

A. I. N° - 218074. 0079/17-0
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS IND COM CIGARROS IMP EXP LTDA.
AUTUANTE - ASTENIO GUIMARÃES SILVA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31/07/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0085-03/20-VF

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS ACOMPANHADAS DE DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que os documentos fiscais que acobertavam as mercadorias apreendidas discriminavam mercadorias totalmente distintas das transportadas, conforme Termo de Conferência de Veículo lavrado por ocasião da autuação. Não acolhida Carta de Correção apresentada por não atender às exigências preconizadas no inciso I, da Cláusula décima quarta-Apelo do AJUSTE SINIEF 7/05. Comprovada documentalmente a base de cálculo. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/07/17, exige ICMS no valor de R\$747.750,00, acrescido da multa de 100%, em virtude do cometimento da Infração - 53.01.01. Divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a contagem física. Conforme Termo de Apreenção, fl. 03, Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 06, Termo de Conferência de Veículo, fl. 07 e Tabela de Preço no Varejo, fl. 09.

Constam dos autos: “Mercadoria cigarros embalados em 997 caixas (1/50pct x 10 maços), nas seguintes quantidades e especificações: 1000cxs. GIFT A - 100 MAÇO, 50 cxs. GIFT BV - BOX e 547 cxs. GIFT AB - BOX, transportados no caminhão de placa CNP9854/RJ, apreendidos por omissões e falta de exatidão com a especificação da mercadoria descrita nos documentos fiscais - DANFES 433 e 440 - emitidos respectivamente nos dias 10 e 17 do corrente mês e ano; data de saída manuscrita em 24/07/2017 em desacordo com o Ajuste SINIEF 07/05, e mais, omissão de documentos (DACTE/DAMDDE) e dados relativos ao transportador e veículo e veículo de placa CPN-9854/RJ, que foi interceptado após parada obrigatória neste Posto Fiscal em 25/07/2017 e apresentou os DANFES , acima emitidos por QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS, CNPJ 11816308/0009-83/RJ, tais documentos fiscais considerados inidôneos face flagrante divergência da mercadoria especificada nos documentos com a mercadoria da carga transportada; ilegalidade concernente à data de saída (manuscrita) e omissões quanto ao transportador. Vide TOF 2180741004/17-3 e Termo de Conferência de Veículo nº 174827 anexados ao presente TERMO. Configurando operação de comercialização de mercadoria em lugar incerto e não sabido no Estado da Bahia”.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 76 a 91, apresenta as razões de defesa a seguir resumidas. Inicialmente, depois de tecer comentários e destacar sua atuação empresarial no ramo de industrialização e distribuição de cigarros arguindo, assinala que transferindo mercadorias de sua filial do Rio de Janeiro para sua filial instalada no Estado de Pernambuco acompanhadas dos DANFES de nºs 433 e 440, ao se apresenta no Posto Fiscal Eduardo Freire, neste Estado da Bahia, teve suas mercadorias retidas para o procedimento de fiscalização. Frisa que nessa oportunidade

foi apresentada a documentação fiscal da carga, comprovando assim, a origem e o destino da mesma.

Diz que conferida a documentação, os Fiscais informaram ao motorista que seria lavrada a multa no valor de R\$1.500,00, por não ter passado no Posto Fiscal e que logo que fosse quitado o débito, o veículo seria liberado para seguir viagem, o que foi realizado imediatamente.

Observa que comprovado o pagamento ainda no dia 25/07/2017, o Fiscal informou que teria recebido ordem do Posto Fiscal de Vitória da Conquista, determinando a retenção da carga para uma conferência mais ampla, a ser realizada no dia seguinte.

Ressalta que esclareceu aos servidores da SEFAZ-BA, que as mercadorias retidas se destinavam a sua filial no Estado de Pernambuco, estando a mesma regularizada naquele estado de destino, tanto que a Nota Fiscal foi validade pelas Secretarias da Fazenda.

Frisa que diante de tal fato de análise do documento fiscal, o Autuante não poderia fundamentar o Auto de Infração no art. 6º, incisos II, alínea “d” e IV, da lei 7.014/96.

Diz que de forma inexplicável, o Autuante buscou informação junto à SEFAZ de Pernambuco no tocante ao seu estabelecimento filial destinatário das mercadorias.

Ressalta que conferindo a carga a Autoridade Coatora determinou inicialmente sua apreensão, lavrando o Termo de Apreensão de toda a mercadoria como sendo de marca “GIFT”.

Frisa que em 27/07/2017, compareceu através de seu advogado no Posto Fiscal apresentando a Carta de Correção das Notas Fiscais a qual apresentava a descrição correta das mercadorias, uma vez que constado divergência.

Observa que nesse interim, manteve contato com os agentes fiscais que presidião o procedimento da 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, bem como foi comprovada que a mercadoria transportada assim estava em sintonia com a Carta de Correção das Notas Fiscais apresentadas.

Observa que todos esses fatos transcorreram do dia 25/07/2017 até o dia 28/07/2017, 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 os “...documentos fiscais considerados inidôneos face a flagrante divergência da mercadoria especificada nos documentos com a mercadoria transportada...”, e demais inverídicas alegações, conforme documentos relacionados em anexos ao respectivo AI.

Destaca que diante da ilação fiscal, ora impugnada, a Autoridade Fazendária entendeu pela cobrança do imposto no valor de R\$747.750,00, acrescidos de multa de R\$747.750,00, restando apurado o crédito tributário reclamado no total de R\$1.495.500,00, condicionando o pagamento do imposto que entendia devido, que sequer iria ter como destinatário o Estado da Bahia.

Arremata assinalando que não ocorreria qualquer infração a legislação tributária deste Estado, quer do Estado destinatário das mercadorias

Diz entender ser nulo o Auto de Infração em face da sua manifesta insegurança pela ausência de elementos suficientes para a determinação da infração, sem olvidar que o ato, ora guerreado foi praticado com preterição do seu direito de defesa, considerando-se que efetivada a apreensão de 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 inciso II, da alínea “a”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF-BA/99.

Depois de reproduzir os artigos 5º, 37, e 170, da CF/88, para destacar que é da Constituição a garantia dos cidadãos, que além do exercício ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa, como na judicial, não podem ser submetidos a investidas ilegais.

Afirma que não vulnerou os dispositivos legais apontados no Auto de Infração, como também não há qualquer fundamento que viabilize a compreensão da exação fiscal pretendida pelo fisco, lhe tolhendo ao alcance pleno dos direitos constitucionais 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.

Reafirma que foi autuado quando se encontrava em trânsito no Estado da Bahia, com mercadorias destinadas a outra unidade da Federação. Ou seja, as mercadorias objeto da autuação tinha destinatário devidamente identificado no respectivo DANFE, o qual, em momento algum foi considerado inidôneo.

Indaga como se pode ter uma autuação sob o frágil argumento de que transportava mercadoria sem destinatário certo, sem que seja desclassificado o documento fiscal apresentado à fiscalização.

Declara ser insubstancial o argumento do fisco, tendo em vista a informação SEFAZ - Pernambuco que confirmou a existência física de sua filial naquele Estado. Diz ser evidente que está devidamente instalada no endereço do documento fiscal apresentado à fiscalização, mantendo, inclusive, funcionários em atividade. Destaca que até a data de 27/09/2017, ou seja, quase sessenta dias após a autuação, permanece com a mesma inscrição estadual junto ao fisco de Pernambuco na condição de Ativa, a mesma que constava na data da ocorrência, bem como possui certidão negativa de débito naquele Estado.

Revela que a Autoridade Fiscal amparou a lavratura do Auto de Infração basicamente no §3º, do art. 318, do RICMS-BA. Sustenta ter ocorrido nitidamente um erro material uma vez que foram emitidas as competentes cartas de correção que regularizam a operação fiscal. Frisa que as mercadorias lícitas são fabricadas por empresa detentora de registro especial de fabricação, além de possuir o registro sanitário competente, sem olvidar que, diferentemente faz crer o Autuante, os Danfes foram autorizados pelas Secretarias de Fazenda, estando acompanhados do imposto incidente, contendo somente erro material.

Afirma ser inaplicável ao caso em tela, uma vez que está comprovadamente instalada em Pernambuco, bem como, tomando por base que as operações realizadas (transferência de mercadorias para estabelecimento atacadista do mesmo titular) não constituem fato gerador do ICMS-ST, consoante previsão do art. 10, da lei 7.014/96. Destaca que cliente de tal informação, deve-se buscar na regra geral, fundamento para a aplicação do referido regime, para as operações de transferência de mercadoria para estabelecimentos do mesmo titular, como dispõe o Convênio ICMS 81/93, cujo teor das Cláusulas primeira, segunda e quinta reproduz.

Reafirma que, igualmente, quanto ao §3º, do art. 318, do RICMS-BA/12, não se encontra presente no caso em tela qualquer situação prevista, posto que a mercadoria estava devidamente acobertada com documento idôneo, com inscrição estadual junto ao fisco de destino, evidentemente, com destinatário certo constante da nota fiscal.

Reafirma que o fisco pernambucano confirmou a existência de sua filial naquele Estado.

Observa que apesar de não descumprir suas obrigações legais o Autuante reteve as mercadorias relacionadas aos DANFEs de nºs 433 e 440, e suas respectivas cartas de correção, objeto da então fiscalização inobservando direitos constitucionais e até mesmo pacífica jurisprudência do STF, e ainda sem prova suficiente de sua alegação.

Destaca que, embora tenha o fabricante das mercadorias em contato telefônico e pessoal com o agente fiscal no citado Posto Fiscal, tenha prestados os devidos esclarecimentos sobre a sua

regularidade fiscal no Estado de Pernambuco, mesmo assim, o Autuante rejeitou os argumentos e, por conta da suposta infração, seria cobrado o ICMS também pelo Estado da Bahia, juntamente com cobrança de multa abusivamente calculada, não obtendo êxito na liberação de suas mercadorias.

Ressalta que mantém regularidade fiscal junto aos Estados da Bahia e Pernambuco, conforme certidões que diz anexar a sua Defesa.

Arremata assinalando que a autuação deve ser julgada inválida, nula ou ainda insubstancial.

Quanto à multa aplicada diz ser premente a revisão de sua cominação, diante do excessivo e confiscatório percentual de 100%. Destaca que mesmo se fosse cabível qualquer imposição punitiva, em completo descompasso com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o caráter confiscatório, vedado, inclusive, pela CF/88, ainda assim o percentual cominativo que poderia razoavelmente se enquadrar na espécie, por analogia, seria o da hipótese prevista no inciso X, da art. 42, da Lei 7.101/96, ou seja de 1%.

Diz que da simples leitura e compreensão, do citado texto legal poderia se amoldado ao caso em tela, posto que não estava transportando mercadorias desacompanhadas de nota fiscal e, quando apontado o erro, imediatamente emitiu Nota Fiscal Complementar.

Destaca que a multa aplicada não respeita o princípio da proporcionalidade, que tem como finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Depois de discorrer extensivamente sobre a importância do princípio da proporcionalidade na seara administrativa, trazendo à colação trechos de ensinamentos de diversos juristas, arremata assinalando que ressoa nítida a importância desse princípio nos dias atuais visando amparar a proteção dos direitos do cidadão em face de eventual arbítrio do Poder do Estado, merecendo destaque à previsão infraconstitucional expressa e a interpretação evolutiva e ampliativa que vem sendo dado por nossos tribunais.

Registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional. Diz ser essa uma norma de origem constitucional, de defesa dos direitos que, como princípio visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado.

Assinala que o poder de polícia da administração pública não é, de modo algum, absoluto, uma vez que 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 legalidade m, como é o caso posto em apreciação.

Pondera que a Autoridade Fiscal não pode ao arrepio da lei, criar hipóteses que configurem infração fiscal, por força de mera interpretação.

Afirma que o Auto de Infração está eivado de ilegalidade. Revela que exigência do tributo se dá mediante atividade administrativa vinculada, significando que não há discricionariedade deferida ao administrador tributário na ação estatal de exigir tributos. Assevera que se deve realizar o fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, o que não ocorreu no presente caso.

Observa ser pacífico que os fatos geradores do ICMS só podem ser decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários louvados em simples suposições, ou mediante capituloção legal equivocada, em virtude do princípio da legalidade.

Assinala em vista do exposto faltar ao Auto de Infração um mínimo de substrato fático, declarado, evidenciado ou motivado, que enseje a instauração, valida e regular do correspondente

procedimento fiscal, razão de se decretar a nulidade do procedimento fiscal, tornando-se sem efeito o crédito tributário ora constituído.

Arremata frisando que, considerando: *i*) - a deficiência formal e a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do Auto de Infração; *ii*) - a não prevalência do crédito tributário pretendido, por incorrente e não comprovada a ilicitude indicada na autuação; *iii*) - a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual o Autuante quer receber tributos sem o indispensável fato gerador que justifique seu nascedouro e; *iv*) - a indevida instauração da ação fiscal, já que inexistente a subsunção fática comprovada que pudesse legitimar a exação alegada, conclui pugnando seja o Auto de Infração julgado nulo ou insubstancial.

Às fls. 121 a 131, o Autuante presta informação fiscal nos termos a seguir resumidos.

Inicialmente destaca que o Impugnante realizou operação de saída e trânsito de mercadorias utilizando-se dos Danfes de nº 433 e 440 emitidos, respectivamente, em 10 e 17/07/2017 que, após conferência física, foi constatada divergências das mercadorias especificadas nos Danfes acima, daquelas transportadas no caminhão de placa CPN 9854-RJ interceptado após falta de parada obrigatória no Posto Fiscal Eduardo Freire - BR 101, divisa BA/ES. Afirma que tais documentos fiscais foram considerados inidôneos pelo fisco em virtude das irregularidades constatadas. Informa que foram lavrados o Termo de Ocorrência Fiscal e o Termo de Apreensão, fls. 03 e 06.

Revela que o Impugnante em sua defesa argumenta que os documentos fiscais apresentados comprovavam a origem e destino da mercadoria; que a mesma estava acobertada pela documentação fiscal correspondente a operação e que foi emitido a Carta de Correção (em 27/07/2017) para corrigir as irregularidades dos documentos fiscais; alega ausência de ilícito tributário e que em momento algum o documento foi declarado inidôneo; prega pela nulidade da autuação face ausência de elementos para a determinada infração e preterição do direito de defesa; afirma que não violou os dispositivos legais apontados no auto de infração; fala da inocorrência do fato gerador do ICMS e que as Cartas de Correção regularizaram a operação fiscal. Pugna que a autuação deve ser julgada inválida, nula ou insubstancial com arquivamento e baixa nos competentes registros. Questiona a multa aplicada pedindo, na hipótese de cobrança do tributo, revisão da multa prevista de 100%, por considerar excessivo e confiscatório o percentual aplicado sinalizando outras hipóteses de multa.

Registra que a ação fiscal foi procedida com obediência aos princípios legais, havendo a retenção temporária da mercadoria para elucidação dos fatos e identificação do real proprietário ou responsável, com fulcro no CTN, Leis, Convênios e Normas tributárias e da emissão de documentos fiscais (NF-e, DANFE, etc.), resultando na lavratura do Auto de Infração, acima identificado, ora mantido, para o qual requer a procedência.

Diz verificar da defesa apresentada pelo Autuado, alegações buscando obscurecer o objeto da autuação (ilícito tributário), porém, algumas delas neste PAF, (após indicação do documento ou transcrição da informação), serão tomadas como declaração do Autuado e, apropriadamente, aqui acatadas como sua confissão em favor do fisco.

Menciona que os documentos deste Auto de Infração revelam que a presente ação fiscal iniciou-se com a interceptação do caminhão de placa policial CPN - 9854/RJ após falta de parada obrigatória no Posto Fiscal Eduardo Freire - BR 101 divisa BA/ES, no dia 25/07/2017, inexistindo espontaneidade na parada e apresentação dos documentos fiscais, ao contrário do alegado pela defesa, fl. 42, conforme TOF nº 2180741004/17-3 lavrado em 25/07/2017, fl. 06, tendo como suporte da ação fiscal o previsto na alínea “b” do inciso I, do art. 11, da LC 87/96.

Afirma que a Lei 7.014/96, resguarda a legalidade da autuação e identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, na alínea “d”, do inciso III, de seu art. 6º.

Assinala que, apropriadamente, a empresa remetente assumiu a responsabilidade integrando o polo passivo da ação fiscal.

Observa que, conferida a carga constatou-se que as mercadorias não eram inerentes àquelas descritas nos Danfes apresentados, fato comprovado e confessado pelo Autuado ao emitir Carta de Correção em 27/07/2017, fl. 43, 87 e 88, cujo evento não é permitido, após iniciada a ação fiscal, servindo apenas como prova em favor do fisco. Assinala que a Carta de Correção é uma espécie de denúncia espontânea e permite ao contribuinte sanar irregularidades antes de intervenção fiscal, conforme explicitado no Parágrafo único do art. 138, do CTN, e art. 40, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Diz ser inquestionavelmente, que as mercadorias conferidas - com código do produto, especificação e quantificação, - não são, concretamente, inerentes aos Danfes em comento, apresentados à fiscalização no momento da abordagem, cuja irregularidade, restou confessada pelo autuado que, após iniciado o procedimento fiscal, emitiu Cartas de Correção Eletrônica em 27/07/2017, inserindo nos arquivos XML das notas fiscais eletrônicas: especificações das mercadorias, códigos dos produtos e quantidades, fls. 47 e 48.

Prossegue afirmando que os documentos incluídos neste PAF pela defesa, devem ser admitidos aqui como declaração de confissão, ratificam que as mercadorias transportadas não são inerentes aos Danfes apresentados, fls. 04 e 05, o que constitui em infração à legislação do ICMS.

Cita como exemplo o seguinte fato hipotético: uma carga de vinho acobertada por documento fiscal (Danfe) no qual a mercadoria especificada fosse água mineral. Após procedimento de fiscalização, não seria permitido Carta de Correção para sanar a irregularidade apontada. Não há por que se cogitar de ilação ou presunção: evidente que a mercadoria não é inerente ao Danfe, o que implica sua desconsideração ou desclassificação como documento hábil utilizado para acobertar a operação.

Diz ser perfeitamente idêntico ao exemplo acima é o fato concreto da presente autuação.

Afirma que, absolutamente, não se vislumbra qualquer verossimilhança à vinculação das mercadorias aos pretéritos Danfes.

Observa a intencional falta de parada para registro de passagem nos anteriores postos fiscais dos Estados do percurso (RJ e ES), como também neste Estado da Bahia que somente ocorreu por força da ação fiscal, confirma a orientação, o plano com o objetivo de afastar os impróprios Danfes ao crivo da fiscalização.

Quanto à falta de informação sobre o transportador e veículo e respectiva emissão do documento obrigatório (MDF-e; AJUSTE SINIEF 21/10) referente à prestação do serviço de transporte, revela que a vinculação obrigatória da placa do veículo transportador ao documento fiscal é uma forma de coibir a prática de utilização indevida de documentos fiscais para acobertar operações de circulação de mercadorias.

Registra rasura verificada na data de saída, pois em desacordo com os arquivos XML das NFs-e, consoante normatizado na Cláusula décima sétima - c, do Ajuste SINIEF 07/05, transcrita adiante. O Danfe é um espelho da NF-e e deve conter obrigatoriedade o conteúdo do respectivo TAG do arquivo XML da NF-e (conforme verificação no Portal da NF-e anexos);

Observa que o remetente da mercadoria, por não ter sido diligente em se cercar de cuidados para o trânsito da mercadoria, fez uso desses Danfes, neles inserindo apenas a data de saída, sem os devidos registros nos arquivos XML das NFs-e, implicando daí, rasura ou adulteração e, portanto, sabedor claramente das irregularidades dos documentos fiscais.

Acrescenta assinalando ainda, a sua afirmação que diz ser a terceira ocorrência fiscal, deste Estado, promovida contra si, - o que serviria de alerta ao uso de documento fiscal irregular, - revelando assim sua reincidência na prática de irregularidades, fl. 28;

Pondera ser importante observar a seguinte declaração do autuado na peça defensiva, fl. 47, "... os Danfes foram autorizados pelas Secretarias de Fazenda, estando acompanhados do imposto incidente, contendo somente o erro material". Assevera que tais documentos, incógnitos, devem existir nos registros de emissão da nota fiscal eletrônica do autuado ou nas "nuvens", pois, neste PAF fls. 04 e 05, inexistem quaisquer impostos informados nos Danfes, nem também respectivos documentos de recolhimentos. Afirma que esta declaração revela a existência de algum outro documento fiscal (Danfe/NF-e) oculta e/ou omitida sua apresentação ao fisco.

Frisa que analisando pelo aspecto gerencial, administrativo e tributário da empresa não é crível, tanto pelo aspecto logístico e de planejamento, a emissão de notas fiscais para transferência de mercadorias com elevada antecipação (dias 10 e 17/07/2017), face ao restrito prazo para sua circulação, já que seria absolutamente viável realizar o procedimento de emissão da nota fiscal no momento de carregamento do caminhão ou na data de sua saída com a inserção dos obrigatórios dados sobre a prestação de serviço de transporte e respectivo MDF-e. Diz ser incompreensível, ainda, o descuido ao transportar uma carga de elevado valor sem o devido resguardo (seguro) de acidentes ou furto.

Revela que, implicitamente, há um nexo com a declaração do autuado informando que os Danfes estavam acompanhados do imposto incidente, evidenciando a revelação da existência de documentos ocultos, não apresentados ao fisco nem também neste PAF.

Diz que observado concretamente esse conjunto de fatores, sem qualquer ilação, restou claro que as mercadorias transportadas não são inerentes aos desclassificados Danfes, cuja infração foi enquadrada nos dispositivos do retro citado art. 40, da Lei nº 7.014/96.

Destaca, mesmo que remotamente, na hipótese de serem superados os fatos ocorridos, explicitados anteriormente, passa à análise da inidoneidade dos Danfes, fundamentado nas normas do CONVÊNIO S/Nº, DE 15/12/1970, art. 7º, §1º, e incisos, e demais legislação apresentadas, em cotejo com os inquinados Danfes do presente PAF que, objetivamente, atestam as ilegalidades e, por consequência, sua inidoneidade para documentar a operação.

Menciona que fundamentando as ilegalidades dos citados documentos fiscais temos, ainda, as normas do AJUSTE SINIEF 07/05, na Cláusula quarta, §1º e §2º, e demais Cláusulas citadas, cujo teor reproduz.

Registra que legalmente é notório ser o Danfe o espelho da NF-e. Frisa que além das já referidas normas do Convênio S/N de 15/12/1970 e Ajuste SINIEF 07/05 estipulando sobre a correta emissão dos documentos fiscais (NF-e, Danfe, etc.), tem-se na presente situação, substancialmente relevantes, os documentos fiscais conterem declarações inexatas quanto à data de saída, manuscritas 24/07/2017 (inexistentes nos registros XLM das NFS-e, dcts. anexos), o que configura rasura ou adulteração; omissões concernentes à prestação do serviço de transporte (MDF-e) e, também, com o agravante das mercadorias transportadas não serem inerentes aos Danfes apresentados que, em consequência, foram considerados documentos fiscais inidôneos para acobertar a operação.

Pondera que em vista dos vastos elementos citados e fundamentados na legislação tributária acima exposta que evidenciam a regularidade da autuação, improcedem as alegações de nulidade e insubsistência da autuação.

Observa que o Protocolo 42/91 disciplina, nas Cláusulas primeira e segunda, que os Estados signatários podem promover a fiscalização integrada e apreensão das mercadorias, deles oriundas ou a eles destinadas, em situação irregular de acordo com a Legislação do Estado autuante, ficando assim descharacterizada a alegação do Autuado de que houve "simples trânsito pela Bahia". Diz reforçarem ainda, a autuação, as disposições em LC 87/96 e demais normas citadas anteriormente, inexistindo, portanto, afronta ao Princípio da Territorialidade.

Remata frisando que, ante as evidências dos fatos (mercadorias não são inerentes aos documentos fiscais apresentados os quais, também, considerados inidôneos), foi lavrado o Auto de Infração em comento com a indicação dos dispositivos infringidos e da multa indicada, relativamente às irregularidades apuradas, inocorrendo violação ao devido processo legal e ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os documentos acostados aos autos.

Assevera a ausência de abusade, haja vista que a apreensão não foi desarrazoada e nem se constituiu em ato abusivo com o fim de coagir o contribuinte a pagar o tributo. Revela que o RICMS-BA/12 prevê a possibilidade de apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos, visando a constituição de procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, se for o caso, para efeito de constituição de prova material do fato.

Afirma que a ação fiscal em comento foi realizada porque o Autuado utilizou documentos fiscais irregulares para acobertar o trânsito de mercadorias, cujo procedimento de fiscalização tem resguardo no CTN - Lei Nº 5.172/66, na Lei nº 7014/96 e no Protocolo ICMS 42/91.

Assinala que, por força do que estatui o RICMS-BA/12 e o Dec. nº 7.629/99, o fisco tem o dever de abordar todo e qualquer veículo de passagem pelo Estado, justamente para averiguar a regularidade do transporte de mercadorias e da documentação fiscal. No caso em apreço, foi justamente em razão desta averiguação e dos procedimentos de rotina que o fisco observou a irregularidade.

Observa que não se portou de modo arbitrário nem tampouco com abuso de autoridade, apenas adotou as providências cabíveis para evitar que o veículo que conduzia as mercadorias da autuada seguisse em situação de ilegalidade e que levasse ao descaminho da mercadoria e, por consequência, do imposto incidente.

Registra que, diferentemente da alegação defensiva, não houve qualquer abuso de autoridade, seja no ato da abordagem do veículo e motorista, seja nas apurações e lavratura dos instrumentos pertinentes para dar início à cobrança administrativa. Diz não se caracterizar abuso de autoridade fiscal a realização de apreensões de mercadorias quando o Fisco está no seu legítimo exercício do ato fiscalizatório, circunscrito ao poder de polícia fiscal, não tendo ocorrido, *in casu*, a extrapolação deste poder dever e, muito menos, alguma conduta que atingisse a legalidade adstrita, princípio condutor dos atos praticados pela Administração Tributária e especificamente pelos seus agentes.

Declara que a apreensão foi realizada sob as formalidades exigidas no RPAF-BA/99, tendo atendido todos os procedimentos previstos, sendo que o início da ação fiscal se deu com a apreensão da mercadoria e lavratura do Auto de Infração. Revela que este procedimento está amparado no inciso II, do art. 26, do RPAF-BA/99.

Assinala que a apreensão de mercadorias é o instrumento legal hábil para instruir a ação fiscal, constituindo-se em prova material da ação fiscal do Estado e que está lastreado nos artigos 28 e 31-A e 31-F, do RPAF-BA/99.

Sustenta que a ação fiscal foi amparada na legislação tributária pertinente e executada no interesse da sociedade no âmbito da função básica da instituição Fazendária que é a de prover e administrar os recursos públicos para viabilizar financeiramente o desenvolvimento social. Assevera que, tecnicamente a ação fiscal foi realizada dentro dos procedimentos e rotinas praticados neste Estado, sendo que a ação empreendida pelo Preposto Fiscal não foi desarrazoada nem desproporcional, não havendo que se falar em abuso por parte do Fisco Baiano.

Arremata mencionando que à luz de todo o exposto, não há como vislumbrar arbitrariedade na ação fiscal, razão suficiente para refutar as alegações firmadas na peça defensiva.

Conclui pugnando pela procedência da autuação.

VOTO

O Impugnante suscitou preliminar de nulidade do Auto da Infração alegando preterição de seu direito de defesa pela falta de elementos para a determinação da infração e ausência de ocorrência do fato gerador, uma vez que apresentou Carta de Correção das notas fiscais eletrônicas.

Depois de compulsar os elementos que integram a autuação, constato que no Auto de Infração constam a descrição circunstanciada da infração cometida pelo Impugnante no trânsito de mercadorias, alicerçada no Termo de Apreensão, fl. 03, os dispositivos legais infringidos e a tipificação da multa aplicada, tendo sido devidamente cientificado através do seu patrono como se verifica às fls. 03, verso, 15 e 16. Portanto, não há que se falar em falta de determinação da infração.

No tocante a alegação de inexistência de ocorrência do fato gerador pelo fato de ter apresentado, quando já se encontrava sob ação fiscal, a Carta de Correção das Notas Fiscais de nºs 433 e 440, com discriminação de mercadorias e quantidades totalmente distintas, verifico que também não há como prosperar a argumentação defensiva.

Primeiro, porque no presente caso não é cabível a emissão de Carta de Correção por se tratar de erro, efetivamente constatado através do Termo de Conferência de Veículo, fl. 07, nas quantidades e nas mercadorias discriminadas nos referidos Danfes, que possuem preços distintos, é o que claramente se depreende do teor do inciso I, da Cláusula décima quarta-A, do AJUSTE SINIEF 7/05, *in verbis*:

“AJUSTE SINIEF 7/05

[...]

Cláusula décima quarta-A Após a concessão da Autorização de Uso da NF-e, de que trata a cláusula sétima, o emitente poderá sanar erros em campos específicos da NF-e, por meio de Carta de Correção Eletrônica - CC-e, transmitida à administração tributária da unidade federada do emitente, desde que o erro não esteja relacionado com:

I - as variáveis que determinam o valor do imposto tais como: base de cálculo, alíquota, diferença de preço, quantidade, valor da operação ou da prestação;

II - a correção de dados cadastrais que implique mudança do remetente ou do destinatário;

III - a data de emissão ou de saída.”

Segundo, porque constatado o trânsito irregular de mercadorias, ou seja, operação acobertada com documentação inidônea não há como reconstituir sua regularidade com a apresentação ulterior de documentação, conforme expressamente preconizado pelo §6º, do art. 40, da Lei 7.014/96:

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

[...]

§6º O trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.”

Assim, não vislumbro motivação objetiva alguma para ser invocado qualquer óbice ou ofensa ao princípio da ampla defesa, precipuamente pelo fato de que o Autuado se defendeu de maneira clara, tendo perfeito conhecimento do que estava sendo acusado e articulando suas razões de defesa de forma objetiva que entendeu pertinentes.

Logo, rejeito a preliminar de nulidade do lançamento fiscal, pois no ato administrativo não se afigura qualquer violação aos princípios processuais constitucionais do contraditório e da ampla defesa, eis que se encontra consubstanciado em farta prova documental produzida pelo agente fiscal e inserida nos autos através dos Termos e Apreensão e documentos juntados às fls. 07 a 18.

No mérito, o Auto de Infração lavrado no âmbito do trânsito de mercadorias imputa ao Autuado a acusação de transporte de mercadorias com documentação fiscal inidônea. Fato constatado mediante contagem física da carga no veículo transportador [CPN 9847 Rio de Janeiro, fl. 08], na qual se verificou que as mercadorias transportadas não constavam nos documentos fiscais que

as acobertavam, ou seja, os Danfes de nº 433 e 440, conforme Termo de Conferência de Veículo, lavrado no momento da autuação e acostado à fl. 07.

Em sua defesa o Autuado pugnou pela improcedência da autuação argumentando que os documentos fiscais apresentados comprovavam a origem e destino da mercadoria e que a operação, objeto do Auto de Infração, estava acobertada pela documentação fiscal correspondente, tendo sido que foi emitido a Carta de Correção (em 27/07/2017) para corrigir as irregularidades dos documentos fiscais. Sustentou que não violou os dispositivos legais apontados no Auto de Infração

O Autuante ao proceder à informação fiscal sustentou que o crédito fiscal exigido no presente Auto de Infração decorreu de haver sido encontrado no trânsito de mercadorias, o veículo de placa policial nº CPN 9854 - RJ, transportando as mercadorias constantes do Termo de Apreensão, fls. 03 acompanhadas dos Danfes de nºs 433 e 440, emitidos em 10 e 17 de julho de 2017, acostados às fls. 04 e 05, que no momento da ação fiscal foi constatado que se encontravam com a discriminação das mercadorias e suas quantidades totalmente divergentes da carga apreendida detectada após conferência física realizada na carga transportada.

Examinando os termos dos autos, constato que a exigência tem origem e ocorreu no trânsito de mercadorias, tendo em vista a constatação de mercadoria acompanhada de documento fiscal considerado inidôneo e o lançamento do imposto foi efetuado em nome do remetente das mercadorias.

Observo que o trabalho realizado pela fiscalização do trânsito de mercadorias tem como objetivo analisar a regularidade das operações de circulação de mercadorias e, sendo apurada a falta de notas fiscais ou a existência de documentos fiscais inidôneos, é exigido o imposto devido. No caso em exame, os DANFES que acobertavam o trânsito das mercadorias retro identificadas, foram considerados inidôneos, não obstante apresentar características de que poderiam estar revestidos das formalidades legais, as respectivas notas fiscais eletrônicas, além de consignarem mercadorias diversas daquelas identificadas na inspeção fiscal.

Assim, depois de cotejar e coligir os elementos constantes dos autos e confrontar com os dispositivos legais, constato a correta atuação da fiscalização.

Logo, os documentos fiscais contêm declarações inexatas quanto à data de saída, manuscritas 24/07/2017 (inexistentes nos registros XLM das NFs-e, dcts. anexos), o que configura rasura ou adulteração; omissões concernentes à prestação do serviço de transporte (MDF-e) e, também, com o agravante das mercadorias transportadas não serem inerentes aos Danfes apresentados que, em consequência, foram considerados documentos fiscais inidôneos para acobertar a operação.

Portanto, afigura-se correto o procedimento fiscal para exigir o imposto em tela, conforme descrito no Termo de Apreensão, fl. 03, e o Termo de Conferência de Veículo, fl. 07, correspondente a 997 caixas contendo, cada uma, 50 pacotes, cada um com dez maços, sendo cada no valor de R\$5,00, conforme se verifica à fl. 09, em total consonância com a legislação baiana do imposto, restando comprovada a irregularidade apontada no Auto de Infração.

Destaco também que a apreensão de mercadorias em situação, ao contrário do que aduziu o Defendente, tem respaldo expressamente previsto no art. 109, do COTEB, Lei 3956/81, *in verbis*:

"Art. 109. As mercadorias em situação irregular e os documentos fiscais inidôneos serão apreendidos pela Fiscalização, com o fim precípua de documentar a infração cometida."

Do mesmo modo, também não há como prosperar a alegação do Impugnante de que a autuação é descabida pelo fato de as mercadorias se destinarem ao Estado de Pernambuco e foram detectadas quando em trânsito pelo Estado da Bahia, uma vez que a alínea "b", do inciso I, do art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, não deixa qualquer dúvida, *in verbis*:

"Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

[...]

b) onde se encontre, quando em situação irregular pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea, como dispuser a legislação tributária;”

Ademais, por importante, convém salientar que a presente ação fiscal no trânsito de mercadoria que resultou na lavratura do Auto de Infração, ante a constatação de mercadorias acompanhadas de documento fiscal inidôneo, foi antecedida pela não parada no Posto Fiscal do veículo transportador, que somente retornou ao Posto Fiscal após perseguição pelo preposto fiscal, conforme Termo de Ocorrência Fiscal acostado à fl. 06.

Sobre a alegação defensiva de que a multa indicada na autuação, equivalente a 100% do valor do imposto lançado, teria o caráter de confisco, saliento que a sua aplicação é prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a esta Junta de Julgamento Fiscal a apreciação de argumentos quanto à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do disposto no inciso I, do art. 125, da Lei nº 3.956/81 - Código Tributário do Estado da Bahia.

Concluo pela subsistência da autuação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 218074.0079/17-0, lavrado contra **QUALITY IN TABACOS IND COM CIGARROS IMP EXP LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$747.750,00**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “a”, do inciso IV, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA