



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº. 57 /2020

8ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 17 DE FEVEREIRO DE 2020– 13h 30 min.

PROCESSO Nº: 1/1423/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2018.01075-4

RECORRENTE: LUNELLI TÊXTIL NORDESTE LTDA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: IVETE MAURÍCIO DE LIMA

EMENTA: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – Cancelar documento fiscal que tenha acobertado uma real operação de circulação de mercadoria ou bem. Decisão em Primeira Instância de PROCEDÊNCIA da autuação amparada nos artigos 3º, 127 e 138 do Decreto nº 24.569/97 com aplicação da penalidade prevista no art. 123, III, “n” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 16.258/2017. Recurso Ordinário conhecido e provido, por unanimidade de votos, para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar IMPROCEDENTE o feito fiscal em razão da efetiva comprovação do cancelamento das notas fiscais emitidas pela recorrente que foram objeto da autuação, nos termos do voto da Conselheira Relatora em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado - PGE.

PALAVRAS CHAVE: OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – OMISSÃO DE INFORMAÇÕES – OPERAÇÕES SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - NOTA FISCAL DE SAÍDA - RETROATIVIDADE BENIGNA – PARCIAL PROCEDÊNCIA

RELATÓRIO:

Versam os autos sobre o ilícito fiscal de cancelar notas fiscais eletrônicas de saída no montante de R\$ 157.611,46 (Cento e cinquenta e sete mil, seiscentos e onze reais e quarenta e seis centavos), as quais acobertaram uma real operação de circulação de mercadoria ou bem, visto que foram lançadas pelo destinatário na Escrituração Fiscal Digital - EFD no exercício de 2013.

Esclarece o agente fiscal que comunicou o fato ao contribuinte através do Termo de Intimação nº 2018.00290 (fls. 12), oportunidade em que requereu sua manifestação.

Descreve sobre o instituto da decadência, inclusive citando jurisprudência, para embasar o seu entendimento de que se aplica ao caso a regra do art. 173, I do CTN.

Diz que a infração restou configurada com base em cruzamento de informações dos registros fiscais dos contribuintes que transacionaram com a empresa fiscalizada.

Indica que o contribuinte infringiu os artigos 3º, 127 e 138 do Decreto nº 24.569/97, sugerindo a penalidade inserta no art. 123, III, "n" da Lei nº 12.670/96, resultando na multa no valor de R\$ 47.283,44, equivalente a 30% calculado sobre o total das operações.

Anexa como prova um demonstrativo (fls. 15) que indica 03 (três) NF-e de nº 84753, 86778 e 86303 emitidas pela autuada e informadas como canceladas, mas que foram escrituradas no livro do destinatário, contribuinte cearense – D. HUAN COM. E IND. DE CONFECÇÕES LTDA, conforme consultas da EFD anexas às fls. 16 e 17.

Consta às fls. 18, resposta apresentada pelo contribuinte ao Termo de Intimação nº 2018.00282, no qual o contribuinte justifica que as referidas notas fiscais foram emitidas e logo canceladas, sendo que foram refaturadas no máximo 04 (quatro) minutos após a sua validação, o que comprova a substituição pela nota fiscal correta para a operação, prática comum em qualquer empresa. Anexa consultas das referidas notas fiscais (fls. 19/32). Acrescenta que não tem controle e nem responsabilidade sobre o que seus clientes registram em seus livros de entrada.

Na defesa interposta (fls. 41/51), a autuada ao circunstanciar os fatos, reclama que mesmo tendo justificado devidamente por que ocorreu o cancelamento e que não ocorreu a circulação das mercadorias, esta se viu surpreendida com a lavratura do auto de infração.

Requer a IMPROCEDÊNCIA do feito fiscal, sob o fundamento de que houve a efetiva comprovação do cancelamento das notas fiscais emitidas pela impugnante, não podendo responder pelo equívoco do destinatário em acusar recebimento de mercadoria que sequer chegou a circular, o que se pode confirmar inclusive por meio de verificação pericial.

Seguindo nessa linha, explica que atua no mercado de confecção de vestuário e que conta com parceiros para a transformação dos produtos primários, razão pela qual promove a remessa para industrialização, que posteriormente retorna ao estabelecimento de origem, sistemática albergada pelo art. 687 do RICMS.

Discorre que frequentemente há necessidade de cancelamento de notas fiscais que foram emitidas com erro, tanto que existe previsão específica desse procedimento – Instrução Normativa nº 58/2013 da SEFAZ- Ce.

Confronta as informações dos produtos descritos nas notas fiscais canceladas com as informações das notas fiscais emitidas em substituição, explicando o motivo do cancelamento de cada uma (fls. 44/46), inclusive anexando às fls.

70/111 as telas de consultas de todas as informações das notas fiscais substitutas e das notas fiscais canceladas.

Questiona como poderia a autuada provar que não enviou as ditas mercadorias, sendo praticamente impossível elaborar prova negativa e ainda por que os registros de entrada não estão sendo colocados em dúvida.

Indica assistente técnico às fls. 48, para fins de realização de perícia nas documentações do destinatário.

Alternativamente, requer o reenquadramento da penalidade (fls. 48) para a aplicação da atenuante prevista no parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, pois as operações em análise tem a suspensão de pagamento de ICMS prevista no art. 688 do Decreto nº 24.569/97.

O julgador de Primeira Instância considera os argumentos defensórios insubsistentes, tendo em vista que não apresentou nenhuma documentação fiscal probante, inviabilizando até uma perícia para a averiguação da verdade dos fatos.

Após reproduzir os argumentos da impugnante, conclui que são sem sentido e considera como incontestável o registro das operações pelo destinatário, que comprovam a infração retratada na peça basilar.

Indefere o pedido de perícia, por entender que o impugnante não apresentou nenhum dado ou documento eficaz que pudesse dar ensejo a uma averiguação pericial.

Decide pela PROCEDÊNCIA da autuação, sob os fundamentos anteriormente expostos.

Após devidamente intimada da decisão de Primeira Instância, comparece na fase recursal (fls. 128/141) para requerer a NULIDADE da decisão recorrida, visto que não houve análise pelo julgador singular do argumento relacionado ao reenquadramento da penalidade, de modo que a continuidade do julgamento sem essa análise acarreta cerceamento ao direito de defesa e supressão de instância.

Em seguida, pede a total improcedência da autuação, diante da efetiva comprovação do cancelamento das notas fiscais emitidas, pelas mesmas razões já expostas na impugnação, as quais podem ser confirmadas por meio de verificação pericial.

Subsidiariamente, solicita reenquadramento da penalidade para a prevista no parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, visto que a operação não se sujeita ao recolhimento do ICMS.

Solicita que o patrono da recorrente seja intimado para a realização de sustentação oral.

A Célula de Assessoria Processual Tributária no Parecer nº 10/2020 (fls. 148/150) opina pelo retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, sob o entendimento de que houve cerceamento ao direito à ampla defesa, pois o julgador não enfrentou a questão do reenquadramento da penalidade para a atenuante do parágrafo único (1%), por se tratar de operação não sujeitas à incidência do ICMS.

É o RELATÓRIO.

VOTO DA RELATORA:

A presente demanda decorre de análise de Recurso Ordinário interposto contra decisão de Primeira Instância de PROCEDÊNCIA do lançamento fiscal.

A infração configurada na peça basilar se refere ao descumprimento de obrigação acessória configurado no ato de cancelar documento fiscal eletrônico, que acobertou uma real operação de circulação de mercadoria ou bem.

A Recorrente pede preliminarmente a NULIDADE da decisão de Primeira Instância, por ter o julgador singular ignorado totalmente o pleito de conversão da multa, com a aplicação da atenuante prevista no parágrafo único do art. 126 da Lei nº 12.670/96, alegando que houve ferimento ao direito constitucional da ampla defesa e gera supressão de instância.

Insta salientar que, no presente caso, esta Câmara identificou que efetivamente não houve enfrentamento pelo julgador singular da questão relacionada ao reenquadramento da penalidade, considerando-se acertada a declaração de NULIDADE da decisão de Primeira Instância.

Entretanto, mostrou-se pertinente realizar um exercício de futurologia, adentrando-se no mérito, diante da consistência na linha de argumentação da Recorrente, que se acatada, favoreceria à parte a quem a nulidade aproveitaria.

Nessa perspectiva, deixa-se de pronunciar a nulidade do ato decisório, tendo em vista se mostrar sem serventia, pois no julgamento do mérito a lide se encerraria, regra processual que homenageia os princípios da economia e a celeridade processuais, em virtude de extrair a máxima efetiva da lei com um mínimo de atuação judicante.

Outrossim, não se pronuncia a nulidade, com espeque no art. 249, § 2º, do Código de Processo Civil - CPC e no art. 84, § 9º da Lei nº 15.614/2014, que assim preleciona:

“Art. 84. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

(...)

§ 9º Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora não pronunciará a nulidade.”

Assim sendo, adentrando-se na análise de mérito, verifica-se que o agente fiscal partiu do pressuposto de que, se o contribuinte emitiu documento fiscal que foi escriturado no Livro Registro de Entrada do destinatário, o cancelamento realizado pelo emitente configura infração à legislação do ICMS, uma vez que referida prova dar a certeza de que houve uma real operação.

Melhor explicando, o agente fiscal concluiu que a operação de saída efetivamente se concretizou, ou seja, houve a circulação da mercadoria, amparado exclusivamente no fato de ter o contribuinte destinatário escriturado sua respectiva entrada.

Por outro lado, a empresa autuada na condição de emitente dos documentos fiscais (NF-e nº 84753, 86778 e 86303), antes da autuação, quando foi instado através do Termo de Intimação nº 2018.00290 (fls. 12) a se justificar sobre o não lançamento na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, apresentou suas razões e provas, que foram desconsideradas pela fiscalização, sem nenhum fundamento plausível nos autos sobre esse fato.

É de bom alvitre ressaltar que o contribuinte fiscalizado se manifestou formalmente (fls. 18) também antes da autuação, no sentido de que procedeu ao cancelamento no prazo máximo de 04 (quatro) minutos de validade da nota fiscal, em razão de erro na sua emissão, tendo logo em seguida emitido uma nota fiscal correta, por ser essa uma prática comum em qualquer empresa, ratificando suas afirmações com base em consultas extraídas do Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Nessa mesma linha de argumentação do mérito, a autuada se defende na fase de impugnação e recursal, cabendo assim uma análise minuciosa das provas acostadas e dos fundamentos apresentados pela Recorrente.

O procedimento de cancelamento de uma Nota Fiscal Eletrônica tem expressa previsão legal no art. 1º do Ato COTEPE/ICMS 13/10 (efeitos a partir de 01.01.11):

“Art. 1º Poderá o emitente solicitar o cancelamento da NF-e, em prazo não superior a 24 horas, contado do momento em que foi concedida a respectiva Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas às demais normas constantes do Ajuste SINIEF 07/05, de 5 de outubro de 2005.”

Em sintonia com essa previsão, o Estado do Ceará editou a Instrução Normativa nº 58 de 27 de dezembro de 2013, que em seu art. 1º assim determina:

“Art. 1º O prazo de cancelamento da NF-e é de 24 (vinte e quatro) horas contadas a partir do momento em que foi concedida a autorização de uso, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.”

Observa-se que os dispositivos legais transcritos estabelecem 02 (duas) condições para que uma NF-e possa ser cancelada: tempo (24 horas após a autorização) e NÃO ter ocorrido a circulação da mercadoria.

A objetividade na primeira condição não deixa dúvida de que foi atendida, visto que as 03 (três) notas fiscais que foram objeto da autuação tiveram seu cancelamento realizado em torno de 4 (quatro) horas após a sua autorização de uso.

No entanto, a segunda condição, não há como ser atestada apenas com base no documento fiscal ou no registro de entrada pelo destinatário.

Outrossim, não se pode afirmar que ocorreu uma real operação de circulação de mercadorias ou bem, amparado apenas na escrituração pelo destinatário, visto que de outra forma o emitente justifica o motivo do cancelamento (inclusão ou exclusão de item) e indica a respectiva nota fiscal emitida corretamente em substituição (fls. 134/136).

Diante da resposta ao Termo de Intimação nº 2018.00282 (fls. 18), o agente fiscal deveria ter requerido do destinatário informações quanto à efetividade ou não da operação, inclusive verificando se na sua contabilidade há pagamento em duplicidade das 02 (duas) operações (nota fiscal cancelada e nota fiscal substituta).

Face as considerações expendidas e não obstante a Primeira Instância ter entendido pela configuração do ilícito fiscal, este Conselho se manifesta em sentido diverso, por considerar que a Recorrente comprovou que o cancelamento das notas fiscais se deu em observância aos procedimentos legais estabelecidos e que não há prova nos autos de que houve o efetivo fluxo físico da mercadoria, descaracterizando a infração apontada na inicial.

Isto posto, VOTO no sentido de que se conheça do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e julgar **improcedente o feito fiscal**, em razão da efetiva comprovação do cancelamento das Notas Fiscais, emitidas pela recorrente, objeto da Autuação.

É o VOTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é RECORRENTE a empresa LUNELLI TEXTIL NORDESTE LTDA e RECORRIDO célula de Julgamento de 1ª Instância.

DECISÃO

A 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário, dar-lhe provimento para reformar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância, e julgar **improcedente o feito fiscal**, em razão da efetiva comprovação do cancelamento das Notas Fiscais, emitidas pela recorrente, objeto da Autuação. Nos termos do voto da Conselheira Relatora em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, mas de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Gustavo Bevilaqua.

SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 24 de 07 de 2020. RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA

JOSE AUGUSTO
TEIXEIRA:22413995315

Assinado de forma digital por JOSE AUGUSTO
TEIXEIRA:22413995315
Dados: 2020.07.24 20:40:37 -03'00'

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado
Ciência em: ___/___/___

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente da 4ª Câmara

Assinado de forma digital por
RAFAEL LESSA COSTA
BARBOZA
Dados: 2020.08.10 13:17:52
-03'00'

PROCESSO Nº 1/1423/2018

IVETE MAURICIO DE
LIMA:48652075387

Assinado de forma digital por IVETE
MAURICIO DE LIMA:48652075387
Data: 2020.07.16 22:18:53 -03'00'

**Ivete Maurício de Lima
CONSELHEIRA RELATORA**

**José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO**

**Michel André B. Lima Gradvohl
CONSELHEIRO**

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2018.01075-4

**Francileite Cavalcante F. Remígio
CONSELHEIRA**

**Fredy José Gomes de Albuquerque
CONSELHEIRO**

**Fernando Augusto de M. Falcão
CONSELHEIRO**