

A. I. N° - 298942.0470/22-0
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO
E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / IFMT

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0205-02/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRANSPORTE OU OPERAÇÕES DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Elementos de prova autuado comprovam a acusação fiscal textualmente confessada pelo Impugnante ao atribuir sua ausência por erro na digitação de documentos fiscais e expedição de carga do estabelecimento autuado. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/04/2022, exige o valor de R\$ 573.750,00, em decorrência da seguinte infração:

Infração – 051.001.001: Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal. **Período:** 19/04/2022. **Enquadramento legal:** Artigos 6º, incisos III, “a” e IV; 34, incisos VI-A, XII e XVI-B da Lei nº 7.014/96, c/c os artigos 83, I; 101 do RICMS/BA/2012. **Multa** de 100%: Art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96.

Consta descrito: “Aos dezesseis dias do mês de abril de 2022, às 13:35 horas, no exercício das nossas funções fiscalizadoras nos termos da legislação em vigor, neste Posto Fiscal Benito Gama, Vitória da Conquista-BA, o motorista, Sr. Sr. Jair Gonçalves Araújo, portador da CNH nº 00660686390, condutor do caminhão baú Truck VOLVO/VM 270, de placa LMZ-9056, município Duque de Caxias-RJ., de propriedade de Village Participações e Negócios Ltda., após parar o veículo e permanecer nele, no pátio dessa unidade de fiscalização por alguns instantes, evitou dirigir-se ao balcão de atendimento a fim de submeter a documentação da carga à fiscalização, e em seguida, deu partida ao veículo pela Rodovia BR 116, quando foi seguido e alcançado na altura do posto de combustíveis Final da Banguela, momento em que apresentou os Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas – DANFE’s nºs 4149 e 4150, de 15/04/2022, emitidos por Quality In Tabacos Indústria e Comércio, localizado no Estado do Rio de Janeiro, referentes a quantidade de 850 (oitocentos e cinquenta) milheiros de cigarros diversos, supostamente destinados aos Estados de Pernambuco e Ceará. Diante da recusa em submeter-se à fiscalização, solicitamos o retorno do veículo ao posto fiscal, onde a carga foi submetida à pesagem, que importou na quantidade total de 21.280 kg, que após subtraído o peso da tara do veículo de 9.648 kg, restou a quantidade de 11.632 kg, referente à mercadoria supracitada, quantidade essa não condizente com a constante dos documentos apresentados. Portanto, objetivando efetuar a conferência física da mercadoria, solicitamos ao motorista estacionar o veículo no pátio deste Posto Fiscal. Após efetuada a conferência dos diversos cigarros, acondicionados nas 850 (oitocentos e cinquenta) caixas existentes no veículo, somente 85 (oitenta e cinco) caixas, portanto, 10% (dez por cento), encontram-se acobertados pelos documentos fiscais acima citados. Diante do exposto, lavramos o presente Termo de Apreensão contra o contribuinte supra, pois o mesmo deixou de emitir a documentação fiscal do restante da mercadoria por ele industrializada, com vista a subsidiar a lavratura do Auto de Infração, que reclamará o crédito tributário do ICMS devido, referente aos diversos cigarros, acondicionados nas 765 (setecentos e sessenta e cinco) caixas do produto, conforme relacionados na Declaração de Estoque e Planilha de Cálculo do ICMS a Recolher, que ora anexamos ao presente processo”.

Em 15/06/2022, o patrono do autuado apresenta a Impugnação de fls. 54/70. Inicialmente relata a tempestividade da defesa; faz breve relato da autuação dizendo ser acusado de “deixar de emitir a documentação fiscal do restante da mercadoria por ele industrializado”.

Reporta quanto à **verdade dos fatos**. Afirma que industrializa e distribui cigarros, possuindo em sua carteira de cliente diversas empresas em todo o território nacional. Fala que deu saída em mercadorias destinadas a diversos de seus clientes localizados nas cidades de Serra Talhada - PE e Fortaleza- CE, as transportando em veículo agregado à empresa sob a condução do Sr. Jair Gonçalves Araújo, sendo entregue ao referido motorista as Notas Fiscais-e de nºs 4149 e 4150.

Esclarece que em 15/04/22, (Sábado) na Rodovia BR 116 - na altura do município de Vitória da Conquista - BA, o motorista contratado foi conduzido ao Posto Fiscal Benito Gama para fiscalização de praxe, os Agentes Fazendários informaram que o caminhão seria retido, e descarregado para a conferência das mercadorias transportadas e dos documentos fiscais apresentados, porém tais atos, só iriam ocorrer no início da outra semana, na segunda-feira, dia 18/04/22.

Explica que os Agentes Fiscais da SEFAZ-BA deram início a fiscalização, descarregaram o caminhão para a conferência da mercadoria transportada junto aos respectivos documentos fiscais, constatando uma divergência na quantidade de mercadorias transportadas e as notas fiscais apresentadas pelo motorista. Prontamente, o motorista da Impugnante entrou em contato com os prepostos desta empresa, que se surpreenderam com o equívoco, sendo constatado que accidentalmente houve erro na digitação da nota fiscal e expedição da carga.

Relata que os agentes identificaram a irregularidade fiscal, e a Impugnante aguardou a conclusão dos trabalhos, com a lavratura do competente Auto de Infração para a Emissão de Nota Fiscal Avulsa por parte da SEFAZ-BA, para regularizar a referida mercadoria, permitindo o retorno da mesma ao seu estabelecimento no Rio de Janeiro.

Assevera que em 20/04/22, (Quarta-Feira) o Advogado da Impugnante diligenciou até o citado Posto Fiscal, buscando a liberação das mercadorias apreendidas e do veículo de transporte, pugnando ainda pela ciência do Auto de Infração correspondente a irregularidade fiscal identificada (transporte de mercadoria desacompanhada de nota fiscal) sendo informado, pelo Auditor Fiscal do Posto Fiscal de Benito Gama - BA, que havia divergência na quantidade de mercadorias e que elas ficariam retidas, podendo emitir DAE para pagar o tributo imposto e liberar a mercadoria, além de dizer que o Auto de Infração não tinha sido lavrado.

Pondera e argui que a obrigação da SEFAZ-BA era lavrar o Auto de infração e em seguida liberar a mercadoria, em alinhamento com os princípios do não confisco, da ampla defesa e o contraditório, do devido processo legal, e de orientação jurisprudencial, sumulada pelos tribunais superiores.

Fala que na tarde do mesmo dia se lavrou o Auto de Infração entregue ao Advogado da Impetrante mediante informação que as mercadorias só seriam liberadas se o Auto de Infração supracitado fosse pago.

Reitera que requereu ao Auditor Fiscal responsável a emissão NFe para regularizar as mercadorias e possibilitar seu retorno à sua Matriz em Duque de Caxias - RJ, o que foi negado pelo Auditor, o qual manteve o ato de reter a mercadoria, condicionando a sua liberação ao pagamento do Auto de Infração lavrado.

Suscita **nulidade do Auto de Infração** sob argumento de inexistir justa causa de qualquer ação ou omissão perpetrada pela Impugnante, capaz de configurar a infração legal apontada, e diz que a

exação fiscal implicou em preterição ou prejuízo de direito.

Roga pelos princípios constitucionais que serão ventilados, pois, mesmo que fosse exigível o formalismo exacerbado entendido pelo agente fazendário, a Impugnante sempre procedeu com boa-fé e lisura para com o Fisco, pois, alegações de mercadoria sem documento fiscal não procede, sendo que na emissão da DANFE, o Departamento Fiscal da Impugnante cometeu mero erro material no momento da emissão da nota fiscal das mercadorias transportadas.

Ressalta que após as verificações iniciais por parte da SEFAZ-BA, que identificou o equívoco, a empresa se prontificou a emitir nova DANFE, regularizando a operação, o que não foi permitido pela Fiscalização Tributária Estadual. Além disso, consta do Auto de Infração, demonstrativo de ID 873.127, que se mostra confuso, que empobrece, confunde e dificulta a ampla defesa da Impugnante. No primeiro demonstrativo, há o valor total do tributo, em R\$ 1.147.500,00, entretanto na segunda folha, há novo demonstrativo, dessa vez com um valor nove vezes maior ao primeiro, R\$ 9.180.000,00.

Pergunta: “*alerta que os valores distintos, colocam em cheque a lavratura do Auto de Infração, pois efetivamente, fica a dúvida da defesa fiscal, qual o valor correto a ser combatido? Qual é a importância, que efetivamente está sendo cobrada da Requerente?*”.

Impugna a planilha em que demonstra o valor de R\$ 9.180.000,00, por não condizer com os valores apurados pelos Fiscais de Rendas na Lavratura do indigitado Auto, conforme preceitua o *caput* do Magno Art. 37, indiscutivelmente cabe à Administração Pública, em geral rigorosa, observância aos imponderáveis deveres de legalidade, moralidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade.

Sustenta que não se permite outra ilação senão que tais deveres impõem aos servidores públicos que laboram em nome dos entes da Administração Pública, a obrigatoriedade de também zelar pelo caráter pedagógico em suas atuações. O que significa dizer, *in casu*, que a autoridade fazendária deveria ter agido preventivamente por meio de fiscalização educativa, antes de qualquer ação repressiva, ainda que ilegítima como a autuação fiscal impugnada, para assim bem cumprir com seus deveres constitucionalmente postos.

Discorre que a Constituição Pátria, garante aos cidadãos que além do exercício ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, não podem ser submetidos a investidas ilegais. Reproduz o art. 5º LV da CF.

Salienta que os princípios destacados visam assegurar direito fundamental da Impugnante, não podendo ser excluídos ou mitigados nem mesmo por emenda constitucional, já que veiculam direitos acobertados pela imutabilidade característica de cláusula pétrea. Transcreve lições dos juristas CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, além LAFAYETTE PONDE e JOSÉ AFONSO DA SILVA.

Reafirma ser indisfarçável a transcendência do estreito mérito administrativo que seja íntimo ao respectivo poder de polícia, mitigando a discricionariedade que pode legitimar a autuação. Roga ao justo Juízo desta Instância - por direito e justiça - que a combatida ação fiscal seja considerada improcedente, e via de consequência seja determinado o cancelamento do auto de infração, em razão do excesso da exação, ausência de justa causa e na violação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade, Devido Processo Legal, ampla defesa e contraditório, na exigência do tributo em questão, por autuar a impugnante em face do erro material que poderia ser corrigido através de fiscalização educativa.

No mérito, alega a não incidência de ICMS na operação, tendo retorno de mercadoria para

estabelecimento do mesmo titular. Discorre sobre a norma geral do ICMS, art. 155, II da CF/88, a qual outorgou a competência tributária aos Estados e ao Distrito Federal, e estabeleceu a realização de operação relativa à circulação de mercadoria como hipótese de incidência. Para tanto convém conceituar juridicamente o que vem a ser circulação de mercadoria para concretização do fato gerador do tributo em tela. Nesse sentido, reproduz doutrina de Eduardo Sabbag.

Assinala que a incidência do imposto sobre a circulação física de mercadorias não pode prevalecer sobre direitos e garantias asseguradas pela CF e sustenta que não houve circulação jurídica, visto que não houve troca de propriedade (titularidade), no caso do auto de infração ora combatido, posto que se trata de circulação meramente física, não havendo incidência do tributo.

Acrescenta que no momento da ocorrência a mercadoria estava sob o domínio e titularidade da impugnante. Reitera que houve, tão somente, uma falha da Impugnante em não emitir documento fiscal nas quantidades corretamente transportadas, o que não caracteriza fato gerador do ICMS, por ausência de circulação jurídica.

Informa que quando há transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular ocorre tão somente o seu deslocamento físico dentro de uma mesma empresa, não ocorrendo o fato gerador do ICMS, como fixado pela jurisprudência dos Tribunais, e conforme estabelecido, há muito, na Súmula nº 166 do STJ.

Destaca que o STF ratificou a posição firmada pelo STJ na Súmula nº 166 e TEMA 259, além de sua jurisprudência, quando no julgamento do ARE 1255885 em 15/08/2020, reconheceu a REPERCUSSÃO GERAL e reafirmou jurisprudência, através do TEMA 1099, confirmado que a transferência de um para outro estabelecimento do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS.

Sustenta que a não incidência de ICMS nas operações meramente físicas é matéria pacificada tanto no Superior Tribunal de Justiça, quanto no Supremo Tribunal Federal, restando evidente que as referidas decisões são vinculantes, posto que tomadas sob a sistemática da repercussão geral, o que certamente será observado, nos termos do art. 927, III e IV do CPC, quando da análise da demanda.

Pede seja o AI julgado improcedente tendo em vista a não circulação jurídica da mercadoria, bem como pela regularização da operação após emitir DANFE de retorno para seu estabelecimento, além de não haver mercancia na operação, ou seja, o AI fora lavrado fora das hipóteses constitucionais para a exigência de ICMS.

Afirma não ser cabível qualquer imposição punitiva (multa), em completo descompasso com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o caráter confiscatório, vedado inclusive pela Constituição da República.

Destaca que a multa imposta não respeita o princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade), sendo que tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade.

Chama atenção para a Lei nº 9.784 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), por positivar a proporcionalidade de forma expressa a nível infraconstitucional, o que só reforça sua importância e indistinta utilização como marco princípio lógico na atuação da Administração Pública. Acrescenta que além de sua previsão como princípio a ser obedecido pela Administração Pública na consecução de seus atos, sendo conveniente destacar que o inciso VI, do parágrafo único do artigo 23 da referida lei, destacou que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios

e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Assinala que tais argumentos ressoam nítida a importância do referido princípio nos dias atuais visando amparar à 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 dada por nossos pretórios. Sustenta que a multa em 100% do valor do imposto, deve ser revista pelo Julgador, e reduzida, com base no princípio da proporcionalidade, e razoabilidade, em face do evidente valor confiscatório.

Reproduzindo doutrina a respeito do excesso de exação, registra que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional, afirmando que isso é uma norma na sua origem constitucional, defendendo direitos. Sobretudo uma norma que, como princípio visa resguardar a ordem jurídica e a proteção do administrado. Abrange, assim, desde logo, todos aqueles atos de autoridade capazes de causar lesão flagrante produzida ou por produzir pela Administração Pública.

Finaliza requerendo que seja julgada a autuação fiscal inválida, nula, insubstancial ou improcedente.

A Informação Fiscal foi prestada às fls. 90/90v. Nela a autoridade fiscal autuante afirma que ação fiscal se baseou em fatos verídicos e fundamentados de irregularidade no transporte de mercadorias. Reproduz o CTN – art. 142, parágrafo único. Portanto, diante da irregularidade constatada e confirmada pelo contribuinte foi lavrado o AI.

Diz que após o contribuinte confirmar a irregularidade dizendo que foi erro na emissão do documento fiscal e erro na expedição da carga, solicita a nulidade da autuação alegando inexistir justa causa, e que não houve ação ou omissão pelo impugnante (contribuinte) para configurar a infração legal apontada. Fala que no texto da impugnação o autuado menciona princípios constitucionais que não cabem apreciação administrativa e que o contribuinte admite que houve irregularidade, mas alega erro na emissão do DANFE.

Salienta que conforme está consignado no CTN não cabe a autoridade administrativa fazer juízo de valor sob uma irregularidade encontrada e ainda confirmada pelo contribuinte. Portanto, anular o feito seria revogar os preceitos insculpidos no CTN. Diz que há confusão entre o auto de infração com outro demonstrativo.

Assevera que a impugnação se faz sobre a autuação fiscal, nenhum outro documento consigna qualquer valor a ser questionado pelo contribuinte - isso é inequívoco na legislação tributária - portanto, alegação totalmente absurda e que prova o intuito protelatório da referida impugnação.

Quanto à multa proposta diz ser a prevista na legislação tributária, e até que a Lei não seja revogada ou declarada inconstitucional, deve ser aplicada.

Segundo, diz que o procedimento fiscal e PAF preservou o direito de defesa do contribuinte, tanto que fez a referida impugnação com amplo discurso, mesmo sem apresentar nenhum indício de prova capaz de sustentar seu argumento. Pelo contrário, confirma o feito fiscal, alegando que houve erro na emissão do DANFE e da expedição da carga.

Fala que o contribuinte menciona que solicitou que a mercadoria fosse devolvida ao mesmo, dizendo pelo erro na emissão da NFe e, portanto, não haveria fato gerador. Esclarece que após a ação fiscal, o contribuinte queria que o FISCO devolvesse a mercadoria irregular (sem documento fiscal) ao mesmo, acobertando, ainda, essa devolução por nota fiscal própria do fisco e que não fosse cobrado nenhum imposto devido por essa irregularidade - enfim, o contribuinte queria que o Fisco fizesse o papel do contribuinte e, ao invés de ser um órgão fiscalizador, fosse um órgão corregedor. Ou seja, quando

encontrou a irregularidade, deveria saná-la com nota fiscal e não cobrar imposto, o que entende ser a impugnação do contribuinte, uma verdadeira piada.

Consigna que a impugnação é clara; o Impugnante declara ter havido transito irregular de mercadoria e que isso decorreu de erro na emissão da NFe e expedição da carga, mas tal alegação confirma toda irregularidade encontrada e não cabe à autoridade fiscal fazer juízo de valor sobre o que determinou a irregularidade. Cabe a autoridade verificar e, encontrando, realizar o trabalho prescrito no art. 142 do CTN.

Concluindo, mantém a autuação.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma acusação pela qual, originalmente, exige o valor de R\$ 573.750,00.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos/recibos de fls. 02, 05, 18 e 19, bem como do que se depreende da manifestação defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 03-52), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Como exposto no relatório, a Impugnação ao lançamento em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante consiste em: **a)** preliminar de nulidade, ainda que mesclando fato de mérito na alegação: **a.1)** sob alegação de não existir ação ou omissão capaz de configurar infração à legislação tributária, pelo contribuinte autuado; **a.2)** cerceamento ao direito de defesa, em face de insegurança na determinação do valor do tributo, se R\$ 1.147.500,00 ou R\$ 9.180.000,00, como figura no demonstrativo ID 873.127; **b)** questões de mérito: **b.1)** não incidência de ICMS, pois apenas houve circulação física da mercadoria, sem mudança da sua titularidade; **b.2)** caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada.

Não assiste razão ao impugnante quanto às preliminares de nulidade suscitadas, pelas seguintes razões:

A uma, porque, ao contrário do alegado, conforme exposto no relatório deste caso, tanto o texto descrito do Auto de Infração (fl. 01), o Termo de Apreensão (fl. 17), quanto o Termo de Ocorrência (fl. 20), assinados por autoridades fiscais e prepostos do contribuinte autuado, cujos cópias foram disponibilizadas ao sujeito passivo, relatam/contextuam, minunciosamente, a infração constatada (051.001.001 - Transporte irregular de mercadoria sem documentação fiscal) quando a mercadoria objeto da autuação estava em trânsito no território baiano.

A duas, porque, conforme determina a legislação pertinente, o cálculo da exação fiscal consta claramente demonstrado na planilha de cálculos do ICMS exigido (fl. 24), destacando-se em suas colunas a data da ocorrência, a descrição das mercadorias em irregular circulação, unidades,

valores unitários e totais, base de cálculo do imposto, alíquota, ICMS devido e exigido em valor histórico (R\$ 573.750,00 – mesmo constante no demonstrativo do AI – fl. 01), valor da multa pertinente ao caso (100% do imposto) e total ICMS + multa (R\$ 1.147.500,00), valores estes claramente identificados e reconhecidos pelo Impugnante no texto da peça defensiva quando ele efetua o “BREVE RELATO DA AUTUAÇÃO FISCAL”, de modo que não há falar em cerceamento ao direito de defesa, pois o sujeito passivo detinha todos os elementos indispensáveis para exercer o amplo direito de defesa contra o Auto de Infração, na forma prevista no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF. Prova disso é que o exerceu com total liberdade de direitos, mas limitado para sustentar suas razões em face de insuficiência de contraprova para tanto.

Assim, não vislumbrando inobservâncias formais, nem mesmo materiais, que conduzam à nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18 do RPAF, rejeito a nulidade formulada pelo Impugnante.

Passo, então, ao mérito do lançamento tributário.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

O Auto de Infração exige ICMS em face de transporte de mercadoria tributáveis sem o necessário e indispensável acompanhamento de documento fiscal, irregularidade que o próprio Impugnante além de atestar dizendo destinada a diversos clientes nas cidades de Serra Talhada – PE e Fortaleza – CE, declara-se proprietário da mercadoria que no momento da ação fiscal estava sob seu domínio, prontamente compareceu ao local da ação fiscal objetivando “regularizar a referida mercadoria, permitindo o retorno da mesma para seu estabelecimento no Rio de Janeiro” (fl. 56), em nova operação sem incidência de ICMS para “retorno de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular”, ocorrendo apenas mera circulação física da mercadoria sem transferência de titularidade, o que, por óbvio, só se processaria após a lavratura do AI relativo à obrigação tributária da ocorrência/fato gerador sonegado à tributação, ora em apreço.

É que tendo em vista a falta da documentação fiscal própria e tempestivamente emitida para acobertar a circulação da mercadoria na forma alegada pelo Impugnante, tem-se como destinada à comercialização no território da UF onde a irregularidade foi constatada e atestada pelo Impugnante, situação em que, como feita na ação fiscal através do Termo de Apreensão 2322321034/22-9 (fls. 11-12) e Termo de Depósito (fl. 19), a mercadoria deve ser apreendida para materialmente comprovar a infração, conforme previsto no art. 28, inciso IV do RPAF/BA.

Ademais, em caso tal, a legislação permite o seguinte enquadramento legal:

Lei 7014/96

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

...

IV - qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação fiscal inidônea;

...

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

...

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

...

XII - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma prevista em regulamento;

...

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

a) quando a operação ou prestação estiverem sendo realizadas sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

RICMS-BA

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

...

I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;

No que diz respeito à alegação de inconstitucionalidade da multa por tê-la abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96. Portanto, legal e, por ser matéria de natureza constitucional, a alegação de deter caráter confiscatório não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, do RPAF/99.

Por falta de previsão legal para tanto, o pedido de cancelamento ou redução da multa resta prejudicado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298942.0470/22-0, lavrado contra **QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 573.750,00**, acrescido da multa de 100% prevista no inciso IV, alínea “a”, artigo 42 da Lei nº 7.04/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR