04).

Nota-se que os únicos itens em que houve algum destaque de ICMS são os itens “SKC SACOLA 2017”, “SKC MEMENTO 2017” e “SKC CAIXA AMOSTRA 2017” (em destaque). Bem assim, o retro mencionado valor de R\$ 36,63 consta no campo de relativo ao ICMS devido ao Estado de destino.

Questiona qual a justificativa da fiscalização para apontar que houve destaque de ICMS em relação a todos os demais itens da nota fiscal em comento quando está demonstrado nitidamente que não houve, e não há nenhum elemento no DANFE ou no XML da Nota Fiscal eletrônica que aponte destaque de imposto.

Assim espera que os elementos ora apresentados sejam suficientes para demonstrar que o auto de infração lavrado se apoia em metodologia absolutamente incorreta, imprecisa e indevida. 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.

Diz ser impraticável realizar esta mesma análise para mais de 720 documentos fiscais, de modo que a Impugnante anexa ao presente aditamento, outros DANFES (DOC. 05) que foram objeto da autuação para evidenciar que a Impugnante 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 da Fiscalização quanto ao destaque e não recolhimento do ICM.

Como se não bastasse o erro nítido da metodologia com a realização de cálculo de ICMS absolutamente incorreto, a Autoridade Fiscal objetiva a cobrança de ICMS Partilha sobre produtos isentos enviados a título de amostra grátis, cujos requisitos legais foram devidamente observados pela Impugnante, como se observa na própria coluna de CFOPS. As amostras que não observam os limites estipulados na legislação sofrem a incidência do ICMS Partilha. Inclusive, quando da impugnação, a Impugnante exemplificou e detalhou a exigência realizada pela Autoridade Fiscal anexando cinco notas fiscais (DOC. 06 da impugnação), filtrando o CFOP 6.911 – “Remessa de Amostra Grátis” da planilha “loreal2017”, fornecida na presente Informação Fiscal –, é possível constatar que a diferença cobrada de ICMS Partilha naqueles documentos se deve à incidência do imposto sobre as mercadorias isentas, conforme o quadro que apresentou.

Ou seja, além de calcular incorretamente o valor do ICMS, como visto no tópico precedente, a autoridade administrativa exigiu o imposto sobre itens que são isentos por força da legislação (Convênio ICMS 20/1990, devidamente citado no campo de informações complementares dos documentos fiscais).

Segundo o Fiscal autuante, toda a autuação fiscal se assenta em uma premissa: a de que houve destaque e não recolhimento de ICMS por parte da Impugnante em notas fiscais destinadas ao Estado da Bahia. Porém, 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 da Impugnante tinham tal tratamento por serem remessas de amostras grátis ao Estado da Bahia, sendo isentas, portanto.

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

O autuante que atendeu a diligência solicitada se manifestou à fl. 410 dizendo nada mais ter a acrescentar, lembrando que a cobrança é de imposto retido e não recolhido aos cofres da SEFAZ e que juntou aos autos notas fiscais DANFE e relatório em XML, mostrando o destaque.

Informa que atendeu a diligência solicitada e reenviou todas as operações em mídia ao contribuinte, com autenticação (Fls. 315 a 319). Entende que instrui exaustivamente o PAF.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Maurício Amoras Souza Lima, OAB/RJ nº 152.606, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: “O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia

em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. O imposto foi destacado na nota fiscal, planilha anexa e não foi recolhido”.

O autuado na sua peça defensiva alegou que após verificações nas planilhas elaboradas pela fiscalização constatou que os valores supostamente devidos dizem respeito às operações envolvendo o CFOP 6911 - Remessa de Amostra Grátis, e as mesmas estariam isentas do pagamento do imposto.

Diz que chegou esta conclusão ao excluir da Planilha “*loreal2017*”, as operações referentes aos CFOPs 2202, 2949, 6108 e 6949. Para comprovar o quanto afirmado, passou a demonstrar a título exemplificativo as operações relacionadas ao mês de maio/2017, evidenciando-se que o valor do somatório da coluna “ICMS Partilha Destino” corresponde ao valor de R\$ 1.046,42.

De acordo com o demonstrativo analítico que embasa o presente lançamento inserido no CD de fl. 10, denominado “Saída Part.Menor Auto” referente ao período autuado, não foi localizada nenhuma operação com o CFOP6911, entretanto, os valores totais apurados mensalmente não coincidem com os inseridos no Auto de Infração, razão pela qual o processo foi convertido em diligência para que os autuantes anexassem ao PAF a planilha CD com a composição das notas fiscais que deram causa a autuação, totalizando mensalmente.

Em atendimento a diligência um dos autuante informou que ao abrir o CD de fl. 10 verificou que constavam duas planilhas referentes a outro auto de infração e informou estar anexando ao PAF novamente os papéis de trabalho em novo CD (com autenticação) cuja cópia foi enviada ao sujeito passivo.

De posse do referido documento o sujeito passivo se manifestou, em síntese, asseverando que:

- (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 da Impugnante tinham tal tratamento por serem remessas de amostras grátis ao Estado da Bahia, sendo isentas, portanto.

Apresentou a título de exemplo dados relativos a Nota Fiscal nº 727169, emitida em 05/05/2017, onde a fiscalização atribuiu valores de ICMS-DIFAL (“VICMSUFDest”) nos valores de R\$ 21,12, a uma série de produtos que originalmente não possuíam qualquer destaque de imposto como se a empresa tivesse destacado tais valores em seu documento fiscal.

Assevera que o único item da Nota Fiscal cujo cálculo de ICMS resulta em R\$ 21,12 é o produto “SKC SACOLA 2017” ($R\$ 320 \times 18\% - R\$ 22,40 = R\$ 21,12$), e que os únicos itens em que houve algum destaque de ICMS são os itens “SKC SACOLA 2017”, “SKC MEMENTO 2017” e “SKC CAIXA AMOSTRA 2017”, e que o retro mencionado valor de R\$ 36,63 consta no campo relativo ao ICMS devido ao Estado de destino.

Os autuantes não se pronunciaram a respeito das argumentações trazidas pelo defendente, e reafirmou que: *“a cobrança é de imposto retido e não recolhido aos cofres da SEFAZ”.*

Ante aos fatos relatados verifico que o Auto de Infração apresenta uma contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, como a seguir demonstrado:

A acusação tributária encontra-se posta da seguinte forma: *“O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao estado da Bahia*

em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado.

Mais adiante, foi acrescentado o seguinte: “ O imposto foi destacado na nota fiscal, planilha anexa e não foi recolhido.

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, não se relaciona a acusação pois como apontado pelo defendente foram exigidos pela fiscalização valores que não se encontravam destacados nas notas fiscais.

Como exemplo a Nota Fiscal nº 727169, emitida em 05/05/2017, copia às fls. 621 a 622, onde se verifica que estão elencados 08 itens, sendo que somente três foram tributados pelo ICMS, e os demais isentos, por se tratar de amostra grátis, enquanto que o demonstrativo elaborado pela fiscalização, fl. 494, indica que todos eles teriam sido tributados.

Ainda no referido documento fiscal consta a informação de que o ICMS pertencente a unidade de destino seria no valor total de R\$ 36,63 (21,12+7,33+8,18), enquanto que na planilha elaborada pela fiscalização aponta o total de R\$ 149,66 (21,12+21,12+21,12+21,12+21,12+21,12+21,12+7,33+8,18).

Cito também a nota fiscal nº 795.439, emitida em 12/09/2017, fls. 641/642, onde está destacado no campo Informações complementares que o ICMS da unidade de destino é de R\$ 909,74 e no demonstrativo elaborado pela fiscalização, fl. 555, o montante de R\$ 5.589,29, (909,74x5+635,78+0,99+0,99+0,99+2,44+63,41+63,41+60,18+60,18+18,85+2,64+2,64+2,64+125,45).

Logo, esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual decreto, de ofício, nos termos do artigo 20, do RPAF/99, a NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III, do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0026/21-2**, lavrado contra **L'OREAL BRASIL COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA**. Recomenda-se a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR