

A. I. Nº - 210765.1759/16-6
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.07.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-04/17

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 funcionava o estabelecimento destinatário das mercadorias, estar o mesmo em atividade no momento da visita fiscal, descabe a autuação pela inexistência de fato gerador do imposto, uma vez ser a operação objeto da autuação entre contribuinte do Estado do Rio de Janeiro e Alagoas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 01 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$807.864,00 bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **54.05.10**. Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso sobre mercadorias acompanhadas de documentação fiscal procedentes de outro estado sem destinatário certo na Bahia, para comercialização ou outros atos de comércio. Consta a informação da autuante de que *“Refere-se a mercadorias (cigarros) acobertadas pelo DANFE 1211 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. Não foi possível nomear o fiel depositário por falta de elementos indispensáveis, na forma do art. 31 A, parág. 1º, inciso VI do RPAF, a saber: nome e assinatura, do contribuinte, de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a sua declaração de recusa”*.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento, através de seus advogados, constante às fls. 47 a 56, 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, esclarece que ao transferir mercadorias de seu estabelecimento sediado no Rio de Janeiro para sua filial localizada no estado de Alagoas (DANFE 1211), 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 a Gerência de Mercadoria e Trânsito da SEFAZ de Alagoas no tocante ao estabelecimento destinatário, considerando “estranha” a ilação fiscal impugnada, tendo em vista as informações prestadas

pela SEFAZ Alagoas, segundo a qual “os FTES Marcos Almeida e Adriano Gomes realizaram a diligência e constataram que a empresa existe fisicamente e está no status ATIVA no cadastro”.

Diz ser certo que não restou nenhuma dúvida acerca da indagação da fiscalização do Estado da Bahia, que assim diligenciou: “Gostaria, se possível, verificação de situação cadastral da empresa, bem como confirmação de compra pela mesma”, observando que, nesse ínterim por seu departamento jurídico manteve contato com os Agentes Fiscais que presidiam o procedimento de fiscalização com vistas a 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.

Indica que todos esses fatos transcorreram do dia 31/08/2016 até o dia 02/09/2016 quando foi lavrado o Auto de Infração em tela pelo alegado descumprimento de obrigação prevista na legislação tributária estadual, todavia, como comprovará, não ocorreu qualquer infração a legislação tributária quer deste estado, quer do estado destinatário das mercadorias em tela.

Argui a nulidade do lançamento, 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.

Conforma já relatado, foi autuada quando estava em trânsito no Estado da Bahia, com mercadorias destinadas a outras unidades da federação. Ou seja, as referidas mercadorias objeto da fiscalização diferentemente do que quer fazer crer o Auto de Infração, tinha destinatário devidamente identificado no respectivo DANFE, que em momento algum foi declarado inidôneo.

Questiona como pode ser autuada sob o frágil argumento de que transportava mercadoria sem destinatário certo, sem que seja desclassificado o documento fiscal apresentado à fiscalização, o que vem a entender como argumento insubsistente, tendo em vista a informação da SEFAZ/Alagoas que confirmou a existência física da filial da Impugnante.

Confirma estar devidamente instalada no endereço constante do documento fiscal apresentado a fiscalização, mantendo inclusive funcionários em atividade, destacando que até a data da apresentação da peça defensiva (31/10/2016), ou seja, quase sessenta dias após a autuação, permanece com sua inscrição estadual junto ao fisco alagoano na condição de ativa, a mesma que constava na data da ocorrência, bem como possui certidão negativa de débitos daquele estado.

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” (sic), 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).

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 de Alagoas, enviando imediatamente comprovantes do seu domicílio tributário, que consta em seu Cadastro de CNPJ - RFB, Inscrição Estadual – SEFAZ/AL, 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, de número 20161395763 emitida em 31/10/2016, 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 e que 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, tonando-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. 94 e 95 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 1211, objeto da presente ação fiscal, sendo solicitada diligência junto ao fisco do estado de Alagoas, o qual informou que as notas fiscais destinadas à empresa naquele estado, jamais transitaram nos seus postos de fronteira”, enviando, inclusive, relação de documentos emitidos no período de 31/05/2016 a 01/08/2016 cujo total ultrapassava R\$38.000.000,00, sem qualquer registro de entrada no estado, de acordo com documentos constantes às fls. 09 a 11.

Anota-se tratar de prática recorrente da autuada, que constantemente se utiliza desses subterfúgios para burlar o pagamento do imposto, e o mesmo *modus operandi* vem sendo utilizado em vários estados do norte e nordeste do país, a exemplo de informações prestadas pelo fisco do Piauí, acerca das atividades ali desenvolvidas, bem como no Maranhão, 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.

Quando do lançamento, foi descrita 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 à 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.

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

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.

Quanto ao mérito, a acusação se lastreia no fato de entender o Fisco da Bahia que a mercadoria não possuiria destinatário certo neste estado, o que motivou a lavratura do Auto de Infração. A informação do Fisco de Alagoas presente nos autos é bastante clara: o estabelecimento destinatário se encontrava devidamente inscrito e na condição de ativo no cadastro de contribuintes daquele estado. Logo, não existe qualquer certeza de que as mercadorias acobertadas no documento fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração não seriam entregues no local indicado, e ainda que o fossem, no estado de Alagoas, caberia ao Fisco local adotar as necessárias medidas para coibir tal fato, e se fosse o caso, efetuar o lançamento tributário. O fato de constar do processo que inexistia registro de entradas de mercadorias no estado de Alagoas, da mesma forma, é algo que somente aquele estado poderia punir.

Da análise da Nota Fiscal 1211 acostada à fl. 12 dos autos, verifico que a mesma não possui qualquer destaque de ICMS, normal ou substituído, constando em suas informações complementares a informação de “não incidência do ICMS por ausência de circulação jurídica da mercadoria, conforme Súmula 166 do STJ”, o que, da mesma forma, inviabilizaria a cobrança de qualquer parcela de imposto pelo estado da Bahia, o qual não possui nenhuma sujeição ativa sobre a operação.

Noto que no presente caso, não se configura a hipótese de entrega de mercadoria em local diverso do indicado no documento fiscal, vez que a ocorrência se deu no Posto Fiscal, inexistindo a flagrância de tal prática, a autuante se pautou apenas e tão somente em elementos em relação aos quais o estado da Bahia naquele momento não possuía a devida competência legal para adotar qualquer providência fiscal, a não ser dar o devido trânsito à mercadoria, ou

seguir o transportador até a fronteira de saída deste estado, para assegurar que as mercadorias não seriam entregues no nosso território, o que não aconteceu.

Desta forma, o argumento defensivo posto na peça impugnatória possui pertinência, e não há fato gerador tributário passível de regular lançamento pelo Fisco da Bahia, tal como feito, baseado em mera suposição, e suspeita, e não em fatos devidamente comprovados ou documentados, vez ter a empresa autuada destinado mercadorias para sua filial em Alagoas, a qual se encontrava em situação cadastral regular e ativa em seu cadastro, fato devidamente atestado pela fiscalização daquele estado, não se podendo falar, pois, em “inexistência de destinatário certo na Bahia”, tal como contido na acusação fiscal.

Diante de tais motivos, entendendo faltar base fática e legal para a acusação fiscal, diferentemente do fato de, por exemplo, o destinatário não existir ou não mais exercer atividade no local indicado na Nota Fiscal, a qual não foi comprovada e julgo o Auto de Infração improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1759/16-6** lavrado contra **QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.**

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629/99, alterado pelo Decreto 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA