

N. F. Nº - 491301.0013/17-3
NOTIFICADO - FSF TECNOLOGIA LTDA.
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0006-05/20

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. Inobservância do devido processo legal. Notificação Fiscal Modelo – Trânsito de Mercadorias emitida em procedimento de fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de fiscalização no comércio. Atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal, efetuados por servidor sem a devida competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, foi emitida em 10/03/17, e exige ICMS no valor de R\$16.353,73, acrescido da multa de 60% e acréscimos moratórios, totalizando R\$26.471,81, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou anulada.

Consta na descrição dos fatos, que o adquirente encontra-se em condição de INAPTO.

Na defesa apresentada (fls. 20/33) o notificado discorre sobre a infração, ressalta que exerce atividade de construir e manter redes de fibras óticas, cujos bens são aplicados no seu ativo fixo.

Alega que na situação presente ocorreu transferência de bens da matriz localizada em Maceió para a sua filial na Bahia, não comercializa qualquer mercadoria recebida e consequentemente não ocorre a incidência do ICMS antecipação parcial que foi objeto da notificação.

Argumenta que as operações objeto da autuação não configuram circulação econômica, por não caracterizar a hipótese prevista no art. 155, II da Constituição Federal, conforme preconiza doutrinadores (fl. 24) e decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) de acordo com diversas decisões (AGr no AI 131.941/1991; RE 267.599 Ag Red/2010; RE 113.090/1987).

Também, que a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que prevê: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, que foi aplicada em diversos julgados (REEsp 32.203/RJ/1995; AgResp 1.431.938/DF/2014; REsp 1.125.133/SP e Ag. No /Ag 1.303.176/GO-2013).

Destaca ainda que o STF já decidiu inúmeras vezes que não há incidência de ICMS sobre as operações de transferências de bens do ativo da empresa prestadora de serviços de telecomunicação (AI 810.921 Agr/2013 e AI 6108.947 AgR no Resp 1125133/SP).

Conclui que não havendo incidência do imposto nas operações de transferências de bens destinados ao ativo imobilizado, motivo pelo qual deve ser julgado procedente o recurso

interposto.

VOTO

A presente Notificação Fiscal (NF), acusa exigência do ICMS antecipação parcial.

Embora o notificado não tenha suscitado a nulidade da notificação ação fiscal, considerando que o disposto no art. 2º do RPAF/BA, prevê que a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, nos princípios da legalidade e do devido processo legal, bem como o art. 20 do mesmo diploma legal, expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício pela autoridade competente, passo a apreciar o ato administrativo.

Também, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário, estabelecendo que:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Na situação presente, constato que a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias, acobertadas pelos DANFES 902 e 905, em 16/01/2017 a 19/01/2017 (fls. 10 e 11), sendo que a Notificação foi emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, em 05/03/2017. Note-se, também, que a Ordem de Serviço foi emitida pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, em 05/02/2017 (fl. 04), e no relatório “*Memória de cálculo para antecipação tributária*” (fls. 05 e 06), não consta data.

Pelo exposto, constata-se que os DANFES constantes dos demonstrativos de fls. 06 e 07, relacionam transferências de mercadorias do Estado de Alagoas para a Bahia durante o mês de janeiro/2017, o que denota situação incompatível com a fiscalização de trânsito de mercadorias, cuja irregularidade fiscal é apurada de forma instantânea, e exigido o imposto, ou imposição de multa acessória, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

Também não caracteriza operação de fiscalização em estabelecimentos comerciais, visto que a Notificação Fiscal foi exarada pela SAT/DAT Metro, e não pela fiscalização da INFAZ Varejo (fl. 4), mesmo porque, não consta no processo o Termo de Início de fiscalização ou intimação para apresentação de livros e documentos fiscais.

Portanto, não se trata de fiscalização de “mercadorias em trânsito”, situação que poderia ter sido configurada no momento que a mercadoria consignada nos DANFES 902 e 905, de 16/01/17 e 19/01/17 (fls. 8 e 9) fosse conduzida para acesso ao território do Estado da Bahia, acobertando duas operações em dias diferentes do mês de janeiro/2017.

Assim sendo, a fiscalização de mercadorias em trânsito, não poderia nem deveria mover ação fiscal decorrente de diversas operações de ingresso de mercadorias no Estado, por parte de contribuinte descredenciado, e sim, uma ação fiscal típica de fiscalização de atividades comerciais, na qual viesse apurar o ICMS antecipação parcial, relativo a diversos dias do mês.

Dessa forma, considerando os termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto presente neste processo é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, cujo procedimento fiscal correto, deveria ser aplicável à fiscalização de estabelecimento, cumprindo

todas as formalidades legais, garantindo em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, a empresa notificada não é **optante do Simples Nacional**, apurando o ICMS por meio de conta corrente fiscal, e não poderia ter sido fiscalizado pelo Agente de Tributos em operação com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF/BA:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que para a constituição do crédito tributário não foi cumprido o devido processo legal, bem como o procedimento fiscal não atende às formalidades legais, nos termos do art. 18, I do RPAF/BA, motivo pelo qual, declaro que o lançamento é nulo e não adentro o mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/BA, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 491301.0013/17-3, lavrada contra FSF TECNOLOGIA LTDA. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MORGADO MIRANDA – JULGADOR

N. F. Nº - 491301.0013/17-3
NOTIFICADO - FSF TECNOLOGIA LTDA.
NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0006-05/20

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO LEGAL. VÍCIO FORMAL DE PROCEDIMENTO. Inobservância do devido processo legal. Notificação Fiscal Modelo – Trânsito de Mercadorias emitida em procedimento de fiscalização do trânsito de mercadorias, lavrado para alcançar operações de fiscalização no comércio. Atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da Notificação Fiscal, efetuados por servidor sem a devida competência legal, em afronta às normas contidas na Lei nº 11.470/09, no Código Tributário do Estado da Bahia e no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas. Notificação Fiscal NULA, conforme dispõe o art. 18, I do RPAF/99. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, foi emitida em 10/03/17, e exige ICMS no valor de R\$16.353,73, acrescido da multa de 60% e acréscimos moratórios, totalizando R\$26.471,81, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou anulada.

Consta na descrição dos fatos, que o adquirente encontra-se em condição de INAPTO.

Na defesa apresentada (fls. 20/33) o notificado discorre sobre a infração, ressalta que exerce atividade de construir e manter redes de fibras óticas, cujos bens são aplicados no seu ativo fixo.

Alega que na situação presente ocorreu transferência de bens da matriz localizada em Maceió para a sua filial na Bahia, não comercializa qualquer mercadoria recebida e conseqüentemente não ocorre a incidência do ICMS antecipação parcial que foi objeto da notificação.

Argumenta que as operações objeto da autuação não configura circulação econômica, por não caracterizar a hipótese prevista no art. 155, II da Constituição Federal, conforme preconiza doutrinadores (fl. 24) e decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) de acordo com diversas decisões (AGr no AI 131.941/1991; RE 267.599 Ag Red/2010; RE 113.090/1987).

Também, que a Súmula 166 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que prevê: “Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”, que foi aplicada em diversos julgados (REEsp 32.203/RJ/1995; AgResp 1.431.938/DF/2014; REsp 1.125.133/SP e Ag. No /Ag 1.303.176/GO-2013).

Destaca ainda que o STF já decidiu inúmeras vezes que não há incidência de ICMS sobre as operações de transferências de bens do ativo da empresa prestadora de serviços de telecomunicação (AI 810.921 Agr/2013 e AI 6108.947 AgR no Resp 1125133/SP).

Conclui que não havendo incidência do imposto nas operações de transferências de bens destinados ao ativo imobilizado, motivo pelo qual deve ser julgado procedente o recurso

interposto.

VOTO

A presente Notificação Fiscal (NF), acusa exigência do ICMS antecipação parcial.

Embora o notificado não tenha suscitado a nulidade da notificação ação fiscal, considerando que o disposto no art. 2º do RPAF/BA, prevê que a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, nos princípios da legalidade e do devido processo legal, bem como o art. 20 do mesmo diploma legal, expressamente determina que a nulidade seja decretada de ofício pela autoridade competente, passo a apreciar o ato administrativo.

Também, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário, estabelecendo que:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Na situação presente, constato que a Notificação Fiscal documenta a ocorrência de operações relativas à circulação de mercadorias, acobertadas pelos DANFES 902 e 905, em 16/01/2017 a 19/01/2017 (fls. 10 e 11), sendo que a Notificação foi emitida no modelo próprio para as ações desenvolvidas pela fiscalização no trânsito de mercadorias, em 05/03/2017. Note-se, também, que a Ordem de Serviço foi emitida pela CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE, em 05/02/2017 (fl. 04), e no relatório “*Memória de cálculo para antecipação tributária*” (fls. 05 e 06), não consta data.

Pelo exposto, constata-se que os DANFES constantes dos demonstrativos de fls. 06 e 07, relacionam transferências de mercadorias do Estado de Alagoas para a Bahia durante o mês de janeiro/2017, o que denota situação incompatível com a fiscalização de trânsito de mercadorias, cuja irregularidade fiscal é apurada de forma instantânea, e exigido o imposto, ou imposição de multa acessória, prevalecendo como verdadeiros os fatos apurados no momento do flagrante fiscal.

Também não caracteriza operação de fiscalização em estabelecimentos comerciais, visto que a Notificação Fiscal foi exarada pela SAT/DAT Metro, e não pela fiscalização da INFAZ Varejo (fl. 4), mesmo porque, não consta no processo o Termo de Início de fiscalização ou intimação para apresentação de livros e documentos fiscais.

Portanto, não se trata de fiscalização de “mercadorias em trânsito”, situação que poderia ter sido configurada no momento que a mercadoria consignada nos DANFES 902 e 905, de 16/01/17 e 19/01/17 (fls. 8 e 9) fosse conduzida para acesso ao território do Estado da Bahia, acobertando duas operações em dias diferentes do mês de janeiro/2017.

Assim sendo, a fiscalização de mercadorias em trânsito, não poderia nem deveria mover ação fiscal decorrente de diversas operações de ingresso de mercadorias no Estado, por parte de contribuinte descredenciado, e sim, uma ação fiscal típica de fiscalização de atividades comerciais, na qual viesse apurar o ICMS antecipação parcial, relativo a diversos dias do mês.

Dessa forma, considerando os termos da legislação tributária vigente, a apuração de imposto presente neste processo é incompatível com a fiscalização de mercadorias em trânsito, cujo procedimento fiscal correto, deveria ser aplicável à fiscalização de estabelecimento, cumprindo

todas as formalidades legais, garantindo em toda inteireza, a observância dos princípios do devido processo legal e consequentemente da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, a empresa notificada não é **optante do Simples Nacional**, apurando o ICMS por meio de conta corrente fiscal, e não poderia ter sido fiscalizado pelo Agente de Tributos em operação com características de fiscalização de estabelecimento, conforme dispõe o inciso II, do art. 42 do RPAF/BA:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que:

I - compete aos auditores fiscais a constituição de créditos tributários, salvo na fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Portanto, da leitura do dispositivo legal, verifica-se que para a constituição do crédito tributário não foi cumprido o devido processo legal, bem como o procedimento fiscal não atende às formalidades legais, nos termos do art. 18, I do RPAF/BA, motivo pelo qual, declaro que o lançamento é nulo e não adentro o mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF/BA, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº 491301.0013/17-3, lavrada contra FSF TECNOLOGIA LTDA. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento pela fiscalização de estabelecimentos, a ser realizado por um Auditor Fiscal, a salvo de falhas e incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MORGADO MIRANDA – JULGADOR