

A. I. Nº - 147321.0010/22-0
AUTUADO - ABILITY TECNOLOGIA E SERVIÇOS S/A.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA BOMFIM COSTA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/03/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0043-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Multa de 1%, calculada sobre o valor das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Mantida a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2022, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$ 517.746,42, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS atribuída ao autuado:

Infração 01 - 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, correspondente a 1% do valor das mercadorias;

Foi acrescentado que: *“Deixou de registrar diversas Notas Fiscais de entrada na EFD, sendo que estas NFs se encontram no repositório nacional de notas fiscais eletrônicas emitidas. A empresa foi intimada a prestar esclarecimentos através da Intimação 01/2022. A empresa solicitou dilação de prazo para analisar as informações que foram encaminhadas através da Intimação 01/2022, tendo sido concedido. Com base nas informações prestadas, informamos que as Notas não registradas na EFD, sem que tenha havido comprovadamente uma devolução ou não recebimento das mesmas, implica que a empresa deixou de cumprir a obrigação acessória do registro na escrita fiscal conforme preceitua os Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e tipificado pelo art. 42, inciso IX da lei 7.014/96”.*

O autuado ingressa com defesa, fls. 31 a 42 inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação e esclarece que é empresa que se dedica, precipuamente, à instalação e manutenção de produtos direcionados ao setor de telecomunicações, tais como acessos à banda larga, rede dedicada, equipamentos de transmissão, entre outros, sendo referidos serviços tributados pelo Imposto sobre serviço de qualquer natureza – ISSQN, de competência municipal, conforme previsto no item 31 da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

Informa que para execução de seus serviços de instalação e manutenção, a ora Impugnante recebe de seus clientes bens que serão instalados, os quais integram o ativo imobilizado do remetente, assim como bens que serão utilizados na manutenção de equipamentos de propriedade do próprio remetente (partes e peças dos ativos) conforme especificado em contrato. Portanto, recebe bens que não adquiriu. Dessa forma, a Impugnante tão somente os recebe para fins de instalação ou para realização de manutenção de equipamentos dos próprios remetentes, tomadores do serviço prestado pela ora Impugnante.

Desta feita, não se verifica, *in casu*, a circulação de mercadoria com *animus* de mercancia, pois os bens remetidos para a Impugnante, destinam-se, exclusivamente, à execução de serviços inerentes às atividades específicas dos remetentes dos bens.

Assim, tais bens, enviados pelas entidades remetentes, tomadoras do serviço prestado pela ora Impugnante, não se conceituam como mercadorias, pois serão utilizados na execução de serviços

inerentes às atividades da empresa contratante.

Informa que, por meio da PORTARIA nº 739/1984, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia dispensa a emissão de documentos fiscais relativos às remessas de bens destinados a execução de serviços inerentes à atividade de empresas públicas ou concessionárias de serviços públicos, empresas de economia mista e outras entidades, mesmo particulares, que não pratiquem operações relativas à circulação de mercadoria, conforme trecho do referido documento que copiou.

Como se não bastasse o elucidado na norma supra, no *website* da SEFAZ/BA (perguntas e respostas aos contribuintes), encontra-se orientação expressa sobre a dispensa da emissão de nota fiscal nesta situação.

No caso específico das Notas fiscais emitidas pela TIM S.A., que representam a quase totalidade das notas fiscais objeto da presente autuação, a Impugnante esclarece que sempre recebeu ditas mercadorias acompanhadas de documento interno emitido pela TIM S.A., (romaneio de transferência), expedido nos termos da Portaria nº 739/1984.

À título de exemplo, junta aos autos (doc. 04) modelo de “romaneio de transferência”, emitido comumente quando da transferência de bens da TIM S.A., para prestação de serviços de instalação.

Reitera que a Impugnante nunca foi a destinatária destes bens. A TIM S.A., apenas os enviava para que a Impugnante executasse a instalação desses bens ou a manutenção de bens previamente instalados no dia e local determinado pela contratante. Para que se torne fácil a compreensão dos julgadores quanto aos serviços prestados pela Impugnante, colacion algumas fotos ilustrativas.

Destaca mais uma vez, que a TIM S.A., enviava esse tipo de bem apenas para que a Impugnante realizasse o serviço de instalação e manutenção na hora e dia determinados pela remetente.

Assim, entende a Impugnante que caso a TIM S.A., pretendesse emitir notas fiscais para amparar as remessas desses bens, o procedimento correto para fins de emissão destas notas fiscais seria o remetente, no caso a TIM S.A., emitir nota fiscal em seu próprio nome e não em nome da Impugnante. Isto porque, a destinatária das mercadorias enviadas era a própria empresa remetente, tomadora do serviço, figurando a Impugnante apenas como empresa contratada para prestação do serviço de manutenção de sites de telefonia móvel e cabos óticos na região da Bahia.

Registra que a ora Impugnante apenas tomou conhecimento da emissão dessas notas fiscais com o início da fiscalização que culminou na presente autuação, pois, como já mencionado, o recebimento dos bens era amparado por romaneio de transferência. Referidas notas fiscais objeto de questionamento, pelas informações obtidas junto à empresa TIM S.A., eram emitidas posteriormente ao envio das mercadorias objeto dos romaneios de transferência. Ou seja, a Impugnante sequer recebia referidos documentos fiscais, pois as mercadorias eram remetidas amparadas pelos romaneios de transferência. Por esta razão, a Impugnante não os escriturava e não realizava qualquer tipo de manifesto, pois sequer tinha conhecimento de sua emissão.

Quanto a esse ponto, ressalta ainda que a ora Impugnante não possui controle dos documentos fiscais erroneamente emitidos contra seu CNPJ. Além disso, em que pese as notas fiscais estarem disponíveis no repositório nacional de notas fiscais eletrônicas, a legislação Federal e Estadual não exige a Manifestação pelo Destinatário nas operações autuadas.

Com efeito, a Manifestação pelo Destinatário, prevista no Ajuste Sinef nº 07/2005 e art. 89 § 4º do RICMS-BA, consiste na declaração do destinatário sobre a sua participação comercial descrita na NF-e emitida contra seu CNPJ, consistente nas seguintes hipóteses: (a) confirmação da operação; (b) desconhecimento da operação; (c) operação não realizada; (d) ciência da emissão; (e) Ator Interessado na NF-e-Transportador.

Contudo, entende que a referida Manifestação apenas é obrigatória para alguns tipos selecionados

de movimentação de mercadorias. São elas: (a) combustíveis, derivados ou não de petróleo, quando destinados a estabelecimentos distribuidores, postos de combustíveis e transportadores e revendedores retalhistas; (b) álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel; (c) farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, em embalagens com peso igual ou superior a 25 quilos; (d) cigarros, cervejas, chopes, bebidas alcoólicas, refrigerantes e água mineral, quando destinado a estabelecimento distribuidor ou atacadista, conforme disposto no art. 89, § 14º, do RICMS-BA, que transcreveu, assim como a Nota Técnica 2020.001, a qual atualiza o serviço de Manifestação do Destinatário, publicada em 02/06/2022.

Conclui não ser exigível que a ora Impugnante realizasse o controle e manifesto de todos os documentos fiscais emitidos contra seu CNPJ. Até porque, no caso em análise, em verdade considerava que as remessas que recebia para exercício de sua atividade estavam devidamente acobertadas pelos romaneios de transferência, em consonância com a Portaria nº 739/1984 e o entendimento da SEFAZ-BA.

Reitera mais uma vez que as notas fiscais em questão sequer deveriam ter sido emitidas contra a Impugnante, e que não haveria razão para que realizasse sua escrituração.

Destaca que a Impugnante prestou todos os esclarecimentos ao Fiscal autuante, que, se tivesse realizado uma simples consulta à legislação estadual e no *website* desta Secretaria, teria constatado que as operações ora autuadas não exigem a emissão de documentos fiscais e, caso emitidos, não deveriam sê-los em nome da empresa autuada.

Conforme amplamente demonstrado, no presente caso, não há exigência de escrituração de notas fiscais por parte da Impugnante. Contudo, ainda que se considere que as notas fiscais, equivocadamente emitidas pela TIM S.A., deveriam ser escrituradas, é de se ver que nenhum dano foi causado ao Fisco, uma vez que, na operação em tela, por se tratar de remessa de bens a serem utilizados na prestação de serviços, não há incidência do ICMS. Ou seja, não houve ausência de recolhimento de imposto.

Caso as notas tivessem sido escrituradas, em nada alteraria a operação realizada. As mercadorias remetidas para posterior prestação dos serviços contratados não seriam objeto de incidência de ICMS, dada a ausência de fato gerador do imposto estadual.

Além disso, todas as operações de entrada foram devidamente acobertadas por documentos autorizados pela legislação do Estado da Bahia, os romaneios de transferência, nos termos da Portaria supramencionada, de modo que a conduta atribuída à empresa em nenhum momento teve a intenção de causar qualquer tipo de lesão ao fisco (E não causou).

Por esta razão, sob qualquer ângulo que se analise o presente caso chega-se a uma única conclusão: NÃO houve qualquer tipo de prejuízo causado aos cofres públicos.

Sendo assim, não é razoável e nem proporcional lavrar um Auto de Infração para exigir multa no valor 582.993,93 (quinhentos e oitenta e dois mil, novecentos e noventa e três reais e noventa e três centavos) em razão de uma suposta infração que, como visto, não ocasionou a falta de recolhimento de imposto e qualquer prejuízo aos cofres públicos.

Ao assim agir, o Fisco Estadual está tratando a Impugnante como uma devedora contumaz, o que evidentemente não é caso, pois sempre esteve em dia com o cumprimento de suas obrigações tributárias principais e acessórias, sendo que desde que recebeu a notificação fiscal anterior a lavratura do presente Auto de Infração, sempre colaborou com o Fisco e não realizou qualquer embaraço à fiscalização.

Tal conduta do Fisco está em total dissonância com o princípio da eficiência, o qual orienta as atividades realizadas pela Administração Pública, no sentido de alcançar sempre os melhores resultados, com o menor custo possível e utilizando-se dos meios que se encontram à sua disposição.

Desta forma, aplicando-se os efeitos de tal princípio sobre o Direito Tributário, constata-se que as

obrigações tributárias impostas aos contribuintes não lhes devem ser excessivamente penosas, de modo a estimular o seu cumprimento espontâneo e permitir uma melhor fiscalização.

Frisa que no presente caso, tendo em vista que a suposta infração praticada pela Impugnante não ocasionou qualquer prejuízo ao erário, e que a Impugnante agiu de boa-fé, tem-se que, caso a questão seja judicializada, o Auto de Infração será cancelado.

Afirma que o E. Superior Tribuna de Justiça e o E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vêm cancelando autuações em hipóteses em que o contribuinte agiu de boa-fé, sem causar qualquer prejuízo ao Erário, conforme ementas que transcreveu.

Finaliza solicitando que seja conhecida e provida a presente Impugnação para cancelar integralmente o auto de infração, haja vista a sua insubsistência, conforme alegações especificadamente aduzidas.

Por fim, requer sejam as intimações realizadas em nome das Dras. TACIANA ALMEIDA GANTOIS, inscrita na OAB/SP nº 353.890 e ANA CRISTINA DE CASTRO FERREIRA, inscrita na OAB/SP sob o nº 165.417, ambas com escritório na Alameda Santos nº 1940 – 9º andar – cj. 92 – CEP 01418- 102, São Paulo – SP, Telefone (11) 2050-3434, sob pena de nulidade.

O autuante ao prestar Informação Fiscal, fls. 34 a 35, diz que a impugnante argumente que: *“é empresa que se dedica, precipuamente, à instalação e manutenção de produtos direcionados ao setor de telecomunicações”*, assim para a execução de seus serviços de instalação e manutenção, recebe de seus clientes bens que serão instalados, que integram o ativo do remetente e também bens que serão utilizados em serviços de manutenção do próprio remetente. A empresa os recebe tão somente para fins de instalação e manutenção de equipamentos dos próprios remetentes. A impugnante também expõe que tomou conhecimento da emissão dessas notas fiscais com o início do processo de fiscalização, e que não tinha controle sobre os documentos emitidos contra seu CNPJ e que as nota fiscais objeto de questionamento eram emitidas pela TIM S.A., após o envio das mercadorias objetos de romaneios.

Diante dos fatos apresentados afirma que ficaram evidenciados que as notas fiscais foram emitidas em nome da autuada e que a mesma deveria, conforme as regras previstas nos artigos 217 e 247 do RICMS, tê-las registrado na sua escrita fiscal. Ressalta ainda que a sua conduta foi de total transparência na sua relação com o autuado, mantendo-o sempre informado sobre os dados objeto da fiscalização.

Finaliza concluindo que: *“Por tudo quanto aqui exposto, tendo em vista as considerações apresentadas, mantemos a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário. Visando salvaguardar os interesses públicos, esperamos dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento pela PROCEDÊNCIA total do presente auto de infração”*.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal da autuada, Drª Carolina Ribeiro Guimarães, OAB/SP nº 450.255, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração em lide está relacionado ao descumprimento de obrigação acessória, e diz respeito a entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, conforme demonstrativos às fls. 07 a 13 e CD à fl.20.

Em sede de Defesa, o Impugnante alegou tratar-se de empresa que se dedica, precipuamente, à instalação e manutenção de produtos direcionados ao setor de telecomunicações, sendo referidos serviços tributados pelo Imposto sobre serviço de qualquer natureza – ISSQN, de competência municipal, conforme previsto no item 31 do Lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003.

Informa que para execução de seus serviços de instalação e manutenção, recebe de seus clientes bens que serão instalados, os quais integram o ativo imobilizado do remetente, assim como bens

que serão utilizados na manutenção de equipamentos de propriedade do próprio remetente (partes e peças dos ativos) conforme especificado em contrato.

Assim, assevera que as notas fiscais objeto do presente lançamento dizem respeito a bens enviados pelas “entidades remetentes”, tomadoras dos serviços prestados pela autuada, e no seu entender não se conceituam como mercadorias.

Ressalta que a grande maioria das notas fiscais autuadas foram emitidas pela TIM S.A., e que sempre recebeu as mercadorias acompanhadas de documento interno emitido pela mencionada empresa (romaneio de transferência), expedido nos termos da Portaria 739/1984.

Registra que somente tomou conhecimento da emissão das notas fiscais com o início da fiscalização e que pelas informações obtidas junto a empresa TIM S.A., as mesmas eram emitidas posteriormente ao envio das mercadorias objeto dos romaneios de transferência.

Disse que apesar das notas fiscais estarem disponíveis no repositório nacional de notas fiscais eletrônicas, a legislação Federal e estadual não exige a Manifestação pelo destinatário das operações autuadas, por entender que não se enquadrar no disposto no art. 89, § 14º, do RICMS/BA.

O Autuante ao prestar a Informação Fiscal, afirmou que as notas fiscais foram emitidas em nome da autuada e que as mesmas deveriam, conforme as regras previstas nos artigos 217 e 247 do RICMS, serem registradas na sua escrita fiscal.

Observo que a legislação prevê a aplicação de multa de 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96). Portanto, a legislação determina a necessidade de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada de mercadoria, ou bens, no estabelecimento, independentemente de ser destinada ou não à comercialização, e não é condicionada a sua aplicação à ocorrência de prejuízo ou não ao erário estadual.

Fato é que todas as notas fiscais foram emitidas em nome da empresa autuada, e regularmente autorizadas. Neste caso, caberia ao mesmo proceder a escrituração das mesmas e adoção das providências cabíveis junto aos emitentes dos referidos documentos fiscais para efeito do desfazimento da operação, que entendesse pertinente.

Quanto a alegação de que somente tomou conhecimento da emissão das notas fiscais quando do início da fiscalização observo que, diferentemente do seu entendimento, constitui obrigação de todos os Contribuinte acompanhar no sistema Nacional de Notas Fiscais da Receita Federal as notas fiscais emitidas que tenham seu estabelecimento como destinatário. Portanto, caberia ao contribuinte proceder de acordo com o estabelecido no Art. 89, §§ 16 e 17, do RICMS/BA.

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Quanto ao dispositivo citado pelo defendente, o § 14 do art. 89, para se eximir da obrigação de consultar as notas fiscais emitidas para o seu estabelecimento, observo que o referido dispositivo trata da obrigatoriedade, por parte dos destinatários das mercadorias ali indicadas, de informar os eventos da NF-e denominados: “*confirmação da operação*”, “*operação não realizada*” ou “*desconhecimento da operação*”, não sendo este procedimento atendido fica o contribuinte sujeito a aplicação da penalidade prevista no inciso X-A, do art. 42, da Lei nº 7014/96, o que não é o caso sob análise.

Assim, ante a inexistência da comprovação inequívoca de que não ocorrera a entrada das mercadorias constantes das Notas Fiscais indicadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização, fls. 07 a 13, devidamente validada no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas, tendo como destinatário o estabelecimento autuado, bem como, por não ter o Impugnante adotado os procedimentos preconizados pela legislação de regência, resta evidenciado o acerto integral da autuação.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu escritório de advocacia situado no estado de São Paulo, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147321.0010/22-0**, lavrado contra **ABILITY TECNOLOGIA E SERVIÇOS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor principal de **R\$ 517.746,42**, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR