

A. I. Nº - 210765.1554/16-5
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS IMP/EXP LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - DAT/SUL IFMT

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-04/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. OPERAÇÕES COM CONTRIBUINTE NÃO INSCRITO, INAPTO OU QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. Devidamente comprovado documentalmente e por vistoria fiscal no local onde funcionaria o estabelecimento destinatário das mercadorias não estar o mesmo em atividade no momento da visita fiscal, a autuação é perfeitamente cabível. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 06 de junho de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$475.213,72 bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10.** Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal. Consta a informação da autuante de que *“Refere-se a mercadorias (cigarros) acobertadas pelo DANFE 1106 emitido pela empresa Quality In Tabacos Ind. e Com. de Cigarros Imp. E Exp. Ltda. Procedentes do Estado do Rio de Janeiro e destinadas para comercialização a contribuintes sem destinatário certo, conforme Termo de Ocorrências e documentos comprobatórios anexos”*.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento, através de seus advogados, constante às fls. 40 a 53, onde após informar ter por objeto social a industrialização e distribuição de cigarros, conforme se verifica de seus atos constitutivos, aponta que por conta das atividades desenvolvidas, está sujeita as exigências legais, dentre elas o Registro Especial de Fabricante de Cigarros, o qual é deferido após minucioso processo administrativo no âmbito da Receita Federal do Brasil, sendo inclusive atestada a lisura da empresa e de seus sócios, tudo em conformidade com o Decreto-Lei 1.593/77, bem como o competente Registro de Produto Fumígeno perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Após breve histórico de suas atividades, inclusive no estado do Ceará, esclarece que ao transferir mercadorias de seu estabelecimento sediado no Rio de Janeiro para suas filiais instaladas no Ceará e no Piauí (DANFES 185, 1106, 1107) bem como transportando mercadorias a serem entregues no estado da Bahia (DANFE 0186) no dia 02/06/2016, ao se apresentar a fiscalização no Posto Fiscal de Benito Gama, teve suas mercadorias retidas para o procedimento de fiscalização, frisando que nesta oportunidade, foi apresentada a documentação fiscal da carga, comprovando assim a origem e destino da mesma.

Fala que, de forma inexplicável, a agente fiscal buscou informação junto ao Posto Fiscal de Asa Branca (estado do Ceará) no tocante ao seu estabelecimento filial sediado naquele estado, posto que o DANFE 1.106 destinava mercadoria para aquele local, e o relato dos agentes inscritos naquele Posto Fiscal de, quando inadvertidamente (sem competência, agindo ao arrepio da competente célula de execução tributária do Crato, responsável por prestar qualquer

esclarecimento quanto a qualquer contribuinte instalado naquela circunscrição) firmaram declaração, a qual será rechaçada pela via própria – no sentido de que a empresa não funcionaria no local, em que pese ter constatado um letreiro visível a olho nu a boa distância.

Observa que nesse ínterim a impugnante, por seu departamento jurídico manteve contato com os agentes fiscais que presidiam o procedimento de fiscalização com vistas aclarar os já cristalinos fatos, visto que não pesava qualquer irregularidade seja contra o emitente, destinatário ou mesmo a mercadoria, sendo sempre informado que tal situação estava sendo analisada. Todavia, anota que, mesmo depois de todas informações prestadas, bem como, que a carga era lícita e devidamente acobertada por documento fiscal válido – solicitaram junto à Receita Federal do Brasil a verificação dos selos de controle aplicados nos produtos, concluindo pela regularidade das mercadorias.

Anota que todos esses fatos transcorreram do dia 02/06/2016 até o dia 06/06/2016 quando foi lavrado o Auto de Infração em tela pelo alegado descumprimento de obrigação prevista na legislação tributária estadual, ou seja, acusa a autuação, em suma, que *“refere-se a mercadorias (cigarros) acobertadas pelo DANFE 1106 emitido pela empresa Quality In Tabacos Ind. e Com. de Cigarros Imp. e Exp. Ltda., procedentes do estado do Rio de Janeiro e destinadas para comercialização a contribuinte sem destinatário certo, conforme Termo de Ocorrências e documentos comprobatórios anexos”*, e demais inverídicas alegações, conforme documentos relacionados em anexo ao lançamento.

Inicialmente, entende nulo o Auto de Infração, em face da sua manifesta impropriedade, pelos argumentos que destaca, a começar pela sua manifesta insegurança, diante da ausência de elementos suficientes para a determinada infração, sem olvidar que o ato ora guerreado foi praticado com preterição do direito de defesa, considerando-se que foi efetivada a apreensão dos seus bens sem respeito ao devido processo legal, meio para a garantia do direito de defesa, e assim acarretando-lhe plena deficiência material, nos termos do artigo 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do Decreto Estadual 7.629/99.

Invoca a Constituição Federal, especialmente os artigos 5º, inciso LIV, LV, 37, 170, inciso II e IV, além de seu parágrafo único, todos devidamente transcritos, asseverando não ter vulnerado os dispositivos legais apontados no Auto de Infração, como também inexistir qualquer fundamento que viabilize a compreensão da imposição da exação fiscal pretendida pelo Fisco, tolhendo-a ao alcance pleno dos direitos constitucionais supra apontados: devido processo legal; ampla defesa e do contraditório; legalidade; moralidade; existência digna de todos; propriedade privada; livre concorrência; e por fim, livre exercício da atividade econômica, além do que, diferentemente do que quer fazer crer o lançamento, tinha destinatário devidamente identificado no respectivos DANFE’s, os quais em momento algum, foram declarados inidôneos.

Diz ser insubsistente o argumento do Fisco, que leva e conta informação de agente fiscal lotado no posto fiscal de Asa Branca (Ceará) incompetente, posto que desconhecedor das peculiaridades de cada contribuinte, agindo ao arrepio da lei e em flagrante desvio de função, estando devidamente instalada no endereço constante do documento fiscal apresentado à fiscalização, mantendo inclusive funcionários em atividade.

Esclarece que tal estabelecimento não atua com atendimento diário ao público, sabendo que quase a totalidade de suas vendas são concretizadas em visita dos representantes comerciais aos estabelecimentos dos clientes. Contudo, tal forma de atuação em nada prejudica/embaraça a atuação do fisco junto ao contribuinte, estando sempre à disposição da célula de execução tributária do Crato, para todos os fins legais, além do que, há que se notar ainda que a mercadoria comercializada é muito visada por ladrões, razão pela qual, pela segurança, atua na maior parte das vezes com sua porta fechada, sendo completamente desarrazoada a declaração firmada de forma precipitada e incompetente pelo agente fiscal do Posto Fiscal do Ceará.

Com vistas a jogar uma pá de cal sobre o tema, observa que por força do artigo 30, I e VII da CF/88 (transcrito), cabe exclusivamente aos municípios dispor sobre as condições necessárias ao

funcionamento de qualquer atividade econômica em seus territórios, e sabendo que a Impugnante possui Alvará de Localização válido para o corrente ano, impossível qualquer discussão quanto incompatibilidade do estabelecimento com a atividade desenvolvida, sob pena de usurpação de competência e afronta a separação de poderes.

Anota que os Agentes Fiscais que subscrevem aquele relatório de diligência deixaram de prestar as devidas cautelas indispensáveis as alegações firmadas, posto que trazem informações ao tom de “fofoca” na melhor versão do “ouvi dizer”, ao passo que não apresentam a fonte, sabendo aliás que o estado democrático de direito veda o anonimato na forma do artigo 5º, IV CF/88.

Destaca, ainda, que até 04/07/2016, ou seja, quase trinta dias após a autuação, a Impugnante permanece com sua inscrição estadual junto ao fisco cearense na condição de ativa a mesma que constava na data da ocorrência, e por tais argumentos, aduz ser necessário considerar que toda a ação fiscal, pautada unicamente em alegações tecidas de forma infundada, por agente incompetente e com usurpação da competência municipal de editar as normas de zoneamento naquele município, é flagrantemente nula.

Pontua, a seguir, que quanto a norma insculpida no artigo 332, III, “a” do RICMS/BA, tem-se que inaplicável ao caso em tela tomando por base que as operações realizadas (transferência de mercadoria para estabelecimento atacadista do mesmo titular) não constituem fato gerador do ICMS-ST, destacando o artigo 10 da Lei 7.014/96, igualmente transcrita, e se deve buscar na regra geral, fundamento legal para a aplicação do referido regime, para operações de transferência de mercadoria para estabelecimentos do mesmo titular, consoante disposição do Convênio ICMS 81/93, cujas Cláusulas primeira, segunda e quinta, copia.

Esclarece ser de fácil compreensão o texto legal supracitado, não havendo que se falar em incidência de ICMS ST na entrada de mercadorias quando provenientes de outro estabelecimento do mesmo titular, como o caso em tela, o caso em tela, e igualmente, quanto a alínea “d” do inciso III do artigo 332 da Lei 7.014/96, não encontra-se presente no caso em tela qualquer da situação prevista, posto que a mercadoria estava devidamente acobertada com documento fiscal idôneo, com inscrição estadual junto ao fisco de destino, evidentemente, com destinatário certo (aquele presente na nota fiscal).

Repisa a fragilidade das declarações prestadas pelos incompetentes (posto que não revestidos de atribuição funcional para tal finalidade) fiscais lotados no posto fiscal de Asa Branca-CE, sabendo que tal declaração não serve como sustentáculo para alegação de destinatário incerto, e apesar de não ter descumprido suas obrigações legais a Autoridade autuante reteve as mercadorias relacionadas ao DANFE Nº 1.106, objeto da então fiscalização, bem como aquelas descritas nos DANFES 1.107, 0.185 e 0.186, a assim não observando direitos constitucionais e até mesmo pacífica jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, e ainda sem prova suficiente da sua alegação.

Reafirma que, embora em contato telefônico com o agente fiscal no citado posto, tenha prestado os devidos esclarecimentos sobre a sua regularidade fiscal no Estado do Ceará, enviando imediatamente comprovantes do seu domicílio tributário em Crato - CE, que consta em seu Cadastro de CNPJ - RFB, Inscrição Estadual – SEFAZ/CE, ambos ativos, possui Alvará Municipal de funcionamento, e há imóvel locado com suas obrigações locatícias em dia, com luz, telefone e internet.

Mesmo assim, observa ter o agente fiscal rejeitado os argumentos, e por conta da suposta infração, cobrado o ICMS também pelo Fisco da Bahia, juntamente com a cobrança de multa (abusivamente calculadas, como se pode conferir no bojo da própria autuação), não obtendo êxito na liberação de suas mercadorias, ressaltando possuir Certidão Negativa de Débito, emitida pela Secretaria de Fazenda do Estado, devidamente válida até 15/08/2016, o que simplesmente confirma que está comprovadamente regular perante o Fisco Baiano, motivo pelo qual deve a autuação ser julgada inválida, nula ou ainda insubsistente, e assim, seus

consequentes efeitos, determinando-se seu devido arquivamento com baixa nos competentes registros.

Da mesma forma, registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional. Essa é uma norma na sua origem constitucional, de defesa dos direitos. Sobretudo uma norma que, como princípio visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado. Abrange, assim, desde logo, todos aqueles atos de autoridade capazes de causar lesão flagrante produzida ou por produzir pela Administração Pública, não sendo o poder de polícia da administração pública, absoluto. As restrições ao exercício da liberdade e da propriedade se coadunam com a configuração de sua área de manifestação legítima, motivo pelo qual é ilegal a ação da administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, pratica atos arbitrários revestidos de ilegalidade, como é o caso posto em apreciação.

Aduz que a Autoridade Fiscal não pode ao arrepio da lei, criar hipóteses que configurem infração fiscal, por força de mera (e teratológica) interpretação! O Auto de Infração está eivado de ilegalidade, para que se aperfeiçoe a alegação autuante em irrefutável e segura infração fiscal, diante do fato da exigência do tributo ocorrer mediante atividade administrativa vinculada, significando que não há discricionariedade deferida ao administrador tributário na ação estatal de exigir tributos. Deve-se realizar o fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, o que não ocorreu no caso em tela, citando doutrina representada por Paulo de Barros Carvalho.

Finaliza, reiterando a deficiência formal e a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do auto de infração, a não prevalência do crédito tributário pretendido, por inócua e inprobatória a ilicitude indicada na autuação ora impugnada, a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual o autuante quer receber tributos o indispensável fato gerador que justifique seu nascedouro e a indevida instauração da ação fiscal, já que inexistente a subsunção fática comprovada que pudesse legitimar a exação supostamente alegada, seja julgada a autuação fiscal inválida, nula ou insubsistente ou assim improcedente, por pleno vício material, e assim, tornando-se sem efeito as exigências fiscais, bem assim a multa pretendida, determinando-se o devido cancelamento do referido crédito tributário nos termos do artigo 158, do RPAF/99, e por fim, com o arquivamento e baixa nos registros deste Fisco.

Informação fiscal constante às fls. 117 a 120 esclarece que o presente auto de infração teve sua origem no momento do atendimento no posto fiscal, quando não fora apresentado para fiscalização o DANFE 1.106, objeto da presente ação fiscal, que somente veio a ser apresentado no momento da informação ao motorista de que a carga seria conferida, como resta consignado no termo de ocorrência, devidamente assinado pelo motorista que conduzia a carga, às fls. 24.

Diante da omissão, foi solicitada a realização de diligência junto ao Fisco do estado de destino, Ceará, o qual informou: *“que o estabelecimento estava fechado no momento da diligência; que segundo informações da vizinhança há pelo menos 3 meses não há nenhuma movimentação comercial no referido local; o local é estreito e pequeno, mais parecendo uma garagem, sugerindo incompatibilidade com atividade atacadista”* apontando o documento comprobatório.

Diante de tal resultado e informação, constatou que, se um dia a empresa já existiu no endereço consignado no DANFE, esta não mais exerce suas atividades naquele local, sendo este, inclusive, incompatível com a quantidade de mercadorias que estavam sendo transportadas, como salientado pelo diligente, e frente da incerteza do real destinatário das mercadorias, foi lavrado o presente Auto de Infração.

A peça defensiva tenta, ao seu entender, desqualificar a diligência realizada, arguindo serem incompetentes os funcionários que a realizaram, bem como se esforça para desqualificar as informações prestadas pela vizinhança do endereço consignado no DANFE, e a competência dos funcionários que realizaram a diligência nasceu no momento em que estes se tornaram

funcionários do Fisco Cearense, tendo sido realizada nos mesmos moldes adotados pela nossa Secretaria para a lavratura de FLC - Ficha de Localização de Contribuintes.

Ao pretender a autuada atribuir à Célula de Execução Tributária do Crato a exclusiva competência para tratar de todos os assuntos tributários estaduais referentes a ela, sem, contudo, apresentar qualquer argumento fático ou jurídico que dê esteio à sua pretensão, reafirma que a diligencia foi realizada por funcionários do Fisco Cearense, no pleno exercício de suas funções, para as quais são totalmente competentes, merecendo toda credibilidade que goza um documento expedido por um órgão oficial do Estado.

Anota que na tentativa de desconstituir o quanto apurado na diligencia *in loco*, faz a autuada juntar contas de energia, telefone e contrato de aluguel do ponto onde funcionaria o estabelecimento comercial, todavia, em que pese dar uma aparente situação de regularidade, tal documentação não resiste a um olhar mais atento, vindo a depor contra a autuada e a confirmar o resultado da diligência, como passaremos a demonstrar.

À fl. 104, está o contrato de locação celebrado entre a empresa e o locador, onde se observa na cláusula segunda que o prazo da locação é de um ano, se iniciando em 30 de outubro de 2014, terminando em 30 de outubro de 2015, ou seja, na falta de contrato atualizado, sendo lícito concluir que deste o prazo final ali estipulado, a autuada não mais exerce suas atividades naquele endereço, mesma situação dos comprovantes juntados às fls. 105 a 109, que tampouco comprovam a permanência da empresa naquele local, já que não discriminam a que tipo de pagamento se referem, destacando que o contrato de locação estabelece, obrigatoriamente, em sua cláusula quinta que os recibos por aluguel serão expedidos discriminadamente.

Observa que na peça defensiva, em que pese uma preocupação da autuada com a segurança, já que a mercadoria por ela comercializada é, nas suas próprias palavras, “*muito visada por ladrões*” (fl. 45 *in fine*), porém tal preocupação não se reflete na escolha do ponto, a julgar pelo valor irrisório do aluguel, bem como da descrição do diligente de que “*o local é estreito e pequeno, mais parecendo uma garagem*”, além do que, à fl. 109 a conta referente ao consumo de energia elétrica do endereço em que funcionaria a empresa destinatária, onde se verifica que o consumo foi zero, mais que isso, se for observado na mesma conta, no quadro “histórico de consumo”, se verifica que esse foi o mesmo resultado das últimas leituras: zero de consumo de energia elétrica.

Da mesma forma, anota que as faturas telefônicas juntadas às fls. 111 a 113, indicam o pagamento da taxa mínima da concessionária telefônica, sem qualquer acréscimo, indicando um uso mínimo dos serviços de telefonia, e a corroborar todas as informações acima, demonstrando cabalmente que as mercadorias jamais se destinaram à empresa indicada no DANFE, junta a esta a informação fiscal, oriunda do fisco Cearense que afirma categoricamente “*testificamos que a NOTA FISCAL DE Nº 1.106, emitida em 31/05/2016, no valor de R\$ 1.141.780,45 (um milhão, cento e quarenta e um mil, setecentos e oitenta reais e quarenta e cinco centavos... NÃO CONSTA REGISTRO DE ENTRADA INTERESTADUAIS NESTE ESTADO DO CEARÁ*”, sendo tal informação do Fisco Cearense expedida no dia 24/08/2016, mais de sessenta dias após a liberação das mercadorias, sendo que estas jamais chegaram ao destino indicado no documento fiscal, confirmando cabalmente a acusação contida no Auto de Infração. Da mesma peça informativa se extrai que a inscrição da destinatária teve sua situação cadastral transformada para “Em Edital” e posterior baixa de ofício, e que esta somente se mantém ativa em virtude de mandado de segurança.

Desta maneira, indica que em que pese a aparente legalidade da operação, resta evidenciado que de fato, a operação descrita no documento fiscal jamais ocorreu, sendo o estabelecimento destinatário de mera fachada, não havendo qualquer registro de entrada destas mercadorias nas fronteiras do estado Cearense, o que vem a ser prática recorrente da autuada, que constantemente se utiliza desses subterfúgios para burlar o pagamento do imposto.

Cita ação fiscal recente sobre operação semelhante, na qual foram solicitadas informações ao fisco Alagoano, que confirmou que as notas destinadas à empresa naquele estado, jamais transitaram nos seus postos de fronteira, enviando, inclusive, relação dos documentos emitidos no período de 31/05/2016 a 01/08/2016 cujo total ultrapassa trinta e oito milhões de reais, sem qualquer registro de entrada no estado de Alagoas.

Diz, ainda, que o mesmo *modus operandi* vem sendo utilizado em vários estados do norte e nordeste do país, a exemplo das informações prestadas pelo fisco Piauiense acerca das atividades da autuada naquele estado, sendo público e notório ainda a forma como a empresa atua no mercado do estado do Maranhão, conforme descrito no site cujo endereço indica, qual seja, <http://portal.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/jsp/noticia/noticia.jsf?codigo=2310>, onde se verifica a mesma forma de agir, com o intuito de se furtar ao pagamento do imposto devido.

Observa-se estar diante de uma ilusão, um arremedo de legalidade, que não se sustenta ante uma análise conjunta e acurada dos fatos, ficando evidenciado o caráter fictício da operação discriminada no documento fiscal, havendo de se aplicar o consagrado princípio da verdade material, pois, apesar de as mercadorias estarem acompanhadas de documentação fiscal regular e ser o destinatário formalmente inscrito, restou plenamente comprovado pelas provas carreadas aos autos que as mercadorias jamais chegaram ao destino indicado.

Assim, pugnando pelo não acatamento da peça defensiva e dos documentos que a acompanham, requer seja julgado procedente o Auto de Infração.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, a empresa em sua peça defensiva, elencou uma série de elementos, que ao seu entender, se caracterizam como ensejadores de nulidade do lançamento.

Inicialmente, quanto a nulidade que entende caracterizada no artigo 18, incisos II, e IV, alínea “a” do RPAF/99, esclareço que tais incisos falam, respectivamente, em nulidade por preterição do direito de defesa nos atos ali praticados, e quando o ato praticado não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não posso acolher. Isso diante do fato de que, conforme até mesmo queixa da defesa, após a retenção decorreu um lapso temporal para que fossem apurados os fatos que motivaram a retenção das mercadorias, justamente no intuito de que a autuação, caso ocorresse, estivesse revestida da devida, necessária e imprescindível certeza quanto a infração e o infrator, o que no presente se me apresenta de forma bastante cristalina.

Além do mais, o fato das mercadorias não terem registro de entrada no estado do Ceará, ainda que liberadas para seguirem viagem normalmente, de acordo com o documento de fl. 37, não somente reforça, como robustece a acusação fiscal de que as mesmas eram destinadas a outro estabelecimento que não o destinatário nele indicado. Do mesmo modo, a observação da autuante, não contestada, é a de que no momento inicial a nota fiscal que ensejou a fiscalização, somente foi apresentada após a informação de conferência da carga transportada, quando

sabidamente, se trata de obrigação acessória, até mesmo para comprovar o trânsito da mercadoria, ainda que apenas de passagem por estado a princípio não envolvido na operação, para fins de controle de passagem. Logo, agiu corretamente a fiscalização.

De igual modo, refuto o argumento de cerceamento de defesa apontado, ainda que não tenha de forma objetiva indicado para qual teria ou teriam sido o ato ou atos em tal sentido, uma vez que, conforme seu próprio relato, manteve contato com a fiscalização no sentido de esclarecer os fatos, foi comunicado de todos os atos e procedimentos adotados e praticados pela fiscalização, enfim, em momento algum dos fatos descritos se encontra caracterizada a alegação defensiva, ainda que de forma subliminar, e até neste momento onde se apreciam as razões defensivas trazidas, o que me leva, de igual modo, a rejeitar o argumento posto

Relativamente ao reiterado argumento de falta de competência do Fisco cearense, especialmente seus prepostos lotados no Posto Fiscal, de igual forma não acolho. A competência legal está prevista em lei, a partir da investidura no cargo, e não se comprova nos autos, muito ao contrário, que os prepostos que realizaram a diligência no local do estabelecimento indicado como destinatário das mercadorias no Ceará não estivessem no pleno exercício de sua competência legal de fiscalizar tributos e contribuintes, e nesta função, realizar as diligências entendidas como necessárias para a prestação da informação solicitada pelo estado da Bahia. Ademais, a informação foi prestada com a devida clareza, inclusive documentada através de fotos do estabelecimento (fls. 28 e 29), inclusive em pesquisa junto à vizinhança, donde se comprovou o não funcionamento do contribuinte naquele endereço.

Por outro lado, não se pode falar em falta de competência do Fisco do estado da Bahia em lançar o imposto, vez que se tratando de ocorrência verificada no trânsito de mercadorias, a regra normativa entende que a base territorial da cobrança do imposto é o local onde se constatou o fato tido como delituoso.

Não há que aventar, também, na hipótese de documento inidôneo, como pretende a autuada, e sim, de operação inidônea, vez que o estabelecimento indicado como destinatário não exercia mais a sua atividade no local indicado, sendo tal fato devidamente atestado por autoridade fiscal do Estado, devidamente investido de poderes para tal, na medida em que atuam na fiscalização do trânsito de mercadorias, e na visita ao local de inscrição do contribuinte, não se questionando aqui, a questão da localização, sabidamente de competência municipal, mas sim, o fato das instalações não serem compatíveis e condizentes com o porte do contribuinte, nem com as quantidades e valores das mercadorias por ela comercializadas. Além disso, se trata de estabelecimento pertencente ao mesmo titular, o autuado.

E mais: De acordo com documento de fl. 121, emitido pela célula do Crato, órgão da Secretaria da Fazenda do Ceará, e que, segundo o defendente seria o “único” a poder atestar a sua regularidade ou efetuar verificação no local onde se encontraria inscrito, o estabelecimento filial do sujeito passivo apenas e tão somente se encontrava ativo no cadastro de contribuintes daquele estado em 24 de agosto de 2016, por meio de concessão de medida judicial, em Mandado de Segurança impetrado pela empresa autuada. Além disso, a existência de letreiro na parede de qualquer estabelecimento não representa necessariamente o funcionamento normal e regular do mesmo.

Ainda que vendendo por atacado, e através de representantes comerciais, como aponta a defesa, incabível no local não ter sido constatada a presença de qualquer funcionário da empresa autuada, para prestar os devidos esclarecimentos, inclusive quanto ao regular funcionamento da mesma no local, fato esperado, ainda que de acordo com a defesa, por se tratar de produto visado, não trabalhe com as portas do estabelecimento abertas.

O fato do contrato de locação comercial estar devidamente vencido, sem que fosse apresentada sua prorrogação, comum em tais casos, embora a Lei 8.245/91 não a torne obrigatória, bem como consumo mínimo de energia elétrica no local onde funcionaria o estabelecimento destinatário,

além da conta de telefone, da mesma forma, não apresentar consumo mínimo para a atividade desenvolvida por empresa atacadista, reforçam a informação fiscal, ainda que no cadastro de contribuintes do estado do Ceará a empresa estivesse ativa, amparada em medida judicial (fls. 105 a 109, 111 a 113).

Da mesma forma, o fato de inexistir registro de ingresso das mercadorias elencadas no documento fiscal que deu azo à autuação, reforça a ausência de atividade econômica no local onde funcionaria o estabelecimento destinatário das mercadorias autuadas, além das notícias trazidas aos autos de que a autuada se vale de procedimentos idênticos em outros estados da Federação.

De resto, os cálculos efetuados pela autuante não foram impugnados pela defesa, a qual simplesmente invoca o Convênio ICMS 81/93, assimilado pelo artigo 10 da Lei estadual 7.014/96 para se eximir do recolhimento do imposto por substituição tributária, vez se tratar de transferência, argumento que procederia, caso a operação não fosse descaracterizada pelo Fisco. Todavia tendo em vista tal fato, a legislação entende que o destinatário é incerto e não determinado, motivo pelo qual permite que em tais casos seja cabível a cobrança, tal como verificada no lançamento, inclusive, da substituição tributária, vez descaracterizada a transferência referida no documento fiscal tomado como base para a autuação.

Quanto ao argumento de “abuso de autoridade” por ocasião da autuação, esclareço que a Lei de Abuso de Autoridade (4.898, de 09 de novembro de 1965), em seu artigo 3º determina quais os tipos que se constituem em tal figura, a saber:

“Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

- a) à liberdade de locomoção;*
- b) à inviolabilidade do domicílio;*
- c) ao sigilo da correspondência;*
- d) à liberdade de consciência e de crença;*
- e) ao livre exercício do culto religioso;*
- f) à liberdade de associação;*
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício do voto;*
- h) ao direito de reunião;*
- i) à incolumidade física do indivíduo;*
- j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional. (Incluído pela Lei nº 6.657, de 05/06/79)”.*

Tal artigo, é complementado pelo artigo 4º da mesma Lei, que preceitua:

“Art. 4º. Constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;*
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;*
- c) deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;*
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;*
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança, permitida em lei;*

- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie quer quanto ao seu valor;*
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;*
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;*
- i) prolongar a execução de prisão temporária, de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de cumprir imediatamente ordem de liberdade. (Incluído pela Lei nº 7.960, de 21/12/89)."*

Tal lei, tem por inspiração comando constitucional, visando garantir direitos, e como tal deve ser vista, obedecida e aplicada. Entretanto, caso o autuado entendesse ter agido a autuante com abuso de autoridade, como coloca em sua peça, deveria representar contra a mesma nos termos do artigo 2º da mencionada Lei:

"Art. 2º O direito de representação será exercido por meio de petição:

- a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção;*
- b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada.*

Parágrafo único. A representação será feita em duas vias e conterá a exposição do fato constitutivo do abuso de autoridade, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas, no máximo de três, se as houver".

Os delitos previstos nos artigos acima enumerados não admitem a modalidade da forma tentada, uma vez que atentar de alguma maneira contra qualquer uma delas já seria considerado um delito consumado, sendo o rol taxativo. De outra banda, o elemento subjetivo é caracterizado pelo dolo, ou seja, "*o animus*" de abusar do poder que o agente detém em nome do Estado.

Poderia da mesma forma, comunicar ao Ministério Público a sua ocorrência. Não há notícias nos autos de que a empresa autuada tenha feito ou ingressado com qualquer representação neste sentido, o que fragiliza e torna a sua alegação inconsistente. Esclareço que se o que chama de "abuso de autoridade" for a retenção das mercadorias, e não apreensão, como pretende caracterizar, tal fato, o artigo 31-A, inciso IV do RPAF/99 determina que o Fisco Estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão, as mercadorias acompanhadas de documentos fiscais que apresentem evidência de fraude contra a Fazenda Estadual, como no caso presente, e no seu § 4º se encontra a determinação para que as autoridades fazendárias adotem as medidas cabíveis no sentido de evitar a retenção de cargas ou mercadorias para simples verificação, além do tempo razoável em cada caso ou circunstância, além do que, no § 7º estar presente a orientação para que a lavratura do Termo de Apreensão seja feita, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração, procedimento adotado pela fiscalização no presente caso.

Logo, aquilo que o autuado entende como "abuso de autoridade", nada mais é do que o atendimento ao comando normativo estadual, não podendo vir a se caracterizar como ato discricionário ou atentatório contra o princípio da legalidade ou qualquer outro do processo administrativo fiscal, motivo pelo qual não acolho a tese defensiva.

Contundente a afirmação da atuante de que a prática que motivou a autuação, é recorrente pela empresa autuada nos estados do Maranhão e Alagoas, o que dispensa qualquer outro comentário a respeito, pois os mesmos falam por si.

Por outro lado, o fato de apresentar certidão negativa de débitos tributários, não indica o bom proceder da empresa ou não, e sim, o fato de não existirem débitos tributários a serem cobrados, talvez até pelo fato de ao serem lançados e julgados, a empresa os pagar.

Diante de tais motivos, entendendo sobejamente comprovada a acusação fiscal, julgo o Auto de Infração Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº.210765.1554/16-5 lavrado contra **QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS IMP/EXP LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$475.213,72** acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II “d”, da Lei 7.017/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA