

PROCESSO - A. I. Nº 232254.0226/20-4
RECORRENTE - QUALITY IN TABACOS IND. COM. DE CIGARROS IMP. E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0088-05/23-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.04.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/24-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0088-05/23-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito em 29/09/2020 interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$ 810.000,00, pelo cometimento da infração abaixo:

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.

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 (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 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).

O autuado apresentou impugnação (Fls. 65 a 88), informação fiscal prestada pelo autuante (Fl. 176), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que após análise julgou Procedente nos seguintes termos:

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.

Observe 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 (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 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.

Examinei 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 traslado, 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/receita-federal/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.

<https://www.receita.fazenda.gov.br/sistemas/consultas/precoVarejo.aspx>



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

QUALITY IN TABACOS INDUSTRIA E COMERCIO DE CIGARROS E IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.				PREÇOS DE VENDA A VAREJO															
Vigência	Marca	Versão	Embalagem	AC	AL	AP	AM	BA	CE	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA	PB	PR	
17-02-2020	DOWNTOWN	BLACK	Mago	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	
03-06-2016	DOWNTOWN	SLIMS	Mago	5,00	5,00	5,00	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	
22-01-2021	GIFT	BOX	Rígida	5,25	5,50	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,25	5,00	5,00	5,50	5,00	
03-06-2016	GIFT	KS	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2016	GIFT	KS	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	
03-06-2016	GIFT	RED	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2016	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	
03-06-2016	NEWS	KS	Mago	5,00	5,00	5,00	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	Ks	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	
03-06-2016	NEWS	RED	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2016	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	
03-06-2016	OFF	ks	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2016	OFF	ks	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	
03-06-2016	OFF	RED	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	
03-06-2016	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	
03-06-2016	OUTBACK	MINUS	Mago	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00	

Do explanado consumiu-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 traslado 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”, averiguo 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 aventado 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 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.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 203 a 215) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicia dizendo que no dia 18/09/2020, a recorrente emitiu Nota Fiscal de nº 2705, devidamente autorizada pelas Secretarias de Fazenda dos Estados do Rio de Janeiro e Ceará, referente à transferências de seu produto acabado de sua filial localizada no Rio de Janeiro, para a sua filial localizada na cidade de Crato, no Estado do Ceará (comércio atacadista), para posteriormente efetuar a venda a seus clientes e que é relevante observar que a incidência de ICMS em operações de transferências é expressamente proibida pelos precedentes qualificados, sejam eles Súmula nº 166, do STJ e Tema 1099 do STF.

Adiante, no dia 19/09/2020, durante o transporte da mercadoria, no Estado do Espírito Santo, a Secretaria de Fazenda ao fiscalizar a carga, emitiu Auto de Depósito (nº 188382-7), referente as mercadorias da Nota Fiscal nº 2705, nomeando o motorista da recorrente (Sr. José Feliciano Fernandes de Lacerda), como depositário, tornando-se assim o responsável pelas referidas mercadorias, sendo liberado para prosseguir para o destino (CEARÁ). Ao entrar neste Estado da Bahia, a que não faz parte do destino – Ceará, o motorista da recorrente se apresentou na fiscalização da SEFAZ com toda documentação da mercadoria transportada, quais sejam, a Nota Fiscal nº 2705 e o Auto de Depósito nº 188382-7, ou seja, documentos aptos para atestarem a regularidade da carga.

Mesmo diante das informações prestadas pelo motorista da recorrente, fiscais da SEFAZ-BA, em total desprezo dos esclarecimentos prestados pelo motorista, determinaram a retenção da carga para a conferência e ressalta que a recorrente esclareceu aos servidores da SEFAZ-BA que as mercadorias retidas se destinavam a filial da empresa no Estado do Ceará, estando a mesma regularizada naquele Estado de destino, tanto que a Nota Fiscal foi validade pelas Secretarias de Fazenda. Diferente do que tenta crer na leitura do Auto de Infração, as referidas mercadorias objeto da fiscalização tinha destinatário devidamente identificado no respectivo DANFE, e já tinham sido fiscalizadas pelo Estado do Espírito Santo.

Cumpra esclarecer que a Empresa recorrente somente 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, razão que se fez necessário a confecção de Nota Fiscal nº 000.000.926. Mesmo diante de toda esta narrativa, a Autoridade Fiscal emitiu o Processo supracitado, com os respectivos DAE nos valores a que achava devido, bem como reteve suas mercadorias, condicionando o pagamento do suposto imposto, que sequer iria ter como destinatário o Estado da Bahia.

Tal medida foi revertida somente em liminar concedida em Mandado de Segurança (8000956-33.2020.8.05.0172), que deu razão a recorrente fazendo-se prevalecer o respeito aos seus direitos constitucionais, ao determinar a imediata liberação das respectivas mercadorias em 08/10/2020. Em outras palavras, não há que se falar em mercadoria sem documentação fiscal.

Nas razões recursais, diz que os julgadores de primeira instância, não observou que a luz do caso concreto, 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, ou seja, 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 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, 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.

Como se depreende da leitura do Auto de Infração, o motorista da Recorrente se apresentou a fiscalização da SEFAZ-BA com toda a documentação da mercadoria transportada, e, ainda que lícita, foi verificada por esta Autoridade Fiscal, entretanto, insta destacar que naquele momento a carga ainda estava sob o domínio e titularidade da RECORRENTE. No caso em tela, houve, tão somente, uma falha da Recorrente em não emitir documento fiscal nas quantidades corretamente transportadas, o que não caracteriza fato gerador do ICMS, por ausência de circulação jurídica.

Destaca-se 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 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 ato de mercancia”*.

Ademais, necessário pormenorizar que o presente Auto de infração foi emitido devido à ausência de uma nota fiscal, ou sendo esta considerada inidônea. O que caracteriza descumprimento a obrigação acessória, conforme art. 113 do Código Tributário Nacional. Em que pese a obrigação acessória, cumpre esclarecer que também é conhecida como dever instrumental, tendo por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º do CTN).

Nesse contexto, a obrigação acessória é geralmente direcionada ao contribuinte, com o propósito de apoiar as atividades fiscais. Razão que, caso a obrigação acessória não seja cumprida, isso pode resultar em uma penalidade pecuniária (multa), não tendo o condão de automaticamente converter-se em obrigação principal. Desta forma, considerando que a Nota Fiscal (obrigação acessória) da Recorrente realmente seja inidônea, o que se confirmará após o trânsito em julgado administrativo, o efeito desta declaração será a imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, tão somente.

A Recorrente está fazendo todos os esforços possíveis para evitar que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia imponha uma cobrança excessiva no valor de R\$ 1.620.000,00 (um milhão e seiscentos e vinte mil reais) referente a ICMS e multas, sob uma abordagem excessivamente voltada para a arrecadação. Isso se deve ao fato de que o caso em questão se resume estritamente ao não cumprimento de uma obrigação acessória. É importante esclarecer que essa obrigação acessória foi devidamente resolvida com a emissão da Nota Fiscal de retorno, conforme mencionado no presente recurso. Além disso, vale destacar que a obrigação principal é inexistente, visto que se trata de uma operação de simples circulação física, sem qualquer possibilidade de ser sujeita à tributação.

Por tais razões, 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.

Ainda que em sede de Impugnação tenha a empresa Recorrente se manifestado sobre multa exacerbada, silente permaneceu a 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF em relação a este tópico na decisão recorrida, razão que vem, novamente demonstrar a impossibilidade da excessiva multa aplicada.

Entendendo que as questões que envolvem a presente autuação, dizem respeito a mero erro material por parte da contribuinte, não é cabível qualquer imposição punitiva (MULTA), em

completo descompasso com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo o CARATER CONFISCATÓRIO, vedado inclusive pela Constituição da República.

Destaca-se que a multa imposta não respeita o princípio da proporcionalidade (que em inúmeras oportunidades é tratado como princípio contido no âmbito da razoabilidade).

Sendo assim, ressoa nítida a importância do referido princípio atualmente visando amparar à proteção dos direitos do cidadão em face de eventual arbítrio do Poder do Estado, merecendo destaque à previsão infraconstitucional expressa e a interpretação evolutiva e ampliativa que vem sendo dada por nossos pretórios. Portanto, 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.

Por fim, fala do excesso da exação, e sugere que este Fisco oriente melhor seus auditores fiscais, ainda a favor do Recorrente, a melhor doutrina assim assevera a respeito do excesso de exação e cita o Art. 316, § 1º do Código Penal que estabelece “*se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza*”, resta caracterizado o crime de excesso de exação, para o qual comina a pena de reclusão de três a oito anos, e multa. Assim, na atividade de cobrança do tributo, a autoridade administrativa e seus agentes.

Além de vinculados à legalidade, estão sujeitos a sanções penais. Na prática, essa disposição legal é inoperante. Não obstante a voracidade do fisco, cada dia maior, a opinião pública parece que ainda considera os agentes do fisco como pessoas cumpridoras das leis, o que infelizmente não corresponde à realidade. (...) O contribuinte, a seu turno, geralmente não se dispõe ao comunicar ao Ministério Público, ou ao Judiciário, os cometimentos delituosos dos agentes do fisco. Teme represálias, tenha ou não fatos que pretenda manter fora do conhecimento do fisco.

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.

Alega 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.

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.

É pacífico e uníssono 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.

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 insubsistente ou assim improcedente, tonando-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.

É o relatório!

VOTO

Conforme já relatado, o Recurso Voluntário foi interposto em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0088-05/23-VD, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado no trânsito em 29/09/2020 que exige o valor histórico de R\$ 810.000,00, pelo transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Em seu Recurso Voluntário, diz a Recorrente que o motorista se apresentou a fiscalização da SEFAZ-BA com toda a documentação da mercadoria transportada, e, ainda que lícita, foi verificada por esta Autoridade Fiscal, entretanto, naquele momento a carga ainda estava sob o domínio e titularidade da RECORRENTE. No caso em tela, houve, tão somente, uma falha da Recorrente em não emitir documento fiscal nas quantidades corretamente transportadas, o que não caracteriza fato gerador do ICMS, por ausência de circulação jurídica.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal ratificou a posição firmada pelo STJ na Súmula nº 166 e TEMA 259, além de sua jurisprudência, quando no julgamento do ARE 1255885 em 15/08/2020, reconheceu a REPERCUSSÃO GERAL e reafirmou jurisprudência, através do TEMA 1099, confirmando que a transferência de um para outro estabelecimento do mesmo titular não configura fato gerador do ICMS, destacando 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 ato de mercancia”*.

Na descrição dos fatos o autuante diz 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 (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 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”*.

É importante observar que a legislação de regência, determina os procedimentos que devem ser adotados na circulação de mercadorias, desde a origem até o seu destino, através de documentos fiscais, conforme dispõe o Capítulo II – Dos Documentos Fiscais do RICMS/BA -2012, as quais não cumpridas, sujeita o contribuinte às penalidades impostas na legislação pertinente.

De acordo com o art. 34, incisos VI-A, XII e XIV-B da Lei de nº 7.014/96, no caso de transporte de cargas, 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 conforme abaixo transcrito.

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;

A fim de acobertar o transporte das mercadorias, os Arts. 82 e 83 prevê que o documento hábil é

Nota Fiscal da mercadoria (Nota Fiscal Eletrônica - NF-e) de emissão eletrônica e sempre acompanhada do Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE, de uso obrigatório para se acompanhar o trânsito das mercadorias nos termos do art. 90 do RICMS/BA.

Conforme se observa da autuação na ação fiscal verificou-se que o veículo continha mercadorias desacompanhadas do documento fiscal visto que documento emitido não contemplava todas as mercadorias por ele transportadas, alcançando-se à infração tipificada de transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

O cerne da questão não é a incidência ou não do ICMS na operação de transferência, e sim, a falta de documento fiscal para acompanhar as mercadorias o que resulta inclusive na dúvida sobre quem deveria ser o eventual recebedor das mercadorias.

No que tange a alegação de confisco ou de violação à proporcionalidade e à razoabilidade, não compete a este órgão julgador apreciar a inconstitucionalidade ou redução de penalidade pecuniária nos termos do artigo 167 do RPAF. Da mesma forma, não compete a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232254.0226/20-4, lavrado contra **QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 810.000,00**, acrescido da multa de 100%, prevista pelo Art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS