

A. I. N° - 207160.0004/13-9
AUTUADO - LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.03.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0012-05/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 30/09/2013, exigindo ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor. Consta na descrição dos fatos, que não foram apresentadas as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados e dos respectivos cupons fiscais do cancelamento, cujas operações canceladas encontram-se registradas nas reduções Z, mas não foram apresentadas as primeiras vias dos documentos fiscais cancelados - R\$ 49.000,00, acrescido da multa de 100%.

O autuado na defesa apresentada (fls. 675 a 678), inicialmente discorre sobre a autuação e requer, sob pena de nulidade, que as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, conforme poderes especificados na procuração.

No mérito, afirma que a autuação não pode prosperar, pois não ocorreram cancelamentos de cupons acusados no AI e sim de itens não vendidos, em decorrência de erros nas leituras dos códigos de barras, nas quantidades, causando registros a mais do que as efetivamente comercializadas, o que levou os cupons a serem “bipados”, mencionando os cancelamentos de itens, cujos cupons fiscais seguiram com os Clientes.

Alega que de acordo com as cópias dos cupons anexas, em meio magnéticos, nos meses de dezembro/2009, junho e dezembro de 2010 e junho, julho e dezembro de 2011, foram cancelados itens, SEMPRE DOS MESMOS PRODUTOS, CONFORME CÓDIGOS, cujos códigos de barra ensejaram o registro de quantidades maiores do que aquelas efetivamente vendidas, o que poderia ser apurado pela fiscalização, não se justificando a cobrança.

Transcreve o art. 210, § 3º do RICMS/2012 (fl. 676) introduzido pelo Dec. 8.413/12, que somente determinava a retenção de todas as vias no caso de cancelamento do DOCUMENTO INTEIRO, não se reportando a cancelamento de itens, que ocorre no comércio varejista e que o art. 238, § 3º, do RICMS/2012 (fl. 677) só se reporta a cancelamento de cupons, e não de itens, no caso indevidamente registrados, cujas vendas não aconteceram.

Argumenta que não se aplicam ao caso as normas que fundamentaram a autuação, faltando base legal, visto que os cupons não foram cancelados, e sim itens dos cupons, permanecendo os originais com os adquirentes, que aprovam o consignado e pagam pelas compras efetivas.

Conclui afirmando que no caso concreto a situação se mostra cristalina de cancelamento, de itens de um mesmo produto e não de cupons fiscais, o que caracteriza como indevido o lançamento.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, posterior juntada de demonstrativos e documentos, revisão para que seja alcançada a verdade material, requerendo a NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Na informação fiscal (fls. 718 a 719), o autuante inicialmente discorre sobre a autuação, alegação defensiva de que houve cancelamento de itens e não de cupons fiscais, mas apresentou no curso do procedimento fiscal “apenas parte tanto os cupons de cancelamento”.

Transcreve os artigos 210 e 238 do RICMS/2012 e diz que conforme disposto nos citados artigos o art. 136 do CTN prevê que: salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, não eximindo a responsabilidade da empresa.

Ressalta que o cancelamento de itens não integra a base de cálculo, sendo a receita bruta o somatório dos totais dos cupons e a receita líquida deduz apenas os cancelamentos dos cupons.

Requer que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

A 4ª JJF tendo como Relator o Julgador Álvaro Barreto Viera (fl. 722), deliberou pela realização de diligência à ASTEC/CONSEF, para que, tomando por base o demonstrativo de fl. 9, fosse informado se os valores constantes na coluna “NÃO COMPROVADOS” se referem a cancelamentos totais de cupons fiscais, ou inclui cancelamentos de itens de cupom fiscal, anexando ao processo exemplos que permitam a visualização do informado no item anterior.

E que em seguida fosse notificado o autuado, seu patrono, e o autuante acerca do resultado da diligência, concedendo prazo regulamentar para se pronunciarem.

A diligente no Parecer ASTEC 80/2016 informa que intimou o estabelecimento autuado para apresentar comprovações, tendo gravado na mídia de fl. 737 dois arquivos que se fizeram acompanhar dos cupons originais que foram confrontados com os arquivos e devolvidos.

Com relação aos cupons fiscais cancelados, afirmou que “não foi apresentado nenhum cupom fiscal cancelado original para comprovar os cancelamentos”.

Quanto aos itens cancelados, esclareceu que integram os valores exigidos e foram excluídos da base de cálculo, conforme planilha de cupons cancelados (fl. 737) o que resultou na redução do débito de R\$ 49.886,33 para R\$ 35.372,88 conforme demonstrativo de fl. 726.

Cientificado do resultado da diligência fiscal o autuado se manifestou (fls. 743/744) afirmando que embora o autuante tenha negado a existência de cancelamentos parciais (itens) a diligente comprovou que integraram a base de cálculo da infração em questão.

Alega que apesar da diligente ter excluído alguns cancelamentos parciais, apresentou um valor residual sem atestar que se referem a cancelamentos totais.

Afirma que tendo apresentado provas por amostragem, o que foi atendido, deveria ter excluído todos os cancelamentos parciais. Apresenta comprovantes não computados para serem excluídos.

O autuante foi cientificado do parecer ASTEC e não se manifestou (fl. 847).

A 4ª JJF determinou a realização de nova diligência fiscal (fl. 851) no sentido de confrontar os cupons cancelados juntados às fls. 746 a 843 com o demonstrativo de débito de fl. 726 e promover a exclusão dos cupons cancelados que fossem comprovados.

O diligente no Parecer ASTEC 016/2020 informou que após a efetivação do confronto dos cupons cancelados com o demonstrativo da diligência anterior, resultou na redução do débito de R\$ 35.372,88 para R\$ 34.167,92 conforme demonstrativo de débito de fl. 856, com suporte nos demonstrativos analíticos de fls. 858 a 872.

Cientificado, o patrono do autuado se manifestou (fls. 877/878) reiterando todos os termos da defesa, observando que comprovada a alegação de que existiam cancelamentos parciais de cupons que não tinham sido considerados no resultado da diligência anterior (fl. 722) “permanece a insegurança acerca da apuração dos valores insertos na planilha de fls. 853 [856].

Argumenta que apesar da ASTEC ter promovido a exclusão de alguns cancelamentos parciais, apresenta débito residual sem atestar que se referem apenas a “cancelamentos totais”.

Manifesta entendimento de que desde a primeira diligência foi feito ajuste com base em prova por amostragem documental, mas deve ser excluído da cobrança todos os cancelamentos parciais, tendo em vista que não implica na devolução, renovando os pleitos formulados na defesa, no sentido de que o lançamento seja declarado nulo ou improcedente.

VOTO

O Auto de Infração em apreço, acusa exigência de ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal, tendo sido indicado que não foram apresentadas as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados, registrados nas reduções Z.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- 1) O demonstrativo original elaborado pela fiscalização indica valor da receita mensal, o total de “cancelamentos” e “comprovados”, tendo sido exigido ICMS com aplicação da proporcionalidade sobre os valores “não comprovados”.
- 2) Na defesa o contribuinte alegou que ocorreram cancelamentos de itens não vendidos, conforme demonstrativo gravado na mídia de fl. 679 e art. 210, § 3º do RICMS/2012;
- 3) O autuante, na informação fiscal, afirmou que no curso do procedimento fiscal a empresa apresentou apenas parte dos cancelamentos (itens) e de cupons. Manteve a autuação.
- 4) A 4ª JJF converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, (fl. 722), no sentido de que:
 - 1 – Que, tomando por base o demonstrativo de fl. 9, seja informado se os valores constantes na coluna “NÃO COMPROVADOS” se referem a cancelamentos totais de cupons fiscais, ou se ali também estão incluídos cancelamentos parciais de cupom fiscal (cancelamento de itens de cupom).
 - 5) A diligente da ASTEC apresentou um demonstrativo de débito à fl. 726, no qual indicou redução do débito de R\$ 49.886,33, para R\$ 35.372,88, conforme planilha de cupons cancelados apresentado pelo contribuinte à fl. 737.
 - 6) O autuado contestou que a diligente excluiu cancelamentos, mas apresentou um valor residual *sem atestar que se referem a cancelamentos totais*. Juntou demonstrativos de cancelamentos e cupons (fls. 746 a 843 e mídia à fl. 844), que não foram considerados pela diligente.
 - 7) Considerando que não foi apresentado demonstrativo de como foi apurada a base de cálculo, a 4ª JJF deliberou pela realização de nova diligência fiscal (fl. 851), para juntar demonstrativo relativo às exclusões de cancelamentos mediante comprovação.
 - 8) O novo diligente da ASTEC apresentou novo demonstrativo de débito (fl. 856), no qual indicou redução do débito de R\$ 49.886,33, para R\$ 34.167,92.
 - 9) O contribuinte contestou que embora tenha promovido deduções referentes a “cancelamentos totais”, não se sabe como chegou aos valores indicados no demonstrativo de débito de fl. 856.

Por tudo que foi exposto, observo que no demonstrativo original a fiscalização indicou por exercício (apuração mensal), a exemplo do mês 02/2009 (fl. 9), indicando cancelamentos no valor de R\$ 12.513,00, e comprovados R\$ 10.374,00, o que resultou em valor “não comprovado” de R\$ 2.139,00, e débito de R\$ 346,36 (proporcionalidade tributada de 92,27%).

Já no demonstrativo analítico de fl. 23 (02/2009), foi relacionado por dia os valores de CANCELS totalizando no mês R\$ 12.513,00, e CANCELS COMPROVADOS de R\$ 10.374,00.

Diante do questionamento formulado na defesa pela 4ª JJF (fl. 722), de que os cancelamentos se referiam a itens constantes dos cupons e a fiscalização ter acusado que a empresa deixou de “*apresentar as primeiras vias dos cupons fiscais cancelados*”, e descumprimento da previsão

contida no art. 238, § 3º do RICMS/BA, o processo foi convertido em diligência para identificar se os valores indicados na coluna de COMPROVADOS se referiam a cancelamentos totais de cupons fiscais, ou de apenas dos itens de cupons fiscais.

Na primeira diligência fiscal realizada, a diligente apresentou um demonstrativo de débito à fl. 726, indicando valor residual de R\$ 35.752,88, no qual teria excluído os *itens cancelados* que integraram a base de cálculo da infração, e que não foram apresentados cupons cancelados.

Restou comprovado que os demonstrativos gravados pela diligente na mídia de fl. 737, não consta demonstrativo analítico que indique qual a base de cálculo apurada no demonstrativo de débito, visto que consta apenas uma planilha de cupons cancelados e uma lista de cancelamento de itens no cupom.

	planilha de cupons cancelados.xlsx		lista cancelamento de itens no cupom.xlsx
---	------------------------------------	---	---

Na diligência seguinte (fl. 851), realizada com o intuito de fazer ajuste com base na comprovação dos cupons cancelados (mídia de fl. 737), o diligente apresentou novo demonstrativo de débito em que promoveu nova redução para R\$ 34.167,92, (fl. 856), porém, apresenta uma planilha de “demonstrativo de débito” e *Planilha de cupons cancelados*, sem indicar como foi apurada a base de cálculo que serviu para apuração do débito remanescente.

Concluo que a acusação inicial é de que foi apurada omissão de saída de mercadorias em decorrência de falta de apresentação das primeiras vias de cupons fiscais cancelados, em descumprimento do disposto no art. 238, § 3º do RICMS/BA, que prevê que sejam conservados os originais dos documentos cancelados.

Nas duas diligências fiscais realizadas, foi identificado que a base de cálculo apurada pela fiscalização integrava valores de *itens de cupons fiscais*, a exemplo do cupom emitido em 13/01/2010, (fl. 732), no qual foram cancelados os itens 1, 2, 3, 4 e 5, e mantidos os itens 6 e 7, que foram escriturados no livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 305), e não havia previsão na legislação do ICMS para guardar os cupons fiscais originais.

Constato que o confronto do demonstrativo original com os refeitos nas duas diligências realizadas, indica completa falta de segurança na apuração da base de cálculo, a exemplo dos meses 01/2009 e 02/2009, abaixo reproduzidos:

Data Ocorr	Data Vencto	Autuante - fl. 9			1ª Diligência - fl. 726			2ª Diligência - fl. 856		
		B. Cálculo	Alíq.	ICMS	B. Cálculo	Alíq.	ICMS	B. Cálculo	Alíq.	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	8.668,77	17%	1.473,69	7.059,00	17%	1.200,03	-	17%	-
28/02/2009	09/03/2009	2.037,40	17%	346,36	9.951,00	17%	1.691,67	9.951,00	17%	1.691,67

No mês de janeiro a fiscalização indicou valor devido de R\$ 1.473,69, enquanto o primeiro diligente apurou valor de R\$ 1.200,03, e o segundo diligente nenhum valor.

Já no mês 02/2009, a fiscalização indicou valor devido de R\$ 346,36, enquanto o primeiro diligente apurou valor de R\$ 1.691,67, o que também foi o indicado pelo segundo diligente.

Entretanto, restou demonstrado que não há base legal para exigir juntada de cupons fiscais originais relativos a cancelamento de itens de cupons, como acusado na infração, e não foi demonstrado nas duas diligências fiscais, como foi apurada a base de cálculo que resultou nos valores indicados nos demonstrativos remanescentes.

Pelo exposto, conforme apreciado acima, restou caracterizada a falta de clareza entre o fato ocorrido e a acusação constante do Auto de Infração. Impõe-se a decretação da nulidade do lançamento, por não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a

constituição da base de cálculo, a infração e o infrator ((Sumula nº 1 do CONSEF, art. 18, IV, “a” do RPAF/BA), implicando em cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Dessa forma, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207160.0004/13-9**, lavrado contra **LE BRUT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2022.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR