

A. I. N° - 232254.0226/20-4
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS IND. COM. CIGARROS IMP. EXP. LTDA.
AUTUANTE - MARCOS CAMPOS SAMPAIO
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL EDUARDO FREIRE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07.07.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0088-05/23-VD**

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrado em 29/09/2020, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 810.000,00, mais multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 051.001.001 – Transporte ou Operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Enquadramento Legal: Art. 6º, incisos III, alínea “d” e IV; 34, incs. VI-A, XII e XIV da Lei de nº. 7.014/96 c/c arts. 83, inc. I, 101 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto de nº. 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, IV, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O Autuante acrescentou na Descrição dos Fatos que:

“Às 21 horas do dia 19 do mês de Setembro do ano de 2020, foi parado nessa unidade fiscalizadora o veículo placa policial MGT-0A37/RJ, o motorista e proprietário Sr. José Feliciano F. de Lacerda, CPF de nº. 023.515.587-07, CNH de nº. 00375919460/RJ, transportando cigarros acompanhados pelo DANFE de nº. 2.705, emitido pela Empresa Quality in Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro, CNPJ de nº. 11.816.308/0009-83, localizada à avenida Pelotas, 275, Jardim Gramacho, Duque de Caxias, Rio de Janeiro. Foi encontrado no interior do veículo citado, conforme Termo de Conferência anexo, 12.000.000 (doze milhões) de unidades de cigarro, equivalente a 600.000 (seiscientos mil) maços, sendo que 10.800.000 (dez milhões e oitocentos mil) unidades de cigarro, equivalente a 540.000 (quinhentos e quarenta mil) maços de cigarros sem documentação fiscal Vale ressaltar que o mesmo veículo e sua respectiva carga, foi alvo de Ação Fiscal pela Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, de acordo com o Auto de Apreensão e Depósito 188.382 (anexo), onde constatou que o DANFE apresentado não corresponde à mercadoria transportada”. (grifos nossos).

Anexo aos autos, dentre outros, encontram-se os seguintes documentos: **o Auto de Infração de nº. 2322540226/20-4**, devidamente assinado pelo Agente de Tributos Estaduais (fls. 01 e 02); o Demonstrativo de Débito (fl. 04); **a planilha de cálculo** elaborada pelo Autuante (fl. 10) onde dispõe de: 1.080 caixas de cigarro com 50 pacotes por caixa e 10 maços por pacote totalizando 540.000 maços ou 10.800.000 de unidades de cigarros – 540.000 maços x R\$ 5,00 (valor estabelecido pela Receita Federal conforme pauta anexa) = **Base de Cálculo de R\$ 2.700.000,00** (alíquota aplicada 30%); **o Termo de Ocorrência Fiscal de nº. 232254.1000/20-0**, datado de **20/09/2022** (fls. 06 e 07), assinado pelo representante da empresa e pelo preposto fiscal; **o Termo de Conferência de Carga**, assinado pelo Autuante e pelo Motorista na data de 20/09/2020 (fl. 09) com os dizeres “... Durante a conferência foram encontradas 1.200 caixas de cigarros, com 50 pacotes por caixa, 10 maços por pacote, totalizando 12.000.000 (doze milhões de unidades de cigarro)”; **cópia do DANFE** da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de **nº 002.705** procedente do Estado do Rio de Janeiro (fl. 06), emitida em 18/09/2022, pela Empresa “Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro.”, **Transferência de Mercadoria Recebida de Terceiros**, correspondente à mercadoria de NCM de nº. 2402.20.00 (Cigarro) objeto da autuação, CFOP 6409 – Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao Regime de Substituição Tributária,

no montante de R\$ 264.000,00 (QTD 900,00 + 300,00 – VLR. UNIT 220,00); cópia do Auto de Apreensão e Depósito de nº 188382-7 emitido pela Secretaria de Estado - Subsecretaria de Estado da Receita do Espírito Santo, na data de 19/09/2020, às 13h00min, onde na descrição dos fatos “As mercadorias abaixo relacionadas, que estavam sendo transportadas no veículo placa MGT-0A37/RJ, sendo o condutor o Senhor José Feliciano Fernandes de Lacerda, CPF de nº 023.515.587-07, estando acompanhadas do DANFE de nº. 2.705, que não corresponde às mercadorias transportadas” (fl. 13); cópia dos documentos do motorista e do veículo (fl. 14).

Encontra-se, também, acostado aos autos o **Termo de Ocorrência Fiscal** emitido pela Superintendência de Administração Tributária – SAT (fl. 19), encaminhado à circunscrição Policial de Mucuri na data de 22/09/2020, tendo em vista a verificação de indício de possível prática de crime, para a instauração do devido processo investigatório; o **Boletim de Ocorrência** de nº⁸a CRPN MUCURI-BO-20-00589, datado de 29/09/2020 (fls. 21 a 23) donde dentre outras informações consta a tipificação da Infração Penal em **Descaminho**, Lei de nº. 2.848, art. 334 Caput, tendo como comunicante o Agente de Tributos Estaduais Marcos Campos Sampaio, o **Autor**, a Empresa Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro Importação e Exportação Ltda, a **Vítima**, a SEFAZ, INFRAZ, Órgão público, onde na descrição dos objetos envolvidos consta:” 12.000.000 (Doze Milhões) de Unidades de Cigarro, equivalente a 600.000 (seiscentos mil) maços sendo que 10.800.000 (Dez milhões e oitocentos mil) unidades de cigarro, equivalente a 540.000 (quinhentos e quarenta mil) maços de cigarro não tinham documentação fiscal.”; os Termos de Depoimentos do Motorista e do Agente de Tributos Estaduais (fls. 24 e 25).

Ainda faz-se acompanhar dos autos o Mandado de Segurança, Processo de nº. 8000956-33.2020.8.05.0172, impetrado pela Empresa Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro Importação e Exportação Ltda com o seguinte dispositivo:” Pelo exposto, com fundamento no art. 7º, II da Lei de nº. 1533/51, defiro a medida liminar perseguida, determinando, em consequência, que a autoridade coatora libere a mercadoria descrita na nota fiscal de nº. 2705 e a respectiva nota fiscal, tudo referente às 1.200 (um mil e duzentas) caixas de cigarros, conforme auto de infração de nº. 2322541000/20-0, bem como o veículo da impetrante, Placa Policial MGT0A37/RJ, até que a respeito da matéria decida definitivamente o Poder Judiciário”

A Autuada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 65 a 88), protocolizada no CORAP SUL/PA V. CONQUISTA, na data de 30/11/2020 (fl. 64).

Em seu arrazoado a Autuada iniciou sua peça defensiva alegando a tempestividade da mesma, e no tópico “**Breve Relato**” tratou que a Autuada tem por objeto social a Industrialização e Distribuição de Cigarros, conforme se verifica de seus atos constitutivos, e por conta das atividades desenvolvidas, se sujeita às exigências legais, dentre elas o Registro Especial de Fabricante de Cigarros, o qual é deferido após minucioso processo administrativo no âmbito da Receita Federal do Brasil, sendo inclusive atestada a lisura da empresa e de seus sócios, tudo em conformidade com o Decreto-Lei de nº. 1.593/77, bem como o competente Registro de Produto Fumígeno perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.

Consignou ser uma empresa de irrepreensível conduta comercial, e fiel cumpridora de suas obrigações, e começou, também, a desenvolver suas atividades através de sua filial no **Estado do Ceará** em 13/03/2014, no comércio atacadista de seus produtos, uma vez que possui em sua carteira de clientes, diversas empresas em todo o território nacional.

Contou que no dia 18/09/2020, a Autuada emitiu a Nota Fiscal de nº 2.705, devidamente autorizada pelas Secretarias de Fazenda dos Estados do Rio de Janeiro e Ceará, referente à transferência de seu produto acabado de sua filial RJ, para sua filial CE (comércio atacadista) localizada na cidade de Crato, para posteriormente efetuar a venda a seus clientes, valendo ressaltar que não há incidência de ICMS nesta operação, conforme Súmula 166 do STJ.

Assinalou que em **19/09/2020**, durante o transporte da mercadoria, ainda no Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Fazenda Capixaba, em fiscalização da carga, emitiu o Auto de Depósito de

nº 188.382-7, referente às mercadorias da Nota Fiscal de nº 2.705, nomeando o motorista da Autuada (José Feliciano Fernandes de Lacerda) como depositário, tornando-se assim, o responsável pelas referidas mercadorias, sendo liberado para prosseguir para o destino (CE).

Acrescentou que ao entrar neste Estado da Bahia, **com destino ao Estado do Ceará**, o motorista da Autuada se apresentou à fiscalização da SEFAZ - BA com toda a documentação da mercadoria transportada, quais sejam, a NF-e 2.705, bem como, o Auto Depósito de nº 188.382-7 emitido pelo Estado do Espírito Santo, documentos aptos a atestarem a regularidade da carga.

Mencionou que prontamente, o motorista da Autuada informou que a referida mercadoria já tinha sido fiscalizada no Estado do Espírito Santo, sendo emitido o Auto de Depósito supracitado, regularizando a mercadoria transportada, e mesmo diante de tais informações, os fiscais da SEFAZ - BA, desprezando totalmente todas as informações prestadas pelo motorista, determinaram a retenção da carga para a conferência que ocorreria no dia **20/09/2020**, tendo causado estranheza ao motorista, o fato de que os fiscais da SEFAZ - BA determinaram que este abrisse a porta do baú do caminhão para que posassem para fotos, como se estivessem diante de um verdadeiro troféu, sendo que naquele momento não teria nem mesmo ocorrido a conferência da carga.

Protestou que como se depreende, qualquer notícia para imprensa por si só é suficiente para demandar diligências policiais, visando apurar os responsáveis, especialmente pelo fato de **DIVULGAÇÃO DA PLACA DO VEÍCULO DE TRANSPORTE E A MERCADORIA QUE É TRANSPORTADA**.

Registrhou que é inegável que a carga então transportada – CIGARRO - é uma das mais visadas por criminosos que atuam no roubo e furto de mercadorias, fato que não pode passar despercebido pelos fiscais do Impetrado.

Preconizou ainda que assim não fosse, importa dizer que o referido Termo de Conferência atesta a regularidade das mercadorias, visto que, repete informação constante do **Auto Depósito de nº 188382-7 emitido pelo Estado do Espírito Santo**, confirmando assim a integralidade da Carga!

Proferiu que convém ressaltar novamente que a Autuada esclareceu aos servidores da SEFAZ-BA que as mercadorias retidas se destinavam à filial da empresa contratante Quality In Tabacos no Estado do Ceará, estando a mesma regularizada naquele Estado de destino, tanto que a Nota Fiscal foi validada pelas Secretarias de Fazenda, sendo que diante de tal fato de análise do documento fiscal, o Autuante não poderia fundamentar o Auto de Infração no artigo 6º, incisos III, alínea “d” e IV, senão vejamos:

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

(...)

III - os transportadores em relação às mercadorias:

(...)

d) que conduzem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Apontou, como já relatado, a Autuada fora autuada quando estava em trânsito no Estado da Bahia, com mercadorias destinada a outra Unidade da Federação, ou seja, as referidas mercadorias objeto da fiscalização, diferentemente do que quer fazer crer o Auto de Infração, tinha destinatário devidamente identificado no respectivo DANFE, e as mesmas já tinham sido fiscalizadas pelo Estado Capixaba, e mesmo violando carga que estava depositada junto ao Fisco Capixaba, sob responsabilidade do preposto da Autuada, prepostos da SEFAZ – BA, constataram que estavam sendo transportadas 1.200 caixas de cigarros da Autuada, e o respectivo DANFE de nº 2.705 que acompanha as mercadorias, constava 120 caixas.

Afirmou que a Autuada tomou conhecimento dos fatos quando foi contatada pelo motorista ao ser fiscalizada no Estado do Espírito Santo, que após verificar a documentação fiscal, também constatou o erro cometido por seu funcionário, uma vez que a quantidade das mercadorias são apostas no DANFE por milheiro (MIL), constando para os produtos “Gift – 900,00” e “Gift – 300,00”,

enquanto deveria constar “Gift – 9.000,00” “Gift – 3.000,00”, ou seja, no momento da confecção do documento fiscal, não foi digitado o número 0 por duas vezes, e somente uma vez pela Autuada.

Proferiu que nitidamente, o ocorrido foi um erro material, tanto que a quantidade total de produtos é parecida (120 – 1200), bem como as marcas conferidas fisicamente e constantes no DANFE são as mesmas.

Assinalou ser importante frisar 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 a Autoridade Fiscal, o DANFE possui origem e destinatário certo, descritos em documento fiscal próprio autorizado pelas Secretarias de Fazenda, contendo somente o erro material.

Tratou que mesmo assim, a Autoridade Fiscal emitiu o Processo Fiscal de nº 2322540226/20-4, com os respectivos Documentos de Arrecadação Estadual – DAE nos valores de R\$ 1.512.000,00 e R\$ 108.000,00 contra a Autuada, bem como reteve suas mercadorias, condicionando o pagamento do suposto imposto que entendia devido, **que sequer iria ter como destinatário o Estado da Bahia**.

Alertou que do impasse, somente com a intervenção enérgica do Poder Judiciário, a Autuada teve seus direitos constitucionais respeitados, através do competente Mandado de Segurança de nº 8000956-33.2020.8.05.0172, donde determinou-se a liberação dos respectivos bens em **08/10/2020**, conforme se verifica do Auto de Entrega ao preposto da empresa em anexo, ou seja, não há que se falar em mercadoria sem documentação fiscal, sendo que nesse aspecto, também não é aplicado à espécie a outra fundamentação constante no Auto de Infração:

Lei nº 7.014/1996

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;

XIV-B. - exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto;

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;

Consignou que, a Autuada emitiu Nota Fiscal quando da saída das mercadorias no Estado do Rio de Janeiro, tanto que as mercadorias lícitas foram liberadas, não havendo que se falar em transporte de produtos desacompanhados de documentação fiscal, ainda mais que já havia ocorrido fiscalização no Estado do Espírito Santo.

Tratou no tópico ***“Do Direito – Da Ausência de Ilícito Tributário”*** que entende-se **como nulo o auto de infração** que ora se hostiliza, em face da sua manifesta INSEGURANÇA pela **ausência de elementos suficientes para a determinada (suposta) infração**, sem olvidar que o ato ora guerreado foi praticado com preterição do direito de defesa da Autuada, considerando-se que foi efetivada a APREENSÃO dos 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 Art. 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 7.629/99, donde citou os incisos LIV, LV do art. 5º e art. 37, 170 todos da Constituição Federal de 1988 emoldurando-os à garantia dos cidadãos ao sagrado direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, não podendo ser submetidos a investidas ilegais.

Apontou que a Autuada não vulnerou os dispositivos legais dispostos no auto de infração, como também não há qualquer fundamento que viabilize a compreensão da imposição da exação fiscal pretendida pelo Fisco deste Estado, tolhendo o contribuinte ao alcance pleno dos direitos constitucionais supra 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, destacando que os respectivos dispositivos visam assegurar direito fundamental da Autuada, não podendo ser excluídos ou mitigados nem mesmo por emenda constitucional, já que veiculam direitos acobertados pela imutabilidade característica de cláusula pétreia, onde citou entendimento dos juristas Celso Ribeiro Bastos, Lafayete Pondé, José Afonso da Silva que discorrem sobre os citados princípios, e aplicação de analogia de Jurisprudência da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio de Janeiro sobre os elementos essenciais do Auto de Infração (fls. 72 e 73).

Acrescentou que não bastasse a tipificação equivocada (acredita-se), que dispõe do Processo Administrativo Fiscal, verifica-se que a autuação se apresentou à Autuada de forma insuficiente, pelo que, impossibilitando à Autuada, a ampla defesa, e o contraditório, configurando-se assim o cerceamento da sua defesa plena, uma vez conforme determina o art. 37 da Carta Magna a Administração Pública deve atender aos princípios da legalidade e publicidade (transparência), entre outros, para prática de seus atos. *In casu*, para a imposição da exação fiscal, assim diferente do que fizesse crer o Auto de Infração, as mercadorias objeto da fiscalização tinham destinatário devidamente identificado no respectivo DANFE, **que em momento algum foi declarado inidôneo**, sem olvidar que as mercadorias já haviam sido fiscalizadas pelo Estado do Espírito Santo.

Asseverou no tópico “***Da Inocorrência do Fato Gerador do ICMS da Legislação Citada***” que há que se destacar que a natureza da operação é a de transferência de produtos entre “estabelecimentos” de sua propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a Súmula 166 do STJ, que assim dispõe:

Súmula 166/STJ: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Frisou que, havendo transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ocorre tão somente o seu deslocamento físico dentro de uma mesma empresa, não ocorrendo o fato gerador do ICMS, quiçá ICMS-ST, muito menos o respectivo adicional do fundo de combate à pobreza oriundo destes, trazendo lições do Ilustríssimo Professor e Doutrinador, Eduardo Sabbag, e o recentíssimo entendimento no Supremo Tribunal Federal - STF no julgamento do ARE 1.255.885 em 15/08/2020, sendo reconhecida a repercussão geral e reafirmação de jurisprudência, através do TEMA 1099, confirmando que a transferência de um para outro estabelecimento do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS.

Alertou que é inaplicável ao caso em tela, uma vez que está comprovadamente instalada no Estado do Ceará, bem como tomando por base que a operação realizada pela Autuada (transferência de mercadoria para estabelecimento atacadista do mesmo titular) não constitui fato gerador do ICMS-ST, onde destacou-se o artigo 10 da Lei de nº 7.014/96, e a fundamentação em regra geral do Convênio ICMS de nº 142/18, em sua Cláusula Nona, inciso II, e que apesar da Autuada não descumprir suas obrigações legais a Autoridade Fiscal autuante reteve as mercadorias relacionadas ao DANFE de nº 2.705, objeto da então fiscalização, inobservando direitos constitucionais e até mesmo pacífica jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal.

Protestou que embora a fabricante das mercadorias em contato telefônico e pessoal com o agente fiscal no citado posto, tenha prestado os devidos esclarecimentos sobre a fiscalização que já havia sido realizada pela SEFAZ do Estado do Espírito Santo, mesmo assim, o agente 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 multa (abusivamente calculadas), não obtendo êxito na liberação de suas mercadorias, pelo que deve a impugnada autuação ser julgada inválida, nula ou ainda insubstancial, e assim, seus consequentes efeitos, determinando-se seu devido arquivamento com baixa nos competentes registros.

Acentuou no tópico “***Da Multa Aplicada***” que premente a revisão da cominação da multa aplicada, diante das elementares tipificadas na legislação estadual, pois, considerando que o excessivo e confiscatório percentual aplicado em concreto (100%), onde tratou do caráter

confiscatório da multa, considerando que **não se trata da ausência de recolhimento de imposto**, sendo que o percentual cominativo poder-se-ia razoavelmente se enquadrar na espécie, por analogia, o da hipótese do inciso X, do mesmo art. 42:

X - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria transportada sem que o sujeito passivo tenha observado a legislação relativa a controles especiais de circulação de mercadorias estabelecidos em regulamento;

Reclamou que a multa deve ser proporcional à capacidade econômica do contribuinte, e dissertou entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a inexistência de diferença entre a denominada multa moratória e multa administrativa, e de diversos doutrinadores dedicando matérias em relação à multa confiscatória, e colacionou entendimentos do STF e de proeminentes juristas e doutrinadores de que o patamar de 20% para a multa moratória não seria confiscatório.

Registrhou no tópico “**Do Excesso de Exação**” onde sugeriu que o Fisco oriente melhor seus agentes, ainda a favor da Autuada citou doutrina de Hugo de Brito Machado em que melhor assevera a respeito do excesso de exação, as quais contém o artigo 316, § 1º do Código Penal e repertoriou que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional, abrangendo todos os atos de autoridade capazes de causar lesão flagrante, pontuando que o poder de polícia da administração pública não é de modo algum absoluto, não podendo agir ao arrepio da Lei, sendo ilegal a ação da administração restringindo o exercício da liberdade e da propriedade.

Proferiu que 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, vez que a exigência do tributo se dá mediante atividade administrativa vinculada, não havendo discricionariedade, devendo realizar o fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, e que os fatos geradores do ICMS só podem 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 capitulação legal equivocada, em virtude do princípio da legalidade.

Acrescentou que 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.

Finalizou no tópico “**Do Pedido**”, *ex positis*, considerando:

1. a deficiência formal e a falta de comprovação material do ilícito fiscal constante do auto de infração;
2. a não prevalência do crédito tributário pretendido, por inocorrente e incomprovada a ilicitude indicada na autuação ora impugnada;
3. a comprovada condição de ilegitimidade da autuação, através da qual o autuante quer receber tributos o indispensável fato gerador que justifique seu nascedouro;
4. a indevida instauração da ação fiscal, já que inexistente a subsunção fática comprovada que pudesse legitimar a exação supostamente alegada.

Requeru ainda a regular intimação da Autuada através de seus bastantes procuradores no endereço na cidade de Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro, à Rodovia Washington Luiz nº 4.586, Vila São Luiz, CEP 25.065-004, em qualquer caso que lhe seja desfavorável, para não restarem prejudicados os constitucionais direitos, sobretudo, os da ampla defesa e do contraditório.

O Autuante prestou Informação Fiscal à folha 176 donde em seu arrazoado tratou que conforme a descrição dos fatos citado no Auto de Infração de nº. 2322540226/20-4 (fl. 01) o DANFE de nº. 2.705 (fl. 12) não corresponde à mercadoria transportada, conforme o Termo de Conferência de Carga (fl. 09) e Boletim de Ocorrência (fl. 21), valendo ressaltar que a conferência fora realizada duas vezes

para ratificação da irregularidade, conforme foi declarado pelo próprio motorista do veículo no Termo de Depoimento realizado junto à Polícia Civil, na Delegacia Territorial de Mucuri/BA (fl. 24).

Acrescentou que foram realizados procedimentos fiscais necessários para comprovação que o veículo Placa Policial MGT-0A37/RJ, de propriedade do Sr. José Feliciano Fernandes de Lacerda (fl. 14) transportava 1.200 caixas, equivalente a Doze Milhões de unidades de cigarros desacompanhadas de documentação fiscal correspondente, situação essa também verificada pelo fisco do Estado do Espírito Santo (fl. 13).

Pelo exposto, ficou explícito o fato gerador do ICMS.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração, em epígrafe, **Trânsito de Mercadorias**, lavrado em 29/09/2020, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 810.000,00, mais multa de 100%, em decorrência do cometimento da Infração (051.001.001) “Transporte ou Operação de mercadorias sem documentação fiscal”.

O enquadramento legal baseou-se no artigo 6º, incisos III, alínea “d” e IV; 34, incs. VI-A, XII e XIV da Lei de nº. 7.014/96 c/c arts. 83, inc. I, 101 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto de nº. 13.780/2012 e multa prevista no art. 42, IV, “f”, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

De início, antes de ingressar no mérito propriamente dito da autuação, a Autuada apresentou em sua contradita argumentos relacionados à nulidade do Auto de Infração, onde trouxe, em apertada síntese, que se entende como nulo o auto de infração em face de sua manifesta insegurança pela ausência de elementos suficientes para a determinada (suposta) infração, sendo que o ato ora guerreado fora praticado com preterição do direito de defesa da Autuada, onde acrescentou que não bastasse a tipificação equivocada (acredita-se), verifica-se que a autuação se apresentou à Autuada de forma insuficiente, pelo que, impossibilitando à Autuada, a ampla defesa, e o contraditório, configurando-se assim o cerceamento de sua defesa plena, acarretando-lhe plena deficiência material, nos termos do art. 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99.

Observo que a presente lavratura se trata de Auto de Infração – Trânsito de Mercadorias, lavrado no Posto Fiscal Eduardo Freire, em razão da apuração de irregularidade constatada na Fiscalização do Trânsito de Mercadorias, restando patente por meio do Termo de Apreensão, que **o fato apurado foi registrado corretamente no campo destinado à Descrição dos Fatos:** “*Às 21 horas do dia 19 do mês de Setembro do ano de 2020, foi parado nessa unidade fiscalizadora o veículo placa policial MGT-0A37/RJ, o motorista e proprietário Sr. José Feliciano F. de Lacerda, CPF de nº. 023.515.587-07, CNH de nº. 00375919460/RJ, transportando cigarros acompanhados pelo DANFE de nº. 2.705, emitido pela Empresa Quality in Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro, CNPJ de nº. 11.816.308/0009-83, localizada à avenida Pelotas, 275, Jardim Gramacho, Duque de Caxias, Rio de Janeiro. Foi encontrado no interior do veículo citado, conforme Termo de Conferência anexo, 12.000.000 (doze milhões) de unidades de cigarro, equivalente a 600.000 (seiscientos mil) maços, sendo que 10.800.000 (dez milhões e oitocentos mil) unidades de cigarro, equivalente a 540.000 (quinhentos e quarenta mil) maços de cigarros sem documentação fiscal (grifos nossos). Vale ressaltar que o mesmo veículo e sua respectiva carga, foi alvo de Ação Fiscal pela Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, de acordo com o Auto de Apreensão e Depósito 188.382 (anexo), onde constatou que o DANFE apresentado não corresponde à mercadoria transportada*”.

Ainda no presente Auto de Infração, verifico que consta o demonstrativo de débito indicando o cálculo do imposto exigido, e na descrição dos fatos, bem como na

descrição da infração, que estas tratam do “**Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal**” entendendo ter sido informada à Autuada, de forma pormenorizada a irregularidade apurada e indicados os dispositivos considerados infringidos e da multa aplicada, onde considero, portanto, que todos os elementos necessários para possibilitar a elaboração de sua defesa lhe foram entregues e pelo teor da defesa, devidamente recebida e ora apreciada, constato não haver qualquer dúvida de que o contribuinte entendeu perfeitamente acerca da imputação que sobre si recaiu.

Assim, **rejeito as nulidades suscitadas** nas razões da defesa haja vista que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi verificada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade.

Na síntese do arrazoado do mérito, a Autuada, na data 18/09/2020, emitiu a Nota Fiscal de nº 2.705, devidamente autorizada pelas Secretarias de Fazenda dos Estados do Rio de Janeiro e Ceará, referente à transferência de seu produto (Cigarro Gift) acabado de sua filial RJ, para sua filial CE (comércio atacadista) localizada na cidade de Crato, para **posteriormente efetuar a venda** a seus clientes, ressaltou que não há incidência de ICMS nesta operação, conforme Súmula 166 do STJ, sendo que na data de 19/09/2020, durante o transporte da mercadoria, ainda no Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Fazenda Capixaba, em fiscalização da carga, emitiu o Auto de Depósito de nº 188.382-7, referente às mercadorias da Nota Fiscal de nº 2.705, nomeando o motorista da Autuada (José Feliciano Fernandes de Lacerda) como depositário, tornando-se assim, o responsável pelas referidas mercadorias, sendo liberado para prosseguir para o destino (CE), após atestarem a regularidade da carga.

Tratou que no Posto Fiscal no Estado da Bahia, o motorista da Autuada informou que a mercadoria transportada já tinha sido fiscalizada no Estado do Espírito Santo, sendo emitido o Auto de Depósito, regularizando a mercadoria transportada, e mesmo diante de tais informações, os fiscais da SEFAZ - BA, desprezaram as informações prestadas pelo motorista e determinaram a retenção da carga para a conferência que ocorreria no dia 20/09/2020, **onde os prepostos da SEFAZ** constataram que estavam sendo transportadas 1.200 caixas de cigarros da Autuada, e o respectivo DANFE de nº 2.705 que acompanha as mercadorias, constava 120 caixas. Ressaltou que esclareceu aos servidores da SEFAZ-BA que as mercadorias retidas se destinavam à filial da empresa no Estado do Ceará, estando a mesma regularizada naquele Estado de destino, tanto que a Nota Fiscal foi validada pelas Secretarias de Fazenda, sendo que diante de tal fato de análise do documento fiscal, não pode assim o Autuante fundamentar o Auto de Infração no artigo 6º, incisos III, alínea “d” e IV.

Acrescentou que só tomou conhecimento dos fatos quando foi contatada pelo motorista ao ser fiscalizada no Estado do Espírito Santo, que após verificar a documentação fiscal, **também constatou o erro cometido por seu funcionário**, uma vez que a quantidade das mercadorias são apostas no DANFE por milheiro (MIL), constando para os produtos “Gift – 900,00” e “Gift – 300,00”, enquanto **deveria constar “Gift – 9.000,00” “Gift – 3.000,00”**, ou seja, no momento da confecção do documento fiscal, não foi digitado o número 0 por duas vezes, e somente uma vez pela Autuada, tendo nitidamente ocorrido um erro material, tanto que a quantidade total de produtos é parecida (120 – 1200), bem como as marcas conferidas fisicamente e constantes no DANFE são as mesmas, onde frisou 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 a Autoridade Fiscal, **o DANFE possui origem e destinatário certo, descritos em documento fiscal próprio autorizado pelas Secretarias de Fazenda, contendo somente o erro material**.

Exame que a lide estabelecida se fez em relação à constatação pelo Autuante de que havia **transporte de mercadorias** no veículo de Placa Policial de nº MGT-0A37/RJ **sem documentação fiscal**. Isto se deu porque **o quantitativo de mercadorias** e os **valores dispostos** no DANFE da Nota Fiscal de nº 2.705 não correspondiam à carga que se encontrava no interior do citado veículo após a conferência realizada.

Tem-se que no Termo de Conferência (fl. 09) constou que foram encontradas 1.200 caixas de cigarro. Dentro de cada uma dessas caixas haviam 50 pacotes/por caixa. Dentro de cada pacote havia 10 maços de cigarro/por pacote. E, em cada maço de cigarro continha 20 unidades/por maço. Assim, no computo da aritmética simples apurou-se **1.200 (caixa) x 50 (pacote) x 10 (maços) x 20 (unidade de cigarro)** totalizando-se o montante de 12.000.000 (doze milhões de unidades de cigarro).

Conforme a informação trazida pela Autuada, em sua impugnação, corroborando com o entendimento praticado pelo Autuante na presente lavratura, a Nota Fiscal de nº 2.705 somente comportar-se-ia o trânsito de mercadorias de cigarro de **120 caixas**, correspondendo ao montante total na nota de **R\$ 264.000,00**, vez que, conforme aventado, houve equívoco no seu preenchimento do quantitativo e por consequência isto se refletiria, também, no valor total dos produtos.

Neste sentido, a Planilha de Cálculo (fl. 10) do imposto exigido, fora efetuada somente com **o restante das mercadorias que se encontravam sem a documentação fiscal** para o seu translado, ou seja, expurgou-se das 1.200 caixas que se encontravam no interior do veículo as 120 caixas acobertadas pela Nota Fiscal de nº 2.705 onde totalizou-se o restante de **1.080 caixas**.

Em continuidade, dispõe a Lei de nº 7.014/96, em seu artigo 22, inciso V, alínea “b” que a autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real na fiscalização do trânsito, no caso de ausência do documento fiscal, onde será adotado o preço usualmente praticado no mercado.

Assim sendo, o Autuante em consulta ao site da Receita Federal, em orientações tributárias dos regimes e controles especiais de “Marcas e preços de venda a varejo de cigarros” (<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/regimes-e-controles-especiais/cigarros-marcas-e-precos-de-venda-a-varejo-de-cigarros>) onde constam as informações de preço de venda a varejo divulgados pelos fabricantes de cigarros conforme dispõe a Legislação Federal pertinente Lei de nº 12.546/2011, em seu art. 16, § 2º e o art. 2º da Instrução Normativa RFB de nº 1.204/2011, aferiu-se na posição de preços, na data da lavratura 20/09/2020, o valor de **R\$ 5,00** do preço divulgado pela Autuada para venda a varejo no Estado do Ceará do cigarro GIFT/BOX/Rígida, cuja vigência dar-se-ia até a data de 22/01/2021.



QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.

QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.												PREÇOS DE VENDA A VAREJO (R\$)																			
Vigência	Marca	Versão	Embalagem	AC	AL	AP	AM	BA	CE	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA	PB	PR	PE	PI	RJ	RN	RS	RO	RR	SC	SP	SE	TO	DF	
17/02/2020	DOWNTOWN	BLACK	Maço	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25		
03-06-2018	DOWNTOWN	BLUMS	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00		
17-02-2020	DOWNTOWN BLACK	BOX 100	Rígida	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25		
02-03-2018	GIFT	BOX	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	GIFT	K5	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	GIFT	K5	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	GIFT	RED	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	GIFT	RED	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	NEWS	K5	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
17-02-2020	NEWS	K5	Rígida	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	5,10	
03-06-2018	NEWS	RED	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	NEWS	RED	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	NEWS	RED	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	OFF	K5	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	OFF	K5	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	OFF	RED	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	OFF	RED	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	OUTBACK	MINUS	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
17/02/2020	OUTBACK	MINUS	Rígida	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	5,25	
03-06-2018	OUTBACK	SKS	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	RECORD	K5	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	RECORD	RED	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
11-07-2017	RECORD	SKS	Maço	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
11-01-2018	RECORD	BLUE	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
10-06-2018	RECORD	GOLD	Rígida	5,00	5,25	5,15	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,25	5,00	5,00	5,25	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,15	5,15	5,00	5,00	5,25	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00
17-02-2020	RECORD	GREEN	Rígida	5,00	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	5,50	
03-06-2018	RECORD	VS	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2018	RECORD	RED	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
19-01-2018	RECORD	RED	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
05-05-2017	RECORD	SKS	Rígida	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	

VC - Não Comercializado - Fonte : SCORPIOS - posição em 23/04/2023

Do explanado consumou-se a base de cálculo das **1.080** caixas de cigarro, sem documentação, transfigurando-se em **540.000** (quinhentos e quarenta mil) maços de cigarros (**1.080/caixa** x 50/pacotes x 10/maços) vendida no varejo a **R\$ 5,00** cada alcançando-se a base de **R\$ 2.700.000,00** (dois milhões e setecentos mil reais) sobre a qual aplicou-se a alíquota de 30% (art. 16, inciso VII c/c art. 16-A da Lei de nº. 7.014/96) alcançando-se o montante exigido de **R\$ 810.000,00**.

Faz-se necessário entender que o controle da circulação de mercadorias, **desde a origem até o seu destino**, é feito por meio de **uma série de documentação**, dispostas com **exigibilidades** no Capítulo II – **Dos Documentos Fiscais do RICMS/BA/12**, das quais sem o cumprimento fica-se sujeito às penalidades impostas na legislação pertinente.

Em se tratando de documentos de transporte de cargas entre o caminho do remetente até o destinatário, além da carga, **o transportador precisa levar consigo todos os documentos fiscais que regulamentam o seu serviço**, entendendo-se que os transportadores não deverão aceitar despachos ou efetuar o transporte de mercadorias que não estejam acompanhados dos documentos fiscais próprios, **devendo estes ratificarem as mercadorias** por eles transportadas (art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei de nº. 7.014/96).

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; (...)

XIV-B. - exigir do estabelecimento vendedor ou remetente das mercadorias, ou do prestador do serviço, conforme o caso, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias, ou utilizar serviços sujeitos ao imposto;

Ressalta-se que um dos documentos fiscais exigidos para acobertar o transporte é a **Nota Fiscal da mercadoria** (Nota Fiscal Eletrônica - NF-e, artigos 82 e 83) que deve ser entregue pelo embarcador **ao transportador**. Sendo, atualmente, emitida eletronicamente, a versão impressa física entregue ao transportador é o Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, **de uso obrigatório para se acompanhar o trânsito das mercadorias** (art. 90).

Considera-se que a autuação de mercadorias em **trânsito é instantânea, prevalecendo como verdadeiro os fatos apurados no momento do flagrante fiscal**. Assim sendo, na ação fiscal procedida averiguou-se na abordagem do veículo de Placa Policial de nº MGT-0A37/RJ, cujo transporte era feito pelo motorista e proprietário o Sr. José Feliciano Fernandes de Lacerda e que **este se munia no translado** das mercadorias com **documento fiscal que não abarcava todas** as mercadorias por ele transportadas, alcançando-se à infração tipificada de **transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal**.

De mais a mais, em relação às fotos registradas pelos “fiscais da SEFAZ”, contidas nos autos do Processo de nº 8000956-33.2020.8.05.0172 - Ação Mandado de Segurança (fls. 38 e 37) reclamadas pela Autuada com “*pose para fotos como se estivessem diante de um verdadeiro troféu*”, averiguou que estas fotos, do referido auto, foram expostas no Perfil Institucional Oficial da CIPFAZ/PMBA no aplicativo Instagram, e se reportam aos prepostos do Policiamento Fazendário da Companhia Independente de Polícia Fazendária - CIPFAZ, donde entendo não ser este Conselho Fazendário o órgão competente na comunicação e na apuração de crimes e **infrações disciplinares** atribuídas aos servidores públicos vinculados à Secretaria de Segurança Pública - SPP do Estado da Bahia e sim a Corregedoria da SSP/BA.

Do mesmo modo, para o possível crime de excesso de exação aventureado pela Autuada como praticado pelos prepostos fiscais da SEFAZ, o órgão competente para receber e analisar denúncias de contribuintes sobre irregularidades ou ilícitos administrativo-disciplinares na atividade da administração tributária bem como apurar responsabilidade administrativa em face de irregularidades ou fatos infringentes às disposições legais e regulamentares por seus servidores estar-se-ia adstrito à Corregedoria da SEFAZ/BA.

Vale ressaltar que a Superintendência de Administração Tributária – SAT emitiu **Termo de ACÓRDÃO JJF N° 0088-05/23-VD**

Ocorrência Fiscal o qual fora encaminhado à 8ª Coordenadoria Regional de Polícia do Interior de Mucuri, tendo em vista a verificação de indício de possível prática de crime, para a instauração do devido processo investigatório, onde a notícia crime fora efetuada através do **Boletim de Ocorrência** de nº 8ª CRPN MUCURI-BO-20-00589, e fora tipificada a Infração Penal de **Descaminho**, Lei de nº. 2.848, art. 334 Caput, sendo a **Vítima** a SEFAZ, INFAZ, Órgão público e o **Autor** a Empresa Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarro Importação e Exportação Ltda, em que consta no objeto a **inexistência de documentação fiscal** para os 540.000 maços de cigarro objetos deste Auto de Infração.

Quanto à alegação de confisco ou de violação à proporcionalidade e à razoabilidade, falece de competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de penalidade pecuniária em face de supostas inconstitucionalidades ou ilegalidades, vez que dado à unicidade jurisdicional do Direito brasileiro e em face da instância em que ora se discute esse contencioso administrativo, conforme disposto no citado artigo 167 do RPAF, a apreciação de inconstitucionalidade alegada pela Notificada foge à apreciação deste órgão administrativo judicante, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior tendo-se em vista, também, a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232254.0226/20-4**, 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\$ 810.000,00**, acrescido da multa de 100%, prevista pelo Art. 42, inciso IV, alínea “a” da Lei de nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

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

VLADIMIR MIRANDA MORGADO- PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

MARCELO MATTEDE E SILVA- JULGADOR