

A. I. Nº - 128984.1476/22-5
AUTUADO - MARCO ANTÔNIO BUSATO
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/03/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. SAÍDA DE MERCADORIA EM LOCAL DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL INIDÔNEA. Autuado comprovou tratar-se de produtor rural cuja Inscrição estadual informada nos documentos fiscais, inclui diversos imóveis rurais, dentre eles o localizado no município de Jaborandi, onde foi apreendida a mercadoria. Referida Inscrição tem como endereço principal o município de São Desidério. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/09/2022, reclama crédito tributário no valor de R\$ 68.040,00, acrescido da multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 053.001.0006: *“Utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal”*.

Na Descrição dos Fatos consta a seguinte informação: *“Aquisição interna de 108.000Kg de Algodão em capulho, acobertados pelos DANFES 17013, 17014 e 17024 onde constava a origem das mercadorias o município de São Desidério, mas, os veículos foram abordados no Município de Jaborandi, caracterizando origem diversa do que constava nos documentos fiscais referidos. Conforme TOF 128863.1018/22-2”*.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 17 a 21 onde após falar sobre a tempestividade de sua apresentação faz uma síntese dos fatos da autuação transcrevendo o teor da acusação e os dispositivos legais indicados assevera que a exigência em comento impõe uma tributação indevida/ilegal, eis que, conforme se demonstrará adiante, na esteira dos precedentes dos Tribunais Superiores e da Súmula nº 166 do STJ, não incide o referido imposto sobre a transferência de bens e mercadorias de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte, notadamente por não existir situação de mercancia.

Informa que esta é a interpretação segundo a Constituição Federal, e não a lei, que baliza a regra-matriz de incidência do ICMS. Nesse contexto, transcreve o disposto no art. 155, inciso II do texto constitucional e assevera que diversos sentidos podem ser atribuídos às operações relativas à circulação de mercadorias acima descritas. A despeito de a Lei Maior, em seu art. 146, III, alínea “a” 1, ter determinado que cabe às leis complementares definir tributos e seus fatos geradores, o art. 2º, I da Lei Kandir² se limita a disciplinar que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias (...), perpetuando dúvidas dentre os mais diversos entes Estaduais fiscalizadores.

Entre outras interpretações possíveis, o termo “operação” é entendido como um ato mercantil de comercializar mercadorias, as quais, por sua vez, são bens e objetos destinados à comercialização. “Circulação”, conceito sobre o qual recaem as maiores divergências, deve ser interpretado como um negócio jurídico em que há mudança da titularidade de mercadorias.

Aduz que a hipótese de incidência do tributo é, portanto, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. A operação somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, a qual não pode ser apenas física e econômica, mas também jurídica. Aliás, esse foi o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça na ocasião da edição da Súmula nº 166/STJ, que dispõe que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Não diferente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) pacificou a questão quando do julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.255.855, sob a sistemática da Repercussão Geral (Tema nº 1.099), decidindo no sentido de que não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de mercancia.

No caso sob análise, é flagrante o equívoco que permeia toda a autuação e a conduta praticada pelo Fisco Estadual, qual seja, a utilização, para efeitos de base de cálculo, de “operações” de deslocamento de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ambos localizados no Estado da Bahia.

, nota-se que O AGENTE FISCAL IGNOROU TODOS OS DETALHES CONTIDOS NAS NOTAS FISCAIS QUE ACOMPANHAVAM AS MERCADORIAS. Afinal: (i) as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias não tinham natureza de “comercialização”, mas sim de mera transferência de produção entre estabelecimentos do mesmo contribuinte; (ii) as notas fiscais foram geradas com identificação de CFOP nº 5151, específica para esse tipo de transferência; e (iii) as mesmas notas fiscais não deixam dúvida de que a mercadoria tinha como destino o mesmo contribuinte, o Sr. MARCO ANTONIO BUSATO, ora impugnante.

Entende importante registrar que em momento algum seria causado prejuízo ao Fisco Estadual, uma vez que a operação (de mera transferência de produtos entre estabelecimentos do mesmo contribuinte) sequer poderia ser tributada, o que afasta por completo qualquer alegação de má-fé ou tentativa de fraude que possa justificar a suscitada inidoneidade dos documentos que acompanhavam as mercadorias, e/ou a imposição de multa. Apenas a título de esclarecimento, é preciso deixar bem claro que na inscrição estadual do impugnante (inscrição nº 057.344.412) constam todos os imóveis rurais do contribuinte (Doc. 03), sendo que o endereço sito à Rod. BA 463 – KM 149, Zona Rural, São Desidério/BA, CEP 47.820-000, é precisamente aquele indicado por ocasião do pedido e do registro da respectiva inscrição, em atendimento às premissas exigidas pela própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia.

Aliás, uma vez constante o referido endereço como “principal” na inscrição estadual do Impugnante, sequer é permitido que se emita um Documento de Arrecadação Estadual (de ICMS, por exemplo) com endereço diverso. Prova disso é a simulação realizada no sítio eletrônico da Secretaria de Fazenda (Doc. 04). A saber, a mesma sistemática se aplica às notas fiscais geradas para o transporte das mercadorias entre estabelecimentos do Impugnante, ou seja, não é possível (via sistema) editar as notas (com séries pré-estabelecidas) para alterar o endereço de origem da mercadoria para Jaborandi/BA, e não São Desidério/BA.

Logo, mesmo diante de todas as informações destacadas nas Notas Fiscais nºs 17013 17014 e 17024, a Fiscalização, com nítido intuito arrecadatório, lavrou Auto de Infração com vistas a exigir um tributo sabidamente indevido/ilegal. Dúvidas não há de que a autuação em está em dissonância com o entendimento dos Tribunais Superiores (STJ e STF), no sentido de que a mera saída física do bem, sem que ocorra a transferência efetiva de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual de mercadoria, o que não é o caso. Neste contexto, adotar interpretação diversa, para que a exação atinja o Impugnante, implica exigência de tributo contrário à Constituição Federal e à jurisprudência sedimentada do STJ e STF, em ofensa ao princípio da estrita legalidade tributária.

No tópico denominado “DA MULTA COM EFEITO DE CONFISCO” diz que vigora em nosso sistema

tributário o princípio constitucional da vedação ao confisco, elencado no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, que informa que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. No entendimento já consolidado pelo STF, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-o a título de tributação.

Essa limitação alcança tanto a obrigação principal quanto as penalidades que dela decorram pelo seu não adimplemento, ainda que tais sanções não tenham natureza precípua de tributo. Nessa seara, diversos são os precedentes judiciais, sobretudo da Suprema Corte, indicando que tributos e penalidades estipulados de forma exorbitante devem ser rechaçados do ordenamento jurídico. Em outras palavras, tributos e sanções impostas aos contribuintes pelo não recolhimento de determinado gravame não podem ser desproporcionais com aquilo que o Estado, na qualidade de sujeito ativo da relação obrigacional tributária, pode instituir e exigir do contribuinte a título de tributo. O tema já foi abarcado, inclusive, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em acórdão prolatado nos autos da ADI 551/RJ e nesse sentido aponta inúmeros precedentes julgados por aquela Corte, inclusive em sede de repercussão geral e ressalta que embora os precedentes acima vinculem apenas as partes interessadas e, no caso da ADIn 551/RJ, somente produza efeitos quanto à legislação impugnada, os fundamentos que dão lastro à impossibilidade de violação do princípio acima pontuado impõem aos entes federados a adequação a tais balizas jurídicas, sendo certo, portanto, que a manutenção de normas que violem tal jurisprudência está fadada ao fracasso.

No caso em apreço, o Impugnante insurge-se contra a exigência de multa qualificada, estipulada em 100% sobre o valor exigido a título de ICMS, percentual este que supera o razoável e proporcionalmente aceito. Mesmíssima matéria, portanto, daquela já decidida pelo E. STF.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou no sentido de que as multas aplicadas por omissão de rendimentos no Imposto de Renda não podem ser exorbitantes, devendo seguir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não podendo a penalidade possuir caráter confiscatório. Tal entendimento foi aplicado monocraticamente pelo Ministro Herman Benjamin, ao reduzir de 150% para 20% a multa aplicada a um contribuinte autuado pela Receita Federal por omitir rendimentos em sua declaração.

Nota-se, assim, que além de inexistir qualquer indicação que seja do intuito de sonegação ou fraude que pudesse justificar a aplicação da multa, dúvidas não há de que a alíquota da multa imposta encontra-se em patamar nitidamente excessivo, em afronta à Carta Magna, motivo pelo qual deve ser rechaçada de plano.

Requer o recebimento, o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito nos termos do art. 151, III do CTN, bem como a desconstituição do crédito tributário exigido indevidamente, e o cancelamento total do Auto de Infração lavrado em seu desfavor.

Na hipótese de ser mantida a autuação, requer o cancelamento dos lançamentos correspondentes à aplicação da multa no percentual de 100% incidente sobre os valores cobrados de ICMS, pois o não recolhimento do imposto se deu em razão da não ocorrência do seu fato gerador. Ou, ainda, caso assim não se entenda, tendo em vista que a alíquota da multa imposta encontra-se em patamar nitidamente excessivo, em afronta à Carta Magna e à jurisprudência pátria, que seja ela reduzida ao patamar máximo que os tribunais superiores têm fixado em casos semelhantes.

O autuante presta informação Fiscal, fl. 48 dizendo que a empresa Autuada estava transportando mercadorias tendo como origem o município de Jaborandi, mas, constava nos documentos fiscais que a origem das mercadorias situava-se na Rodovia BA 462 km 86 Zona Rural de São Desidério, Ficando caracterizada a reutilização dos documentos Fiscais, Por tanto, estes documentos que acobertavam as mercadorias não são os documentos apropriado para a operação.

Assim, a empresa transportadora e detentora das mercadorias foi autuada, tendo em vista que

transportava bens desacompanhadas de documentação fiscal idônea, para tanto foi reclamado o crédito devido na operação e exigindo-se o recolhimento do ICMS correspondente. Deverá recolher o imposto devido conforme lançamento efetuado através do Auto de Infração em tela. A multa aplicada está em consonância com a legislação tributária vigente no Estado da Bahia.

Finaliza opinando pela procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drº Bruno Faccin de Faria Pereira, OAB/DF nº 42.411, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O ato infracional imputado ao autuado diz respeito à utilização de Nota Fiscal com local de saída das mercadorias divergindo do constante no documento fiscal

A presente acusação é resultante de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL BAHIA-GOIAS, através da abordagem de veículo no Município de Jaborandi, que transportava 108.000Kg de algodão em capulho através dos DANDES 17013, 17014 e 17024, emitido pelo autuado Marco Antonio Busato, IE 057.344.412, com endereço localizado em São Desidério, tendo como destinatário o próprio autuado IE 0577344412, no município de São Desidério.

O impugnante, com base na Súmula nº 166/STF, argui inexistência da ocorrência do fato Gerador do ICMS, pois no caso sob análise trata-se de notas fiscais identificadas com CFOP 5151, portanto, acobertavam transferência de produção entre seus estabelecimentos.

Esclarece que na inscrição estadual nº 057.344.412, ora autuada, constam todos os seus imóveis rurais, sendo que o endereço situado à Rod. Ba 463, Zona Rural, São Desidério/BA, CEP 47.820.000 é o cadastrado como “principal”, pois foi o indicado por ocasião do pedido e do registro da mencionada inscrição.

Frisa que não é permitida a emissão de Documento de Arrecadação estadual (DAE), com endereço diverso, assim como, em relação as notas fiscais (com séries pré-estabelecidas), alterar o endereço de origem da mercadoria para Jaborandi (BA).

Para consolidar seu relato, o autuado acosta aos autos cópia de Consulta Básica ao Cadastro do ICMS_Bahia, fl. 23, e extrato emitido pelo sistema Informações do Contribuinte-INC, relativo à sua Inscrição Estadual nº 057.344.412, destinado às informações: “Imóveis Rurais do Contribuinte” autuado”, fls.40 a 43.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal não se pronunciou especificamente em relação ao argumento defensivo, e manteve a autuação sob o argumento de que: *“a Autuada estava transportando mercadorias tendo como origem o município de Jaborandi, mas, constava nos documentos fiscais que a origem das mercadorias situava-se na Rodovia BA 462 km 86 Zona Rural de São Desidério, ficando caracterizado a reutilização dos documentos Fiscais”*.

Como esclarecido anteriormente o presente Auto de Infração tem por fulcro a existência de mercadorias em trânsito desacompanhadas de documentação fiscal, em razão da constatação de utilização de Nota Fiscal com local de saída de mercadorias divergindo do constante no documento fiscal.

Da análise dos DANFES, objeto do presente lançamento, números 17013, 17014 e 17024, cujas cópias encontram-se às fls. 07 a 09 observo que todos foram emitidos pelo Autuado Marco Antonio Busato, Inscrição Estadual nº 057344412, estabelecido no município de São Desidério-Ba, e destinado a ele próprio, no endereço localizado em Jaborandi (BA).

Por outro lado, o extrato emitido pelo sistema INC desta SEFAZ, relativo a referida inscrição, encontram-se cadastrados diversos imóveis rurais, dentre eles a Fazenda Planalto das Emas II- Código do INCRA 512475108, situado na Rodovia BR 020 KM 248, no município de Jaborandi (BA).

Dessa forma, restou comprovado de que o endereço principal vinculado a Inscrição Estadual ora autuada constante nos referidos documentos fiscais, no caso *Rodovia BA 462 km 86 Zona Rural de São Desidério*, inclui também a Fazenda Planalto das Emas II, localizada no município de Jaborandi.

Portanto, no meu entender, a circulação das mercadorias no município de Jaborandi-BA é perfeitamente justificável, não se comprovando a saída da mercadoria em local diverso do constante na Nota Fiscal, como atribuído pelo autuante.

Assim sendo, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.1476/22-5**, lavrado contra **MARCO ANTÔNIO BUSATO**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR