

PROCESSO - A. I. Nº 210765.1759/16-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS
IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0124-04/17
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/03/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0018-12/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0124-04/17, que julgou Improcedente o Auto de Infração nº 210765.1759/16-6, lavrado em 01/09/2016, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$807.864,00 em decorrência de uma única infração descrita da forma a seguir.

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 na descrição dos fatos 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 17/07/2017 (fls. 99 a 105) e decidiu pela Improcedência da autuação, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“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 requiera, 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..”

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00, a 4ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0124-04/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário lançado de R\$807.864,00, (em valores históricos), montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

No mérito, a acusação fiscal consiste em “*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*”. A descrição dos fatos indica tratar-se de uma carga de cigarros, procedente do Rio de Janeiro e Destinada ao Estado de Alagoas, conforme indicação do DANFE 1211, cuja cópia foi acostada à folha 12 do processo.

Os elementos do processo indicam que o motivo da apreensão foi a falta de registro, no sistema de divisas do Estado de Alagoas, de outros documentos fiscais emitidos pela empresa autuada, relativos a remessas anteriores, tais como aquela documentada pelo DANFE 1135, de 23/06/16 (vide folha 06).

O sujeito passivo se insurgiu em relação ao lançamento, tendo alegado que a empresa destinatária existe fisicamente no cadastro do Estado de Alagoas, encontrando-se em situação “ativa”, descabendo falar-se em “*mercadorias sem destinatário certo*”. Anexa documentos que comprovam a regularidade do estabelecimento autuado junto à ANVISA.

Em sua informação fiscal, o preposto designado ressalta que o sujeito passivo tem a prática reiterada de utilizar subterfúgios para burlar o pagamento do imposto. Refere-se aos documentos fiscais anteriores que não teriam sido registrados no Estado de Alagoas.

Assegura que se está diante de uma situação de “*arremedo de legalidade*”, em que pese reconhecer que a operação se encontra acompanhada de regular documentação, bem como de ser o destinatário inscrito, conforme se lê em trecho à folha 95, abaixo reproduzido.

“É então 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 (grifo acrescido), restou plenamente comprovado pelas provas carreadas aos autos que as mercadorias jamais chegaram ao destino indicado.”

A 4ª JJF julgou improcedente o lançamento, entendendo que a autuação baseou-se em mera suposição, e não em fatos, vez que a empresa se encontrava em situação cadastral regular a ativa em seu cadastro.

Examinando os autos, é possível notar que a autuação baseou-se na apreensão das mercadorias descritas no DANFE 1211, cuja cópia se encontra acostada à folha 12. Na descrição da infração, a autuante fez constar que as mercadorias se encontravam sem destinatário certo, conforme folha 01.

O exame do DANFE citado não revela, todavia, qualquer irregularidade, pois se trata de operação de transferência entre estabelecimentos da empresa autuada, tendo como origem o estabelecimento matriz e como destino a sua filial 0002, inexistindo elementos que possam amparar a afirmação de que a operação não possui destinatário certo.

O próprio preposto designado reconhece, em sua informação fiscal, que a documentação fiscal está regular, conforme trecho já transcrito, à folha 95, que peço vênha para voltar a reproduzir abaixo.

“É então 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 (grifo acrescido), restou plenamente comprovado pelas provas carreadas aos autos que as mercadorias jamais chegaram ao destino indicado.”

Ora, se o próprio presposto do fisco reconhece que a operação se encontra formalmente regular, não é possível, no trânsito, promover a lavratura de qualquer auto de infração contra o contribuinte, pois a motivação de tal ato deveria, necessariamente, amparar-se no objeto da apreensão, e não tomar como base operações outras, ocorridas no passado, que sequer tiveram como destino o Estado da Bahia.

Assim, entendo que a decisão recorrida não merece reparo, pois identificou, corretamente, que o lançamento tributário baseou-se em suposições, e não em fatos, como deveria.

Do exposto, entendo que é improcedente o presente auto de infração, em função do que NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1759/16-6** lavrado contra **QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS