



ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 0171/2016

177ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 10/11/2015

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2487/2012

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2012.05697-6

RECORRENTE: VILINA INDUSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: ANDRÉ ARRAES DE AQUINO MARTINS

EMENTA: CANCELAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS FEITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. PERÍODO DE 03/2011 E SETEMBRO/2011. A EMPRESA AUTUADA CANCELOU INDEVIDAMENTE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS CUJOS FATOS GERADORES JÁ HAVIAM OCORRIDO. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIAL PROCEDENTE, APENAS PARA REENQUADRAR A PENALIDADE PARA A PREVISTA NO ART. 126, PARÁGRAFO ÚNICO, POR SE TRATAR DE OPERAÇÕES SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ONDE O IMPOSTO JÁ TENHA SIDO RECOLHIDO E ESTEJAM DEVIDAMENTE ESCRITURADAS. DECISÃO CONFORME PARECER DA DOUTA PGE EM SESSÃO.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado sob o fundamento de que **VILINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.** teria cancelado indevidamente notas fiscais eletrônicas cujos fatos geradores já ocorreram, restando assim relata a infração:

“CANCELAR DOCUMENTO FISCAL QUE TENHA ACOBERTDO UMA REAL OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA OU BEM, OU UMA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL OU DE COMUNICAÇÃO. CONSTATAMOS NA OPORTUNIDADE QUE A EMPRESA CANCELOU, SEM OBEDECER OS PROCEDIMENTOS LEGAIS, ALGUNS DOCUMENTOS FISCAIS. RAZÃO DE TERMOS DE LAVRAR O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.”

A empresa autuada apresentou impugnação ao auto de infração, alegando que:

- a) A impugnante afirma que não adotou conduta infracional que acarretasse em prejuízo para o Fisco Estadual;
- b) As notas fiscais apontadas pelo agente fiscal, apesar de terem sido originariamente emitidas para acobertar operações interestaduais (Estado de São Paulo), não acobertaram efetivamente uma operação mercantil;
- c) Quando da entrega ao destinatário, por mera conveniência logística o cliente alegou que a empresa deveria ter emitido apenas uma única nota ao invés de diversas, razão pela qual o contribuinte, em consideração ao destinatário, cliente expressivo, resolveu cancelar as notas fiscais já emitidas e emitir apenas três (n.ºs 442, 1098, 1099) englobando todas as outras;
- d) Caso sejam examinados os documentos será verificado que o teor das três últimas notas fiscais emitidas refletem perfeitamente o teor de todas as



notas fiscais inicialmente emitidas; e

e) O ônus da prova da acusação inicialmente é sempre do autuante, porém no presente caso concreto a acusação está amparada em mera presunção.

Diante das alegações apresentadas em impugnação à autuação, o julgador de primeira instância entendeu serem insuficientes para afastar a atuação, julgando pela PROCEDENCIA do auto de infração, nos termos da fiscalização.

Inconformada, a Autuada apresenta Recurso Ordinário, alegando, em síntese, que:

- a) Não ocorrência da conduta infracional atribuída a autuada; Não houve prejuízo ao erário estadual;
- b) O feito seria improcedente, posto que não houve infração praticada;
- c) A empresa cancelou as NF's n.º 413, 414, 415, 416, 417 e 418 e, em substituição, emitiu a NF's 442;
- d) Como as NF's n.º 1109 e 1111 não puderam ser canceladas, a recorrente emitiu as NF's de devolução n.º 1145 e 1146;
- e) A Autuada cancelou as NF's n.º 1108, 1110 e 1112 e, em substituição, emitiu as NF's 1098 e n.º 1099; e
- f) Caso se entenda que a conduta da Recorrente mereça se sujeitar a alguma sanção tributária, esta deve ser aquela prevista no art. 126, parágrafo único da Lei n.º 12.670/96, por se tratar de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujas notas fiscais estão escrituradas nos devidos livros.

Os autos do processo foram encaminhados para a assessoria tributária, para que esta emitisse parecer. A opinião da consultora tributária foi pelo conhecimento do recurso ordinário e que lhe fosse negado provimento, para que se mantivesse a



decisão exarada em primeira instância, sendo a autuação fiscal considerada PROCEDENTE. Parecer adotado pela PGE.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração referente cancelamento indevido de notas fiscais.

Analisando os autos, o ilustre Assessor tributário entendeu que:

“Em que pesem os argumentos demonstrados no recurso ordinário, entendemos que merece ser confirmado os fundamento da decisão singular pelos motivos que passaremos a expor.

A acusação reveste-se no momento em que a autuada cancelou as notas fiscais eletrônicas-NF-e inobservando as normas que regem a matéria.

Na verdade a exigência tem natureza acessória nos termos do artigo 126 do RICMS, no qual entende-se por obrigação acessória as prestações positivas ou negativas previstas na legislação que estabelece procedimentos relativos a arrecadação ou a fiscalização do ICMS.

Sendo o ICMS um tributo altamente complexo, necessita de instrumentos capazes de possibilitar a sua operacionalidade no tocante as suas formalidades. De forma que, o CTN prevê a existência de obrigação tributária acessória que, de acordo com a sua própria definição plasmada no art. 113, §2.º e §3.º, decorrente da legislação tributária, tem por objeto as prestações positivas e negativas em que o sujeito passivo deve cumprir várias outras obrigações acessórias previstas na legislação, para que o sujeito ativo (o Fisco) possa exercer o controle que lhe é de direito, isto é, policiar as atividades do contribuinte evitando ocultação da ocorrência de fatos geradores dos tributos.

Ou seja, a obrigação acessória decorre diretamente de lei, no interesse da administração tributária, e não tem sua observância vinculada a existência de qualquer obrigação principal, ou seja, do fato gerador do tributo; por isso, sua exigibilidade nos caso previstos na legislação competente.



Por essa razão, o §3.º do art. 113 do CTN prescreve que a obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. Quer dizer, não fica facultado ao contribuinte fazer ou não.

De forma que, entendemos que a acusação em tela não merece maiores questionamentos, tendo em vista que o julgamento de 1.ª instância teve como fundamento o cancelamento de notas fiscais eletrônicas – nfe's, já em circulação com mercadoria, conforme registros de passagem nos postos de fronteira estadual, sem obedecer os procedimentos legais.

A legislação do ICMS é bem clara no tocante ao procedimento a ser realizado pelo contribuinte no que se refere ao cancelamento de notas fiscais eletrônicas.

Conforme ajuste SINIEF n.º 07/2005, o contribuinte poderá cancelar a nota fiscal eletrônica (NF-e), dentro do prazo legal, desde que não tenha havido ainda a circularização das mercadorias correspondentes. Senão vejamos:

Cláusula décima segunda – Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da Cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior ao máximo definido no 'Manual de Integração – Contribuinte', contando do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

Nesse sentido foi incorporado a legislação do estado os arts. 176-M a 176-N por meio do Decreto n.º 29.041/2007;

Art. 176-M. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III do art. 176-G, o emitente poderá solicitar o cancelamento da NF-e, desde que não tenha havido a circulação da respectiva mercadoria e prestação de serviço, observadas as demais normas da legislação pertinente.

Art. 176-N. O cancelamento de que trata o art. 176-M somente poderá ser efetuado mediante Pedido de Cancelamento de NF-e, transmitido à Sefaz pelo emitente.



§ 1º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá atender ao leiaute estabelecido no Ato Cotepe nº 72/2005.

§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NF-e será efetivada via Internet, utilizando protocolo de segurança ou criptografia.

§ 3º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente, com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela ICP-Brasil, e conter o CNPJ do estabelecimento emitente ou da matriz, a fim de garantir a autoria do documento digital.

§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela Sefaz.

§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo disponibilizado ao emitente ou a terceiro por este autorizado, via Internet, e conterà, conforme o caso:

- I – a "chave de acesso";
- II – o número da NF-e;
- III – a data e a hora do recebimento do pedido pela Sefaz; e
- IV – o número do protocolo.

§ 6º O protocolo de que trata o § 5º deverá ser autenticado por meio de assinatura digital gerada com certificação digital da Sefaz ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.

§ 7º Caso a Sefaz já tenha efetuado a transmissão da NF-e para as administrações tributárias e entidades previstas no art. 176-H, deverá transmitir-lhes os respectivos documentos de Cancelamento de NF-e."

Ou seja, temos na legislação que rege a matéria que, para proceder ao cancelamento, o emitente deverá fazer um pedido específico gerando um arquivo XML para isso. Da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela SEFAZ. O LAYOUT do arquivo de solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte.

Contudo, cumpre esclarecer que somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo fisco (protocolo "Autorização de Uso") e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, em regra, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento.



Assim, pela legislação, o cancelamento só é permitido se a mercadoria não circulou de fato, permaneceu na empresa, e pode ser cancelada, conforme dispõe o dispositivo 176-M e seguintes do RICMS/CE. Como a mercadoria já estava em circulação, só está previsto duas opções:

Ou o destinatário emite uma nota fiscal de devolução de compras, ou o destinatário recusa a mercadoria no verso do próprio DANFE, destacando os motivos que o levaram a isso. Na segunda hipótese, o emitente da NF-e irá emitir uma NF-e de entrada para receber a mercadoria devolvida.

De fato cancelar o documento fiscal é um procedimento previsto na legislação do ICMS, porém tal procedimento deve estar estritamente de acordo com a legislação. Assim, examinando-se detidamente o demonstrativo das notas fiscais eletrônicas de saída de mercadorias bem como as consultas de registro de passagem e cópia do cancelamento das NFe's anexadas pelo fisco as fls. 10 a 21, observa-se que tais documentos foram cancelados quando a mercadoria já havia saído do estabelecimento comercial do contribuinte e estavam em trânsito.

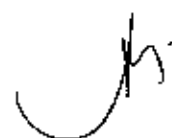
Desse modo, uma vez que já havia ocorrido a circularização das mercadorias quando do cancelamento das NFe's, resta incontestável a prática do ilícito fiscal descrito no auto de infração em apreço.

Em relação a aplicação da multa, cabe dizer que a penalidade proposta pela autoridade fiscal é a específica para o caso. Eis que a lei impõe determinada penalidade diante de uma conduta infringente do contribuinte e na constatação dessa falta a penalidade específica deve ser aplicada. Como o ilícito tributário incide sobre o documento fiscal não há que se perquirir sobre o tipo de operação descrita.

Pelo acima exposto, fica evidente pela análise das peças que compõe o processo que a empresa cometeu ilícito relatado na inicial, devendo na conduta da autuada ser aplicada penalidade gizada no art. 123, III, "n", da Lei n.º 12.670/96.

Isto posto, opina-se pelo conhecimento do recurso ordinário, negar-lhe provimento para que seja mantida a decisão singular de procedência do auto de infração.

Como se pode observar, é quase perfeita a análise realizada pelo ilustre assessor tributário, na parte em que tratou do mérito, fazendo parte do presente acordão. A infração a legislação do ICMS está devidamente identificada, uma vez que não restam



dúvidas de que o cancelamento dos documentos fiscais ocorreu após a saída da mercadoria.

Em que pese a ocorrência da infração, contudo, entendo que não foi o mais acertado o entendimento proferido pela 1.ª instância e confirmado pela assessoria tributária ao manter a aplicação da penalidade prevista no art. 123, III, "n", da Lei n.º 12.670/96.

Isso porque, conforme consta dos documentos fiscais constantes nos autos, não restam dúvidas de que se tratam de operações sujeitas a substituição tributária onde o imposto já foi recolhido.

Diante disso, não restam dúvidas quanto a aplicação da penalidade prevista no art. 126, caput, da Lei n.º 12.670/96, por ser mais específica para o caso, tratando especificamente de infração de operações sujeitas ao regime de substituição tributária, que assim dispõe:

Art. 126. As infrações decorrente de operações com mercadorias ou prestações de serviços tributados pelo regime de substituição tributária cujo imposto já tenha sido recolhido, bem como as amparadas por não incidência ou contempladas com isenção incondicionada, ficam sujeitas a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação ou prestação.

Parágrafo Único. A penalidade prevista no caput será reduzida para 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações quando estas estiverem regularmente escrituradas nos livros fiscais ou contábeis do contribuinte.

Mas não é só. Vale ressaltar ainda que o caso de que se cuida tem perfeita aplicação ao parágrafo único do art. 126, acima transcrito, uma vez que as operações estão regularmente escrituradas.

Tanto é assim, que a apuração da infração se deu exatamente com base nas informações prestadas nos documentos fiscais da empresa autuada.



Em sendo assim, entendo que o presente auto de infração deve ser julgado PARCIAL PROCEDENTE, para o reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 126, parágrafo único, da Lei n.º 12.670/96, motivo pelo qual VOTO para que se conheça do Recurso Ordinário interposto, e lhe seja dado PARCIAL PROVIMENTO, para que seja reformada em parte a decisão proferida pela 1ª Instância Administrativa, conforme o parecer da PGE manifestado em sessão.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO: R\$ 218.781,00

MULTA (1%): R\$ 2.187,81

TOTAL: R\$ 2.187,81

É o voto.

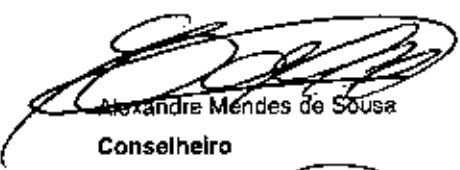
DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **VILINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.** A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve por unanimidade de votos, dar parcial provimento ao recurso, reformando a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente ação fiscal, reenquadrando a penalidade para a prevista no parágrafo único do Art. 126, da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator, em

conformidade com a manifestação oral do representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Presente, para apresentação de defesa oral do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Carlos César S. Cintra, acompanhado do Dr. Thiago Mattos.


SALA DAS SESSÕES, em Fortaleza, aos 13 de 01 de 2016.


Francisca Malta de Sousa
Presidente



Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro



Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheiro


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Procurador do Estado


Anneline Magalhães Torres
Conselheira

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


José Gonçalves Feltosa
Conselheiro


André Araes de Aquino Martins
Conselheiro Relator