

A.I. Nº - 281394.1217/22-5
AURTUADO - QUALITY IN TABACOS IND. E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2023

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0246-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRANSPORTE OU OPERAÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. As considerações de defesa não afastam a autuação. Não se vê nos autos, qualquer elemento para interpretar de que as mercadorias apreendidas, como aventado pelo defendant, trata-se de um “*simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, quando essas mercadorias estavam sendo transportadas por um caminhão, com destino ao Estado de Pernambuco, à sociedade empresaria K M G DOS SANTOS CIGARROS, inscrita no CNPJ sob nº 25.136.427/0001-42, porém, não no conteúdo de mercadorias constante da documentação fiscal (DANFE nº 6 Série 1) que lhes davam curso. Fato, este, o motivador da presente autuação, em análise. **Por tal ocorrência fiscal**, o agente Fiscal Autuante, assertivamente, **relativamente as mercadorias não relacionadas** na documentação fiscal (DANFE) **calculou o imposto aplicando o regime sumário de apuração** nos termos do § 3º do art. 318, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92. Infração insubstancial. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/10/2022, refere-se à exigência de R\$ 918.750,00 de imposto (ICMS), mais multa de 100%, na forma do demonstrativo de fl. 2 do presente PAF, decorrente do cometimento da Infração - 051.001.001, por transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 210741.1030/22-6 (fls. 07/07-v) a seguir destacado.

“Caminhão de placa policial RJN8C67, tendo como motorista o Srº Jorge Guerco Moreira, CPF 075.614.497-39, em trânsito pela BR 101 KM950, incidiu na falta de parada no Posto Fiscal no dia 26/10/2020, às 16:40h, incidiu também na falta de emissão de MDF-e, e apresenta carga aparentemente superior à nota fiscal apresentada, quando da perseguição e alcance do caminhão que ficou retido para contagem de carga. Após conferência das mercadorias, verificou-se que tinha no caminhão 1.225 caixas de cigarro sem documentação fiscal, sendo que, desse total, 145 caixas são de GIFT (78936362), 221 caixas de RECORD RED (78936522), 13 Caixas de RECORD (78936539), 35 caixas de 0800(RED), 190 caixas de GIFT BOX RED (78935622), 621 caixas de GIFT AZUL (78935655). Cada caixa de cigarro contém 50 pacotes, cada pacote contém 10 maços e cada maço contém 20 cigarros. Mercadoria apreendida como prova do ilícito fiscal contra a legislação tributária vigente do ICMS/BA”.

Enquadramento legal: Artigo 6º, inciso III, alínea “b” e inciso IV; artigo 34, incisos VI-A, XII e XIV-B, da Lei nº 7.014/76, c/c os artigos 83, inc I; 101 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92

Tipificação da Multa: 100% - artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/76.

O defendente apresentou impugnação às fls. 47/61 do PAF, com manifestações e razões de esclarecimento quanto à irregularidade apontada, que a seguir passo a descrever:

QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., sociedade empresária, inscrita no CNPJ sob o nº 11.816.308/0001-26, com sede 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, devidamente representada por seus patronos (atos constitutivos e procuração em anexo), Art. 8º, § 3º, e 123 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), apresenta impugnação à autuação fiscal em epígrafe, conforme segue:

I. - BREVE RELATO DA AUTUAÇÃO FISCAL:

Trata-se de autuação fiscal lavrado por alegado descumprimento de obrigação prevista na legislação tributária estadual pela Impugnante, ou seja, acusa a autuação no tocante transporte de mercadoria sem documentação fiscal.

Diante da ilação fiscal, ora impugnada, diz que a Autoridade Fazendária exige no presente Auto de Infração o valor de R\$ 918.750,00 a título de ICMS, e R\$ 918.750,00 a título de multa, totalizando R\$ 1.837.500,00, assim, contra a Impugnante.

Contudo, como restará comprovado, aduz que a presente ação fiscal restou impregnada por diversas nulidade, tendo em vista, ao que parece, inclusive, afronta aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

II. - DAS NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO

Registra que inexiste justa causa em razão de inexistir qualquer ação ou omissão perpetrada pela Impugnante capaz de configurar a hipotética infração legais apontadas, imprestabilizando por completo a exação fiscal, depreendendo-se que o ato exacial, ora combatido, implicou em preterição ou prejuízo de direito.

Pontua que a presente impugnação, roga-vos ao menos, pelos princípios constitucionais abaixo ventilados, seja concebido que, mesmo fosse exigível o formalismo exacerbado entendido pelo agente fazendário, todavia, a Impugnante sempre procedeu com boa-fé e lisura para com o Fisco.

Diz que a alegação de mercadoria sem documento fiscal não deve proceder, pois na emissão da DANFE, o Dpto. Fiscal da Impugnante cometeu mero erro material no momento da emissão da nota fiscal das mercadorias transportadas.

É importante ressaltar 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.

Diz que, diante do que 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.

E assim, 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 significar 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.

Após outras considerações, inclusive com citações de estudiosos do direito, diz que indisfarçável a transcendência do estreito mérito administrativo que fosse íntimo ao respectivo poder de polícia, mitigando a discricionariedade que pudesse legitimar a autuação, roga ao justo Juízo 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, e ampla defesa e contraditório na exigência do tributo em questão e em autuar a impugnante face o erro material que poderia ser corrigido através de fiscalização educativa.

III. - DO DIREITO. DA NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA OPERAÇÃO. RETORNO DE MERCADORIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR.

Diz que, com vistas a demonstrar a improriedade da presente Autuação Fiscal, necessário discorrer 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.

Pontua que a palavra operação, utilizada no Texto Constitucional garante que somente terá relevância jurídica aquela operação mercantil que acarrete a circulação da mercadoria, como meio de forma de transferir-lhe a titularidade.

Por isso, a ênfase constitucional na expressão operações de circulação de mercadorias. Diz que o imposto não incide sobre a mera saída ou circulação física (como no caso em tela) que não configure real mudança de titularidade do domínio.

Registra que circulação e transferências de mercadorias deve ser necessariamente jurídica, ou seja, motivada por negócio jurídico a exemplo da compra e venda e perfectibilizada pela mudança de titularidade do domínio.

Após trazer entendimento de estudioso do direito, diz que a incidência do imposto sobre a circulação física de mercadorias não pode prevalecer sobre direitos e garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Aplicando o entendimento ao presente caso, aduz que resta evidente 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.

Consigna que, como se depreende da leitura do auto de infração, o motorista da Impugnante foi conduzido ao Posto Fiscal desta Secretaria Estadual de Fazenda para a verificação da carga transportada. Naquele momento a carga estava sob o domínio e titularidade da Impugnante.

Diz que, no caso em tela, 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.

Neste ponto, 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 166 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Destaca que o Supremo Tribunal Federal ratificou a posição firmada pelo STJ na Súmula 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, confirmando que a transferência de um para outro estabelecimento do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS, destacando:

“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 ato de mercancia.”

Diz que, como se depreende a questão posta sob análise: “não incidência de ICMS nas operações

meramente físicas", é matéria pacifica 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.

Por tais razões, consigna que o presente Auto de Infração deve ser julgado Improcedente tendo em vista a não circulação jurídica da mercadoria, e pela regularização da operação após emitir DANFE de retorno para seu estabelecimento, além de não haver mercancia na operação, ou seja, fora lavrado fora das hipóteses constitucionais para a exigência de ICMS.

IV. - DA MULTA APLICADA

Entendendo que as questões que envolvem a presente autuação, dizem respeito a mero erro material por parte da contribuinte, diz que não é 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).

Diz que tal princípio, tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade. Princípio largamente adotado pela jurisprudência alemã do pós-guerra, preceitua que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente.

Após várias outras considerações embasadas no entendimento de estudiosos do direito, diz que a multa em 100% do valor do imposto, deve ser revista por este Julgador, e reduzida, com base no princípio da proporcionalidade, e razoabilidade, e pelo evidente valor confiscatório.

V. - DO EXCESSO DE EXAÇÃO

Após citar entendimentos de estudioso do direito, diz que cabe registrar que nenhum ato administrativo irregular ou viciado, como é o caso da ação fiscal que se impugna, escapa da apreciação jurisdicional. Essa é uma norma na sua origem constitucional, de defesa dos 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.

Diz que a Autoridade Fiscal não pode ao arreio 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.

Pontua que a exigência do tributo se dá mediante atividade administrativa vinculada, significando que não há discricionariedade deferida ao administrador tributário na ação estatal de exigir tributos. Deve-se realizar o fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, o que não ocorreu no caso em tela.

Em vista do exposto, pontua 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.

VI. - DO PEDIDO

Diante do exposto, pelo que, entendendo-se suficiente os argumentos defensivos, confiando que este órgão administrativo julgador seja imparcial, requer que seja julgada a autuação fiscal inválida, nula ou insubstancial ou assim improcedente, tornando-se sem efeito as exigências fiscais, bem assim a multa pretendida, determinando-se o devido cancelamento do referido crédito tributário e por fim, com o arquivamento e baixa nos registros deste fisco.

Às fls. 78/80 têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, conforme os seguintes

termos:

Quanto à defesa apresentada, conforme Termo de Apreensão 210741.1030/22-6, diz que o caminhão de placa policial RJN8C67 não parou no Posto Fiscal, estava sem o MDF-e e transportava 1.225 caixas de cigarro sem documentação fiscal.

Registra que o autuado reconhece o transporte de mercadoria desacompanhada de documentação nos termos do destaque extraído da peça de defesa à fl. 48 dos autos:

“6. A alegação de mercadoria sem documento fiscal não deve proceder, pois na emissão da DANFE, o Dpto. Fiscal da Impugnante cometeu mero erro material no momento da emissão da nota fiscal das mercadorias transportadas.

7. É importante ressaltar 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.”

Em seguida traz destaques do artigo 40 da Lei 7.014 de 4 de dezembro de 1996, mais especificamente os parágrafos 2º, 5º E 6º. Traz à tona, também, o destaque “*fiscalização educativa*” extraído da peça de defesa do Contribuinte Autuado, que destaca.

Ao final da Informação Fiscal, diz que o Auto de Infração e o Termo de Apreensão foram lavrados com observância da Legislação Tributária. Diz manter, então, o Auto de Infração, em tela.

À fl. 80-v, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/10/2022, refere-se à exigência de R\$ 918.750,00 de imposto (ICMS), mais multa de 100%, na forma do demonstrativo de fl. 2 do presente PAF, decorrente do cometimento da Infração - 051.001.001, por transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal, conforme Termo de Apreensão nº 210741.1030/22-6 (fls. 07/07-v) a seguir destacado:

“Caminhão de placa policial RJN8C67, tendo como motorista o Srº Jorge Guerco Moreira, CPF 075.614.497-39, em trânsito pela BR 101 KM950, incidiu na falta de parada no Posto Fiscal no dia 26/10/2020, às 16:40h, incidiu também na falta de emissão de MDF-e, e apresenta carga aparentemente superior à nota fiscal apresentada, quando da perseguição e alcance do caminhão que ficou retido para contagem de carga. Após conferência das mercadorias, verificou-se que tinha no caminhão 1.225 caixas de cigarro sem documentação fiscal, sendo que, desse total, 145 caixas são de GIFT (78936362), 221 caixas de RECORD RED (78936522), 13 Caixas de RECORD (78936539), 35 caixas de 0800(RED), 190 caixas de GIFT BOX RED (78935622), 621 caixas de GIFT AZUL (78935655). Cada caixa de cigarro contém 50 pacotes, cada pacote contém 10 maços e cada maço contém 20 cigarros. Mercadoria apreendida como prova do ilícito fiscal contra a legislação tributária vigente do ICMS/BA”.

Enquadramento legal: Artigo 6º, inciso III, alínea “b” e inciso IV; artigo 34, incisos VI-A, XII e XIV-B, da Lei nº 7.014/76, c/c os artigos 83, inc I; 101 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92

Tipificação da Multa: 100% - artigo 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 7.014/76.

Assim dispõe o artigo 6º, inciso III, alínea “b” e inciso IV; da Lei nº 7.014/76, que trata do imposto (ICMS) no Estado da Bahia:

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 conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

(...)



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;

Vê-se, também, a seguinte redação dos artigos 34, incisos VI-A, XII e XIV-B, da Lei nº 7.014/76:

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;

Neste contexto, o agente Fiscal Autuante, no exercício de suas funções de Fiscalização, em **Trânsito de Mercadoria – Unidade Fazendária IFMT SUL - constituiu o presente lançamento fiscal**, decorrente de operação de mercadorias tributadas, **por transporte modal terrestre sem documentação fiscal**, através do caminhão de placa policial RJJN8C67, tendo como motorista o Srº Jorge Guerco Moreira, CPF 075.614.497-39, em trânsito pela BR 101 KM950, no dia 26/10/2020, às 16:40h, conforme Termo de Apreensão nº 210741.1030/22-6 de fls. 07/07-v, e descriptivo da ocorrência fiscal acima destacado.

Por sua vez, têm-se, também, como enquadramento da autuação a infringência ao artigo 83, inc. I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, que assim dispunha, à época dos fatos geradores:

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;

Daí, o agente Fiscal Autuante, ao correlacionar as mercadorias transportadas pelo caminhão de placa policial RJJN8C67, com as mercadorias constantes do DANFE nº 6, Série 1 (fl. 13), de emissão da QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., sociedade empresária, inscrita no CNPJ sob o nº 11.816.308/0001-26, em trânsito pela BR101 KM950, com destino à sociedade empresária K M G DOS SANTOS CIGARROS, inscrita no CNPJ sob nº 25.136.427/0001-42, estabelecida no Estado de Pernambuco; verificou que tinha no caminhão 1.225 caixas de cigarro sem documentação fiscal, ou seja, sem corresponder aos itens de mercadorias constantes do citado documento fiscal, sendo que, desse total, 145 caixas são de GIFT (78936362), 221 caixas de RECORD RED (78936522), 13 Caixas de RECORD (78936539), 35 caixas de 0800(RED), 190 caixas de GIFT BOX RED (78935622), 621 caixas de GIFT AZUL (78935655). Cada caixa de cigarro contém 50 pacotes, cada pacote contém 10 maços e cada maço contém 20 cigarros.

Pois bem! Sobre tal ocorrência fiscal, não há discussão. A insurgência da empresa quanto ao Auto de Infração, em tela, é, preliminarmente, de nulidade da ação fiscal, por equívoco do seu departamento fiscal no preenchimento do documento fiscal (DANFE), que, com espeque no art. 37 da CF/88, a Secretaria da Fazenda da Bahia, através do seu agente Fiscal, ao identificar a ocorrência fiscal, deveria ter agido preventivamente, por meio de “*Fiscalização Educativa*”, antes de qualquer ação repressiva, orientar ao Impugnante a corrigir a documentação fiscal, para assim bem cumprir seus deveres constitucionais postos.

De pronto, aqui manifesto meu entendimento sobre a autuação, para expressar que não se tem na legislação do Estado da Bahia qualquer dispositivo de “*Fiscalização Educativa*”, como arguido pelo defensor. Vejo, na realidade, que o agente Fiscal cumpriu o que determina a legislação posta na situação dos autos, como assim está claramente descrito no enquadramento da autuação.

Afasto, portanto, tal arguição de nulidade da autuação, em que o agente Fiscal agiu nos estritos termos da legislação.

O outro ponto de insurgência da autuação, pelo sujeito passivo, é de improcedência da autuação, ou seja, o Contribuinte Autuado apresenta a tese de que não há a incidência do imposto (ICMS) em operações de circulação para o mesmo titular, com base na disposição da Súmula 166 do STJ, ao seu entender, ratificada pelo STF no julgamento do ARE 1255885, em 15/08/2020, reafirmando a

jurisprudência através do TEMA 1099.

O defendant traz, também, o argumento de que o imposto não incide sobre a mera saída ou circulação física (como no caso em tela) que não configure real mudança de titularidade do domínio. Diz que a circulação e transferência de mercadorias deve ser necessariamente jurídica, ou seja, motivada por negócio jurídico a exemplo de compra e venda e perfectibilizada pela mudança de titularidade do domínio.

Consigna que, aplicando o entendimento ao presente caso, resta evidente que não houve a circulação jurídica, visto que não houve troca de propriedade (titularidade). Ao seu entender, no caso do Auto de Infração, em tela, vez que as mercadorias levantadas, pela Fiscalização, não constavam do documento fiscal (DANFE), não há a incidência do tributo, posto que se trata de circulação meramente física das mercadorias.

Frisa que, como se depreende da leitura do Auto de Infração, em tela, o motorista da Impugnante foi conduzido ao Posto Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para a verificação da carga transportada. Ao seu entender, naquele momento a carga (mercadorias) estava sob o domínio e titularidade da Impugnante.

No caso em tela, ao seu entender, 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.

Pois bem! No Estado da Bahia, constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer dispositivo contido na legislação deste tributo, mais especificamente a Lei 7.014/76, que trata do ICMS neste Estado. É o que se observa da redação do artigo 40, do citado diploma legal, mais especificamente o § 3º, que se relaciona ao objeto dos autos, conforme a seguir descrito:

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

(...)

§ 3º A mercadoria será considerada em trânsito irregular no território baiano se estiver desacompanhada de Nota Fiscal ou documento equivalente ou acompanhada de documento falso ou inidôneo, como definidos em regulamento.

Neste sentido, não vejo nos autos, qualquer elemento para interpretar de que as mercadorias apreendidas, como aventado pelo defendant, trata-se de um “*simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”, quando essas mercadorias estavam sendo transportadas por um caminhão, com destino ao Estado de Pernambuco, à sociedade empresária K M G DOS SANTOS CIGARROS, inscrita no CNPJ sob nº 25.136.427/0001-42, porém, não no conteúdo de mercadorias constante da documentação fiscal (DANFE nº 6 Série 1) que lhes davam curso. Fato, este, o motivador da presente autuação, em análise.

Por tal ocorrência fiscal, o agente Fiscal Autuante, assertivamente, relativamente as mercadorias não relacionadas na documentação fiscal (DANFE nº 6 Serie 1) **calculou o imposto aplicando o regime sumário de apuração** nos termos do § 3º do art. 318, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/92, conforme os termos abaixo reproduzidos:

Art. 318. No regime sumário de apuração, o imposto a recolher resultará da diferença a mais entre o valor do ICMS relativo à operação ou prestação a tributar e o relativo a operação ou prestação anterior, efetuada com as mesmas mercadorias ou seus insumos ou com o mesmo serviço, e se aplicará nas seguintes hipóteses:

§ 3º Se as mercadorias estiverem desacompanhadas de documentação fiscal ou acompanhadas de documento inidôneo, também se aplicará o regime sumário sendo que o imposto será exigido pelo seu total, sem qualquer dedução.

Em sendo assim, não vendo, nos autos, qualquer arguição do defendant quanto a composição da base de cálculo do imposto (art. 22, inc. V, alínea “b”, da Lei 7.014/96) e, por conseguinte, a apuração do imposto (ICMS) propriamente dito, voto, então, pela subsistência da imputação fiscal.

Em relação à alegação da defesa, de constitucionalidade da multa aplicada, bem assim o excesso em sua exação, visto que a mesma foi fixada ao percentual de 100% que torna, ao seu entender, sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso IV, alínea “a”, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281394.1217/22-5, lavrada contra **QUALITY IN TABACOS IND. E COMÉR. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 918.750,00, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA