

N. F. Nº - 491301.0012/17-7

NOTIFICADO - FSF TECNOLOGIA LTDA.

NOTIFICANTE - VALDELICE DE FREITAS SENA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/07/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0069-04/20NF-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL O lançamento fiscal de ofício, como ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais de validade, entre eles a competência do agente que o praticou. Verificado que os atos fiscalizatórios que culminaram na lavratura da presente Notificação Fiscal, foram efetuados exclusivamente por servidor sem competência legal. A fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, ou seja, conta corrente fiscal, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte. Falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, haja vista que tal competência é exclusiva dos Auditores Fiscais. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. I do RPAF/99. Representa-se à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente Notificação Fiscal, lavrada em 10/03/2017, refere-se à exigência de R\$20.370,10 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$12.222,06, e atualização monetária de R\$380,92, que perfaz o montante de R\$32.973,08, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, conforme demonstrativo/documents de fls. 6/14 dos autos, em cumprimento a O.S. MMDN2201703.

Consta da descrição dos fatos o registro da falta de recolhimento do imposto (ICMS) Antecipação Total sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedente de outra unidade da Federação por contribuinte na condição de inapto. Ação Fiscal originária da SAT/COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 26306830000135-2017217.

Enquadramento legal: Art. 5º, art. 8º, § 4º, inc. I, alínea “b” e art. 32, da ei 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “d”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso XI, da Lei 7.104/96.

O notificado apresentou impugnação à fl. 17/30 do PAF, com manifestações de razões de defesa, que a seguir passo a descrever:

Diz que é uma empresa prestadora de serviços de acesso à internet ou telecomunicações na região nordeste, inclinado o Estado da Bahia, prestando, em especial, Serviço de Comunicação Multimidia (SCM) e Provedores de Voz sobre Protocolo Internet (VOIP), conforme aduz verificar pelo seu cartão de CNPJ, que anexa.

Para prestar seus serviços, registra que precisa construir e manter redes de fibras ópticas e uma estrutura altamente especializada, através das quais ocorre o trânsito das informações que consiste justamente no principal escopo dos serviços por si prestados.

Diz então que, para a construção e manutenção das redes ópticas que utiliza para prestar seus serviços, bem como construir aquelas necessárias para os entes com os quais possui contratos firmados, precisa adquirir diversos materiais, os quais passam a fazer parte de seu ativo fixo, o que diz ter feito, no presente caso, através de sua matriz localizada em Maceió (AL), desde a qual remeteu os materiais para sua filial na Bahia.

Consigna que, apesar de não comercializar mercadoria alguma, pelo que apenas transferiu bens de seu ativo fixo para a sua filial localizada no Estado da Bahia necessária para a construção da rede à prestação de seus serviços, o i. Agente Fiscal lançou o presente Auto de Infração (Notificação Fiscal), em análise, apontando para uma suposta irregularidade cadastral de sua Filial.

Contudo, diz que não promoveu operação apta a receber incidência do ICMS, pois trata-se de transferência de bens de sua matriz até a sua filial, inexistindo intuito comercial nessas operações.

• ***Das razões de defesa***

Pontua que a Notificação Fiscal deve ser afastada, uma vez que pressupõe o intuito comercial mercantil da transferência de ativo fixo pelo mesmo contribuinte, porquanto todos os equipamentos constantes nas notas fiscais referem-se a materiais necessários para exercer o seu objeto social – “*preSTAção de serviço de acesso à internet ou telecomunicação*”.

Registra que os documentos, anexos a sua defesa, demonstra que está construindo uma infraestrutura de telecomunicação ao longo das rodovias estaduais, para a posterior prestação de serviços de acesso à internet no Estado da Bahia. Para a realização desta construção de infraestrutura, diz fazer necessário a remessa de material e mercadorias, outrora armazenados em sua matriz em Maceió (AL), para a sua filial localizada m Salvador (BA), responsável pela edificação.

Diz que, na simples transferência de mercadorias entre a matriz e filial não há operação econômica e, por conseguinte, não há a incidência do ICMS, nem mesmo de forma antecipada ou em substituição tributária, como diz intentar a Notificação Fiscal.

Após descrever entendimento de Geraldo Ataliba, quanto ao pensamento sobre transferência de domínio econômico, associado a julgados do STF, como também do STJ, de que a circulação entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não gera a incidência do ICMS, diz que, o caso dos autos, se enquadra exatamente nesse entendimento e nas prescrições jurisdicionais destacadas na peça de defesa.

Volta a destacar que, como se verifica das notas fiscais presente nos autos, a circulação apontada na acusação foi relativa a bens do seu ativo fixo, transferidos de Maceió (AL) para Salvador (BA), para serem utilizados na prestação de serviços de telecomunicação no Estado de Sergipe.

Neste contexto, destaca a ementa do julgado do STF, relativo ao AI810921 AgR Relator: Min. Marco Aurélio, 1ª turma em 07/05/2013, bem assim a ementa do julgado do STJ (Resp 1125133?SP, Rel. Ministro Luiz Fuz, de 25/08/2010), que diz tratar de matéria envolvendo a transferência de bens do

ativo fixo, corrobora com o entendimento defendido de que não há incidência de ICMS na operação de transferência entre estabelecimento da mesma empresa.

Assim, diz que não existe a incidência de ICMS, nem a necessidade de cobrança de diferencial de alíquota, como imputado pela Notificação Fiscal, em tela, pois diz que está devidamente afastada a presunção de que houve a comercialização das mercadorias que ingressaram na Bahia.

Por fim, diz que se deve frisar que mesmo a suposta inaptidão da inscrição estadual descrita na Notificação Fiscal, em tela, não torna a operação de simples transferência de mercadorias entre filial e matriz apta à incidência de ICMS.

Desta forma, diz fazer necessário que se julgue improcedente a Notificação Fiscal por inexistir hipótese de incidência do ICMS na transferência de bens do ativo fixo de um estabelecimento para outro, como inclusive foi destacado nas notas fiscais presentes nos autos.

• **Do Pedido**

Requer que se julgue como improcedente a Notificação Fiscal, em tela, por inexistir hipótese de incidência do ICMS na transferência de bens do ativo fixo entre seus próprios estabelecimentos, como indicado na própria nota fiscal, objeto da autuação.

À fl. 73, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

No mérito, a Notificação Fiscal, lavrada em 10/03/2017, refere-se à exigência de R\$20.370,10 de ICMS, acrescido da multa de 60%, no valor de R\$12.222,06, e atualização monetária de R\$380,92, que perfaz o montante de R\$32.973,08, sobre mercadorias adquiridas, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, conforme demonstrativo/documentos de fls. 6/14 do autos, em cumprimento a O.S. MMDN2201703.

Consta da descrição dos fatos o registro da falta de recolhimento do imposto (ICMS) Antecipação Total, sobre as mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte na condição de Inapto. Ação Fiscal originária da SAT/COE, através de Ordem de Serviço emanada do Mandado de Fiscalização nº 26306830000135-2017217.

Enquadramento legal: Art. 5º, art. 8º, § 4º, inc. I, alínea “b” e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. III, alínea “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, e multa tipificada no art. 42, inciso XI da Lei 7.104/96.

A notificação fiscal resultou de uma ação fiscal realizada por Agente de Tributos lotado na IFM METRO, decorrente do cumprimento da O.S.:MMDN2201703, em que se apurou a entrada no estabelecimento do contribuinte autuado, FST TECNOLOGIA LTDA, I.E. 132.801.762, CNPJ 005.680.391/0009-03, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, estando com a inscrição estadual cancelada, na situação de “Contribuinte Descredenciado”, conforme demonstrativo de fl. 14 dos autos, extraído do Sistema de Cadastro do defendant na SEFAZ.

Inicialmente, ressalto que o Autuado não contradiz a informação de que estaria com a inscrição estadual cancelada, com a informação de “Contribuinte Descredenciado”, resultando na Situação Cadastral: INAPTO, com o destaque do motivo: “Contribuinte na Situação de Cancelado”, conforme demonstrativo de fl. 14 dos autos.

Entretanto, diz que se deve frisar que, mesmo a suposta inaptidão da inscrição estadual descrita na Notificação Fiscal em tela, não torna a operação de simples transferência de mercadorias entre filial e matriz apta à incidência de ICMS.

Consigna que não promoveu operação apta a receber incidência do ICMS, pois trata-se de transferência de bens de sua matriz até a sua filial, inexistindo intuito comercial nessas operações.

Destaca que, como se verifica da nota fiscal nº 000894, presente nos autos às fls. 7/8, objeto da autuação, a circulação apontada na acusação foi relativa a bens do seu ativo fixo, transferidos de Maceió (AL), para Salvador (BA), com os fins de serem utilizados na prestação de serviços de telecomunicação.

Amparado em decisões do STF e STJ, diz que é indevida a exigência do ICMS em operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Defende que, independente da circulação entre estabelecimentos da mesma empresa estar ocorrendo entre dois Estados distintos da Federação, não há a transferência de propriedade, por conseguinte, aduz que não gera a incidência do imposto (ICMS) na operação, objeto em análise.

Não se observa dos autos, qualquer manifestação do agente Autuante, em relação às considerações de defesa, dado às disposições do RPAF/BA, que só exige tal peça, nos processos administrativos fiscais, em relação a Auto de Infração (art. 126), e o presente lançamento decorre de Notificação Fiscal. Também, não observo qualquer arguição de nulidade da Notificação Fiscal em tela pelo sujeito passivo.

Todavia, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal na forma a seguir destacada:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito. (Grifos acrescidos)

Por sua vez, o parágrafo único, do 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:

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

Destaco também, que o art. 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente ao apreciar o ato:

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato. (Grifos acrescidos)

Assim, após a análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à constituição do lançamento, que enseja a sua nulificação.

A fiscalização do ICMS compreende duas linhas claramente definidas com base na sincronicidade da temporaneidade da ocorrência dos fatos a serem apurados, onde, de ofício, cabe ao Conselho de Fazenda, efetuar preliminarmente a verificação dos trabalhos desenvolvidos na ação fiscal por parte dos agentes fiscais, da possível ocorrência ou não de ilícitos fiscais tributários.

Uma dessas vertentes contempla a verificação e exame de fatos que ocorrem instantaneamente, exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade, pode ensejar a lavratura de um Auto de Infração, “Modelo 4”; ou de uma Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, que a administração tributária instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado nos estabelecimentos dos contribuintes.

A outra vertente é quando a equipe se dedica à análise e exame de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias, e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando via sistemas informatizados com a análise e batimentos de dados existentes, as suas operações mercantis já realizadas. Neste contexto, constatando irregularidade, pode ensejar a lavratura, também, tanto de um Auto de Infração, quanto de uma Notificação Fiscal, sendo o que vai diferenciá-lo é o valor da exigência fiscal, na forma do art. 48 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999.

No caso em exame, existe um lapso temporal entre o lançamento, ocorrido em 10/03/2017, através da Notificação Fiscal de nº 491301.0012/17-7, decorrente do cumprimento da O.S. MMDN2201703 de emissão da unidade Fazendária IFMT METRO, onde se encontrava lotado o agente Fiscal Autuante, e os fatos geradores da ocorrência fiscal, que se efetivaram no ano de 2017, mais especificamente na data de 04/01/2017, conforme demonstrativo/documento de fls. 6/8 dos autos. Neste caso, impõe-se aplicar os procedimentos estipulados para a fiscalização em estabelecimentos.

Dessa constatação, o procedimento fiscal em tela não se relaciona a uma abordagem imediata, visando a averiguação de fato ocorrido no instante de sua ocorrência, e sim, uma abordagem tendente ao acompanhamento dos procedimentos fiscais do contribuinte durante um período, mesmo se tratando de fatos circunscritos a uma ocorrência específica, no caso, a constatação da entrada no estabelecimento do contribuinte autuado, de mercadorias procedentes de outra Unidade da Federação, por contribuinte com inscrição estadual suspensa, cancelada ou anulada, ou seja, na situação cadastral de “inapto”, conforme documento de fls. 14 do autos, em cumprimento a O.S. MMDN2201703.

Seguindo essa trilha de entendimento, observo que a Notificação Fiscal foi lavrada por Agente de Tributos Estaduais. Consta, todavia, no Sistema de Informações do Contribuinte – INC, à luz do documento de fl. 11 dos autos, ser o autuado inscrito no Cadastro Estadual na condição de uma sociedade empresária limitada, com o registro de opção de apuração do imposto por Conta Corrente Fiscal, no âmbito do Estado da Bahia.

Isto posto, é necessário apontar, na legislação tributária estadual, quem é a autoridade administrativa que a norma confere de forma privativa a competência para realizar o presente lançamento tributário.

O Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, estabelece no art. 107 a citada competência para a constituição de créditos tributários a partir de 01/07/2009, com a vigência da Lei nº 11.470/09:

Art. 107. Compete à Secretaria da Fazenda a fiscalização e arrecadação dos tributos estaduais.

§1º A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais.

§2º 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.

§3º 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. (Grifos acrescidos)

Parágrafo único. A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009.

Tais determinações foram absorvidas pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, que prevê em seu art. 42, com redação em vigor a partir de 01/07/09:

“Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelos Agentes de Tributos Estaduais, sendo que:

II- 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”.

Da leitura dos dispositivos legais acima destacados, verifica-se que a competência para fiscalização em empresas optantes pelo regime normal de apuração do imposto, em fiscalização de estabelecimentos, é atribuição exclusiva dos auditores fiscais, inclusive os atos preparatórios vinculados ao lançamento, independentemente de o contribuinte ser microempresa ou empresa de pequeno porte.

Assim sendo, falece aos Agentes de Tributos Estaduais a competência para constituição de créditos tributários fora dos limites estabelecidos no § 3º do COTEB, recepcionado pelo art. 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, de 09/07/1999, acima transcrito, haja vista que tal competência é exclusiva dos Auditores Fiscais. Logo, a presente notificação fiscal não poderia ter sido lavrada por Agente de Tributos.

Concluo, portanto, que se encontram caracterizadas nulidades insanáveis e absolutas na presente ação fiscal, já que seu ato foi formalizado por servidor sem competência. Voto, então, pela nulidade da Notificação Fiscal, com fundamento no art. 18, inc. I do RPAF/99, recomendando, amparado na disposição do art. 21 do mesmo diploma legal, a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, no estabelecimento do autuado, por agente competente, conforme os termos e os demais atos que fundamentam ou instruem a ação fiscal, em especial o art. 28 do citado regulamento, devendo ser observado o prazo decadencial do lançamento fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA, a Notificação Fiscal nº 491301.0012/17-7, lavrada contra **FSF TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal, a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA