

PROCESSO - A. I. Nº 210765.1554/16-5
RECORRENTE - QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0078-04/17
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/04/2018

1ªCÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. OPERAÇÕES DESTINADAS A CONTRIBUINTES INCERTOS. Não pode o Estado invadir a esfera privada de outrem para retirar elevada quantia financeira, sem se cercar de necessária certeza da infração à legislação, e pelos elementos probatórios do processo, ao ponderar as provas apresentadas tanto pela autuante como pelo Recorrente, concluo que o lançamento de ofício não conduz à necessária segurança exigida para tal intento, visto que efetuado com presunção de venda a destinatários deste Estado, sem a correspondente comprovação flagrante da entrega, mas baseado em fatos que foram contestados com certo grau de razoabilidade, por se tratar de contribuinte regularmente inscrito e ativo no Estado do Ceará, que arguiu que vende a clientes visitados por seus vendedores, que não permanece aberto por muito tempo por razões de segurança e por isto a diligência efetuada não encontrou o comércio aberto, que suas operações são esporádicas e não diárias, que possui 16 filiais em diversos estados, e por fim, comprovou lançamento da nota fiscal objeto do Auto de Infração no livro Registro de Entradas, etc. Negada preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em virtude da decisão de primo grau, (Acórdão nº 0078-04/17, fls. 160/69), que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 06 de junho de 2016 que 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, e a autuante apresentou informação fiscal às fls. 117/120, e então foi instruído e julgado Procedente conforme voto a seguir em resumo:

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.

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.

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 fala de competência do Fisco cearense, especialmente seus prepostos lotados no Posto Fiscal, de igual forma não acolho.

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 deficiente 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 descharacterizada 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 descharacterizada a transferência referida no documento fiscal tomado como base para a autuação.

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.

Inconformado, o Recorrente apresentou Recurso Voluntário de fls. 177/89 em face da decisão de 1^a Instância, que restou desfavorável ao ora Recorrente, cuja respectiva Decisão foi efetivamente científica à Autuada, através de intimação postal entregue em 08/06/2017.

Que trata-se de autuação fiscal lavrada por 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 CERTOÁRIO CERTO, CONFORME TERMO DE OCORRÊNCIAS E DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS ANEXOS*”, e demais inverídicas alegações, conforme documentos relacionados em anexo ao respectivo Auto de Infração.

Que diante da ilação fiscal, ora recorrida, a Autoridade Fazendária entendeu pela cobrança do imposto no valor de R\$475.213,72, acrescidos de multa no valor de R\$285.128,23, restando apurado o crédito tributário reclamado no total de R\$760.213,72, assim, contra o Recorrente.

Primeiro, pede pela nulidade do Auto de Infração que ora se hostiliza, em face da sua manifesta impropriedade, pelos argumentos que se passa a destacar:

1. QUANTO A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: O presente Auto de Infração encontra-se amparado pela Legislação apontada, mas no intuito de buscar o liame existente entre a fundamentação legal e os fatos determinantes para a sua lavratura, a Recorrida também, apontou Legislação que foi ignorada e desconsiderada pelo Julgador de 1^a Instância.
2. DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA: Ainda em complemento as alegações supracitadas, forçoso reconhecer a nulidade do presente Auto de Infração especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra o Recorrente. Inexiste justa causa em razão de inexistir qualquer ação ou omissão perpetrada pelo Recorrente capaz de configurar as hipotéticas infrações legais apontadas, imprestabilizando por completo a exação fiscal, depreendendo-se que o ato exacial, ora combatido, implicou em preterição ou prejuízo de direito.

As alegações de que o Recorrente nunca exerceu suas atividades por sua filial no Estado do Ceará não pode prosperar, conforme documentação comprobatória já anexada, descartando por completo que não opera no local, e que está instalada “de fachada” como acusa o ente fazendário.

Cumpre também ressaltar que o Auto de Infração não traz elementos suficientes para caracterizar, com SEGURANÇA, a infração à legislação tributária, que ensejou (convenientemente) a aplicação da penalidade de multa descabida, uma vez que não ficou comprovada qualquer indicação falsa do destinatário como então alegado pelo Fisco Estadual.

Os argumentos se consubstanciam no fato de que, mesmo havendo sólida e pacífica jurisprudência INADMITINDO A APREENSÃO DE MERCADORIAS PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS, eis que então supostamente exigíveis por parte do Fisco Baiano, assim, este representado pelo POSTO FISCAL Autuante, apreendendo abusiva e ilegalmente as mercadorias da oro Recorrente, quando na passagem por aquela repartição fiscal, pelo que, restando violado principalmente a célebre SÚMULA nº 323 DO STF.

Felizmente, o próprio Poder Judiciário Baiano, através do provimento do Egrégio Tribunal de Justiça, nos Autos nº 0011280-94.2016.8.05.0000, DETERMINOU A DEVIDA LIBERAÇÃO DOS RESPECTIVOS BENS EM 17/06/2016, conforme se verifica do inteiro teor da Decisão em anexo.

Quanto à defendida deficiência material, inconteste a completa inépcia da autuação em razão de não haver prova cabal que possa embasar a acusação, pois não contendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Como relatado, a única prova em que se deteve o agente fiscal, foi o fato de que teria ocorrido uma diligência do Fisco Cearense em seu estabelecimento (filial), constatando o não funcionamento no local apontado no DANFE de nº 1.106, apesar desta ter sido validada pelas Secretarias de Fazenda do Rio de Janeiro e Ceará.

Embora a fabricante das mercadorias 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, fone e internet.

Mesmo assim, o intransigente fiscal manifestou-se a rejeitar os argumentos, e por conta da suposta infração, seria cobrado o ICMS também pelo Fisco da Bahia, juntamente com a cobrança de suposta multas (abusivamente calculadas, como se pode conferir no bojo da própria autuação), não obtendo êxito na liberação de suas mercadorias.

Importante abrir um parêntese sobre a diligência do Fisco Estadual do Ceará, realizado pelo Posto Fiscal de Asa Branca, sendo certo que o Recorrente está sujeita a fiscalização cearense pela Célula de Execução da Administração Tributária do Crato, local de sua circunscrição fiscal, sendo aquela repartição fiscal incompetente, bem como certamente não possui todas as informações do contribuinte.

A diligência do Posto Fiscal de Asa Branca teria constatado:

- 1) *O estabelecimento comercial se encontrava fechado no momento da diligência;*
- 2) *Segundo informações da vizinhança há pelo menos três meses não há nenhuma movimentação comercial no referido local e que um birô e um computador que lá existiam foram retirados do local, dando a entender que mudaram de endereço;*
- 3) *Os vizinhos não souberam informar se o local continua alugado;*
- 4) *Conforme foto da fachada, anexa ao presente, o local é estreito e pequeno, mais parecendo uma garagem, sugerindo incompatibilidade com a atividade atacadista.*

Agora o Recorrente, rebate veementemente as alegações da diligência do Posto Fiscal de Asa Branca:

- 1) ***É DE CONHECIMENTO DO ÓRGÃO FISCALIZATÓRIO DA SEFAZ – CE, QUAL SEJA, CÉLULA DE EXECUÇÃO TRIBUTÁRIA DO CRATO, QUE A CONTRIBUINTE NÃO ESTÁ OPERACIONALIZANDO SUAS ATIVIDADES DIARIAMENTE, RAZÃO PELA QUAL, NO MOMENTO DA DILIGÊNCIA DO POSTO FISCAL DE ASA BRANCA, PODERIA NÃO HAVER NINGUEM NO LOCAL;***
- 2) ***“AS INFORMAÇÕES COLHIDAS DA VIZINHANÇA” SEQUER REGISTROU O NOME DAS PESSOAS QUE TERIAM ERRONEAMENTE RELATADO A MUDANÇA DA CONTRIBUINTE NO LOCAL;***
- 3) ***“OS VIZINHOS”, NOVAMENTE SEM IDENTIFICAÇÃO, NÃO SABIAM INFORMAR SE O LOCAL CONTINUA ALUGADO, SENDO CERTO QUE O RECORRENTE ENVIOU PARA O POSTO FISCAL DE BENITO GAMA, CONTRATO DE LOCAÇÃO DO LOCAL VIGENTE, BEM COMO OS ÚLTIMOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO;***
- 4) ***“O LOCAL É ESTREITO”, “SUGERINDO INCOMPATIBILIDADE”, SENDO CERTO AFIRMAR QUE OS PREPOSTOS DO POSTO FISCAL DE ASA BRANCA SEQUER TOMARAM CONHECIMENTO DO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO, BEM COMO SE RESSALTA NOVAMENTE, QUE O ÓRGÃO FISCALIZADOR DA SEFAZ – CE (CÉLULA DE EXECUÇÃO DO CRATO) JÁ REALIZOU DILIGÊNCIAS NO LOCAL, TANTO QUE A INSCRIÇÃO ESTADUAL CEARENSE ESTÁ ATIVA, POSSUINDO INCLUSIVE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO.***

Ou seja, conforme podemos constatar, a diligência realizada por prepostos incompetentes do Posto Fiscal de Asa Branca repassou informações errôneas e inverídicas para a fiscalização

baiana, e esta apesar de ser municiada documentalmente pelo Recorrente, não acolheu seus argumentos retendo ilegalmente mercadorias lícitas e de sua propriedade devidamente acobertadas por documento fiscal válido.

Certo é que a prova dos fatos alegados deveria ter sido efetuada mediante a apresentação de laudo próprio, confeccionado por profissional habilitado e instruído com a descrição do local, tudo acompanhado de um representante do Recorrente, sendo posteriormente oportunizado o direito de se manifestar sobre as conclusões expostas no laudo, em homenagem aos princípios constitucionais em análise.

Portanto, o Recorrido tem o dever constitucional de provar a veracidade de suas alegações fáticas, como também assegurar à Recorrente o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Assim sendo, o Recorrido deveria ter se valido de todos os meios lícitos de prova em direito admitidas, sendo que, *in casu*, a prova apresentada o foi de forma totalmente escassa e ilegal.

Nesse diapasão, observa-se no presente caso notável contrariedade na Decisão recorrida, restando claramente visível a impossibilidade de se dar procedência ao pedido do Recorrido sem a apresentação das provas necessárias.

Aliás, essa não é a primeira vez que a fiscalização cearense erroneamente prejudica o Recorrente, razão pela qual buscou o socorro do Poder Judiciário daquele Estado, para regularizar sua inscrição estadual, a qual foi deferida liminar, sendo posteriormente descumprida, tendo sido inclusive emanada nova decisão, sob pena de caracterização de crime de desobediência e imposição de multa, e finalmente foi confirmada por sentença a sua regularidade cadastral.

Não há se que cogitar na forma de atuação do Recorrente no tocante a gastos com concessionárias de serviço público e locação, que está vigorando por prazo indeterminado até os dias atuais.

Em qualquer legislação seja ela federal, estadual ou municipal, não existe previsão da forma que um contribuinte deve realizar suas operações nem mesmo como seus funcionários devem proceder, sendo certo que conforme informado, na maioria das vezes estes realizam atividades externas como visitas aos clientes, comparecimento a agências bancárias e repartições públicas.

Isso faz parte de determinação empresarial de forma a desenvolver melhor sua atividade, bem como a segurança de suas mercadorias. O posicionamento do agente fiscal tão somente depõe contra o próprio Fisco Estadual/BA, demonstrando mais uma vez caracterizada a abusividade dos atos de seus agentes. Pois, se assim fosse devido, ou seja, se o Recorrente tivesse que recolher o ICMS também para o Estado da Bahia, então a Impugnante seria duplamente tributada, pois certamente ainda será cobrada a recolher o tributo também no Estado do Ceará, destinatário das mercadorias, hipótese qual violaria contundentemente o princípio tributário do *non bis in idem*.

Contudo, como se pode constatar da simples leitura de todos os citados dispositivos no referido Auto de Infração, não há nenhuma elementar tipificada que se pudesse juridicamente infringir, pois, não só, não se relacionam com o ato de retenção de mercadorias e a suposta falta de recolhimento do reclamado tributo, como também os comandos contidos não se subsumem a autorizar autuação fiscal, principalmente considerando que as mercadorias estavam acompanhadas do competente documento fiscal, bem como se correlacionavam exatamente com a descrição ali contida.

Por força de retenção arbitrária das mercadorias então sob fiscalização naquele Posto Fiscal, o Recorrente se viu obrigada a impetrar medida judicial para ver seus bens imediatamente liberados, tendo o próprio Egrégio Tribunal de Justiça, na pessoa do MM. Juízo da 2ª Câmara Cível, constatou a irregularidade na retenção de suas mercadorias, senão não haveria determinado a liberação das mercadorias, por óbvio.

O Recorrente também esclarece que a Nota Fiscal de Saída de nº 1.106 foi devidamente escriturada e lançada no SPED fiscal, referente ao mês de maio de 2016, conforme “Registros

Fiscais do Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços, ora anexados. Confere-se que da autuação, NÃO HÁ QUALQUER ARGUIÇÃO A RESPEITO DA ENTREGA DA REFERIDA COMPETÊNCIA ACIMA MENCIONADA !

Ou seja, não há que se falar em não conhecimento do Estado do Ceará das mercadorias transferidas pela matriz RJ para sua filial naquele Estado, posto que inexistente a omissão de arquivos magnéticos, não restando outra opção a não ser cancelar o presente por afrontosa impropriedade.

Pelo que, DEVE A IMPUGNADA AUTUAÇÃO, SER JULGADA INVÁLIDA, NULA ou ainda INSUBSTANTE, E ASSIM, SEUS CONSEQUENTES EFEITOS, DETERMINANDO-SE SEU DEVIDO ARQUIVAMENTO COM BAIXA NOS COMPETENTES REGISTROS.

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.

A exigência do tributo se dá 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.

Em vista do exposto, falta ao Auto de Infração um mínimo de substrato fático, declarado, evidenciado ou motivado, que enseje a instauração, válida e regular do correspondente procedimento fiscal, razão de se decretar a nulidade do procedimento fiscal adotado, tornando-se sem efeito o crédito tributário ora constituído.

Portanto, urge que o Fisco do Estado da Bahia sobretudo à luz dos dogmas constitucionais, por obediência à legalidade, moralidade e eficiência devidas pela administração pública, assim, reconheça a invalidade ou a nulidade do crédito tributário exigido e assim considerando insubstancial a própria autuação fiscal.

Em que pesem as considerações do Julgador que conduziu a Decisão que julgou Procedente a combatida autuação, a sua manutenção não pode prosperar, em virtude de estar militando em favor da ora Recorrente o cumprimento de todas as determinações da Secretaria Fazendária Estadual, sofrendo inclusive diversas fiscalizações, sempre atendendo o Fisco, não vindo a causar qualquer embaraço.

Certo é também que, em cumprimento de seu dever com a Fazenda Estadual, efetuou o pagamento dos impostos quando devidos, não gerando qualquer prejuízo financeiro com o Fisco, exigindo ainda rigoroso formalismo fiscal.

POR TANTO, indisfarçável a transcendência do estreito mérito administrativo que fosse íntimo ao respectivo poder de polícia, mitigando a discricionariedade que pudesse legitimar a autuação, roga ao justo Juízo deste Colegiado - por direito e justiça - que a combatida ação fiscal seja considerada NULA, e via de consequência SEJA DETERMINADO O CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO

DO PEDIDO

- 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 incoerente e incomprovada a ilicitude indicada na autuação ora recorrida;
- A comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual o autuante quer receber tributos o indispensável fato gerador que justifique seu nascedouro;
- A indevida instauração da ação fiscal, já que inexistente a subsunção fática comprovada que pudesse legitimar a exação supostamente alegada.

Entendendo-se suficiente OS ARGUMENTOS DEFENSIVOS, REQUER SEJA REFORMADA A DECISÃO A *QUO* NA SUA TOTALIDADE, COM O PROVIMENTO DESTE RECURSO, SENDO JULGADA A AUTUAÇÃO FISCAL INVÁLIDA, NULA OU INSUBSTANTE 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 ART. 158, DO REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (DECRETO ESTADUAL Nº. 7.629/99), E POR FIM, COM O ARQUIVAMENTO E BAIXA NOS REGISTROS DESTE FISCO.

Requer ainda a regular intimação do Recorrente da decisão em segunda instância, para não restarem prejudicados os constitucionais direitos, sobretudo, os da ampla defesa e do contraditório.

VOTO

Trata-se de lançamento tributário no âmbito do trânsito de mercadorias, em que a autuante, de posse de informações do Fisco do Estado do Ceará, levantou fortes suspeitas de que sequer havia funcionamento de empresa comercial atacadista no endereço do destinatário, e entendeu que embora formalmente o DANFE apontasse uma transferência para uma filial do Recorrente, considerou que se destinavam a contribuintes incertos neste Estado e assim, efetuou o lançamento.

O Recorrente pede pela nulidade do Auto de Infração quanto a fundamentação legal, pois apontou uma legislação que foi ignorada e desconsiderada pelo Julgador de 1ª Instância, e também pela ausência de justa causa para a sua lavratura, em razão de inexistir qualquer ação ou omissão perpetrada pelo Recorrente capaz de configurar as hipotéticas infrações legais apontadas, tornando imprestável a exação fiscal, depreendendo-se que o ato ora combatido, implicou em preterição ou prejuízo de direito.

Alega ainda o Recorrente, que exerceu atividades por sua filial no Estado do Ceará e que o lançamento não pode prosperar, conforme documentação comprobatória já anexada, descartando por completo a acusação de que não opera no local, e que está instalada apenas “de fachada”.

Diante de tais argumentos, discordo do Recorrente quanto ao apelo por nulidade. A capitulação legal, art. 332, III do RICMS/ BA, conforme consta no auto, é perfeitamente compatível com mercadorias da substituição tributária destinada a contribuinte incerto, devendo o imposto ser pago na entrada neste Estado, e a descrição da infração, desconsiderando a validade do documento formal que acobertava a transação, decorreu de juízo de valor que a autuante livremente fez, nos exercícios das suas funções fiscalizatórias, e que diante de evidências de que a mercadoria de fato não se destinava a uma filial no Estado do Ceará, e dando como incerto o destino, a legislação tributária estadual autoriza presumir a entrega a destinatários diversos e incertos neste Estado.

Também entendo inconcebível o cerceamento de defesa, visto que este processo administrativo fiscal está obedecendo ao devido processo legal, sendo oferecida a mais ampla defesa, culminando em grau de recurso à segunda instância deste Conselho de Fazenda, aqui em julgamento. Assim, denego a nulidade pretendida.

Adentrando ao mérito, vejo que o Relator a *quo*, ao acolher a procedência do lançamento, expôs fundamentos bastante razoáveis para tal, vez que entendeu pelas provas anexadas até aquele momento do processo, que o estabelecimento indicado como destinatário não exercia mais a sua atividade no local indicado, fato devidamente atestado por autoridade fiscal do Estado do Ceará.

Ponderou ainda o Relator do voto recorrido, o fato das instalações aparentemente não serem compatíveis e condizentes com o porte do contribuinte, nem com as quantidades e valores das mercadorias por ela comercializadas; que ainda, 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.

Acresce também, o fato do contrato de locação comercial estar devidamente vencido, sem que fosse apresentada sua prorrogação, comum em tais casos, embora a Lei nº 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, sendo provas que reforçam a informação fiscal, e embora no cadastro de contribuintes do estado do Ceará a empresa estivesse ativa, estava amparada em medida judicial (fls. 105 a 109, 111 a 113).

Que 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.

Tais argumentos per si, indicam que a autuante procedeu corretamente ao lançar o imposto no instante da ação fiscal, pois na fiscalização de trânsito de mercadorias, o tempo para apuração de maiores elementos é exíguo, dado os regimes de plantões fiscais curtos, e as distâncias envolvidas no transporte das mercadorias que constam na nota fiscal - Rio de Janeiro, Bahia e Ceará, o que dificulta severamente a coleta de outras provas neste casos, o que obviamente justifica o lançamento, ainda que não se tenha certeza absoluta da ocorrência da infração.

Quanto ao abuso de autoridade por retenção do veículo transportador em tempo superior ao razoável, como afirma o Recorrente, este órgão não tem competência para avaliar tal situação, devendo se apurar tal excesso, se houve, em processo próprio e separado. Cabe a este Conselho tão somente averiguar por meio do controle de legalidade, a liquidez e certeza do lançamento tributário.

Pois bem, uma vez que as provas que justificaram o lançamento firmaram o convencimento de julgadores da primeira instância deste Conselho, vejamos o que acrescentou o Recorrente em sua defesa no Recurso Voluntário.

Aduz que o lançamento não traz elementos suficientes para caracterizar com segurança a infração, por ser empresa idônea, com registro de fabricante de cigarros no âmbito da Receita Federal, que tem inscrição no Ceará há mais de 2 anos da lavratura do auto, e que a única prova relevante da autuante, seria uma diligência do Fisco cearense ao local do estabelecimento constatando o não funcionamento, pelos prepostos do Posto Fiscal de Asa Branca, e não da Inspetoria do Crato, que dispõe de todas as informações acerca da filial. Assim, colocou em dúvida a extensão da informação produzida pelos fiscais de trânsito do Ceará.

Alega ainda, que está sujeita à fiscalização do Fisco cearense, e que é do conhecimento do órgão da SEFAZ CEARÁ do Crato, que não opera diariamente, razão pela qual no momento da diligência, encontrava-se fechado; alegou ainda conforme defesa inicial, e que consta no relatório e no voto recorrido, que suas vendas são concretizadas em visita dos representantes comerciais aos estabelecimentos dos clientes, e que sendo uma mercadoria muito visada por ladrões, atua na maior parte das vezes com porta fechada.

Que as informações ditas “colhidas na vizinhança” não relaciona os nomes de quaisquer pessoas; esclarece ainda que a Nota Fiscal de Saída nº 1.106 foi devidamente escriturada e lançada no SPED fiscal conforme registro de entrada de mercadorias, e que não há que se falar em não conhecimento do Estado do Ceará das mercadorias transferidas para aquele Estado, pois não há omissão de arquivos magnéticos.

Nas provas juntadas, constato que às fls. 194/95 no contrato social, consta existência de 16 filiais em vários estados da Federação; há uma consulta ao cadastro da filial no Ceará em 27/06/2017 na condição ATIVO, bem como diversos pagamentos de alugueis mediante transferências bancárias a GENETON FABIO T SOUZA, entre janeiro e maio de 2017, quase um ano depois da autuação, sendo

que o contrato de locação com o locador GENETON SOUZA, está à fl. 104, porém com prazo vigente entre 30/10/2014 e 30/10/2015; apresentou ainda cópia do registro de entradas da filial, com lançamento da nota fiscal objeto deste auto, juntamente com outras notas fiscais oriundas do Estado de Alagoas à fl. 240.

Embora haja informação do Fisco cearense informando à fl. 121 que não houve entrada nos registros interestaduais desta nota fiscal no Estado do Ceará, tal informação não está baseada na ausência constatada no livro de entradas do Recorrente, mas em um sistema chamado COMETA/SITRAM que ao que tudo indica se assemelha ao nosso sistema CFAMT, de coleta de notas fiscais no trânsito, o que não garante com certeza a ausência da entrada da mercadoria naquele Estado, visto tal sistema, assim como o daqui, se basear em coletas parciais de notas fiscais de mercadorias em trânsito, já que notoriamente é impossível coletar todas.

Por outro lado, o email acostado à fl. 122 informando que não houve entrada da mercadoria em 31 de agosto, quase dois meses depois do lançamento, não se reporta a Nfe nº 1.106 de 31/05/2016, deste lançamento, mas da Nfe nº 1.135 emitida em 23/06/2016, em data portanto posterior à nota fiscal deste auto, e não se refere ao Ceará, mas de uma informação colhida por email junto ao Fisco de Alagoas, conforme relatórios da SEFAZ ALAGOAS às fls. 123/25.

Tal informação, embora juntada a este processo como prova de possíveis fraudes, muito provavelmente se reporta ao Auto de Infração nº 210765.1759/16-6, julgado improcedente pela primeira instância deste Conselho, e que teve Negado Provimento ao Recurso de Ofício à 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme Acórdão CJF nº 0018-12/18, mantendo assim a improcedência, embora considere válido e pertinente que a autuante tenha anexado tal informação para caracterizar que há operações similares com outras filiais com suspeitas de serem fraudulentas.

Há ainda no Recurso, contas de telefone nos meses de maio de 2017 (quase um ano após o lançamento) no valor de R\$205,67 no endereço da filial, assim como conta de energia elétrica também de maio de 2017, no valor de R\$54,59 registrando o consumo de 69kw.

Pelo exposto, configura-se que a filial do Ceará encontra-se mesmo na situação ativa, com pagamentos de aluguéis ao locador em período posterior ao lançamento, notas fiscais de energia e telecomunicações também em período posterior, e com registro da nota fiscal no livro de Entrada do Recorrente.

É certo que no momento da ação fiscal de trânsito, diante dos elementos que dispunha, a autuante agiu com zelo e perspicácia ao efetuar o lançamento, visto que naquelas circunstâncias havia mesmo elementos suficientes para caracterização e inidoneidade do documento que acobertava a operação, o que não implica que sendo exercida a defesa, o Recorrente não tenha condições de elidir o lançamento, dado que efetivamente o Auto de Infração foi lavrado com base numa presunção, que cabe prova em contrário, de que as mercadorias efetivamente se destinavam à filial cearense. A certeza incontestável do lançamento, só haveria caso foi seguido o caminhão de modo a se obter um flagrante em entrega a destinatário diverso, e isto, não houve.

Do mesmo modo, à época do julgamento de Primeira Instância não havia comprovantes de alugueis em período posterior ao lançamento, nem contas de energia e telecomunicações que comprovassem o funcionamento do local. É certo que as características do estabelecimento em que funciona aparenta ser inadequado a um atacadista e que à fl. 121 consta informação do Fisco cearense que o contribuinte está ativo mediante mandado de segurança em 12/12/2014, um ano e meio antes do lançamento.

Contudo a existência de um mandado de segurança assegurando o funcionamento do Contribuinte faz prova em seu favor e não contra, pois é certo que não se pode prejulgar as razões pelas quais o Fisco cearense quis baixar de ofício a inscrição, sem que se tenha julgado o mérito da ação.

É forçoso admitir que existem fortes suspeitas de operações irregulares, mas devo concluir que

assiste razão ao Recorrente que ressalta no início do Recurso Voluntário, que *o Auto de Infração não traz elementos suficientes para caracterizar, com SEGURANÇA, a infração à legislação tributária, que ensejou lançamento*”. Ou seja, não basta que haja algumas evidências do ilícito fiscal, é preciso que tais evidências tragam a certeza, visto que o lançamento por presunção só é possível nos casos legalmente previstos na Lei nº 7.014/96.

Também devo concordar que como afirmou o Recorrente, *não existe previsão da forma que um contribuinte deve realizar suas operações nem mesmo como seus funcionários devem proceder, sendo certo que conforme informado, na maioria das vezes estes realizam atividades externas como visitas aos clientes, comparecimento a agencias bancarias e repartições públicas. O fato das portas estarem fechadas e de haver sinais de pouco movimento embora incomuns, não são suficientes para caracterizar que a mercadoria não se destinava ao Ceará.*

Tampouco aceito a elucubração de que as mercadorias não caberiam no estabelecimento, apenas pela aparência externa, sem se averiguar a extensão interna do estabelecimento. Em suma, embora haja algumas provas indiciárias de irregularidades, não há mesmo certeza de que as mercadorias se destinavam a contribuintes incertos neste Estado.

Assim sendo, não pode o Estado invadir a esfera privada de outrem para retirar elevada quantia pecuniária, sem se cercar de necessária certeza da infração à legislação, e pelos elementos probatórios do processo, ao ponderar as provas apresentadas tanto pela autuante como pelo Recorrente, concluo que o lançamento de ofício não conduz à necessária segurança exigida para tal intento, visto que efetuado com presunção de venda a destinatários deste Estado, sem a correspondente comprovação flagrante da entrega, mas baseado em fatos que foram contestados com certo grau de razoabilidade.

Trata-se de contribuinte regularmente inscrito e ativo no Estado do Ceará, que arguiu que vende a clientes visitados por seus vendedores, que não permanece aberto por muito tempo por razões de segurança e por isto a diligência efetuada não encontrou o comércio aberto, que suas operações são esporádicas e não diárias, que possui 16 filiais em diversos estados, e por fim, comprovou lançamento da nota fiscal objeto do auto no livro Registro de Entradas, etc.

Contudo, recomendo que cópias dos autos devem ser enviadas à INFIP - Inspetoria de Investigação e Pesquisa, assim como do outro processo julgado na 2ª CJF, para junto aos demais estados, em que a QUALITY possui matriz e filiais, colher e fornecer subsídios de forma a aprofundar as investigações e tomar as providências cabíveis.

Face ao exposto DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210765.1554/16-5, lavrado contra **QUALITY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TABACOS E CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS