

A. I. N° - 128984.0892/23-3
AUTUADO - QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA.
AUTUANTE - RUI ALVES AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.11.2024

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0238-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO DE VENDA DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. A justificativa de que *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*, é absolutamente irrelevante, pois o fato gerador do ICMS não depende da emissão da nota fiscal, mas da simples circulação física. O fato gerador do ICMS nos termos do art. 116 do CTN, ocorre quando, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifica as circunstâncias materiais necessárias a que produz os efeitos que normalmente lhe são próprios ou em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O lançamento de ICMS, mediante auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias, foi efetuado em 08.06.2023, no valor histórico de R\$ 937.500,00, acrescido de multa de 100%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – Transporte ou operação de mercadorias sem documentação fiscal.

Descrição dos fatos: Aquisição de mercadorias procedentes de outra unidade federada para comercialização, desacompanhadas de documentação fiscal, que não efetuou o recolhimento do ICMS devido antes do ingresso das mercadorias neste Estado, conforme constante no TAO 23201.1095/23-8.

Na impugnação (fls. 30/43), o autuado pede inicialmente a nulidade do lançamento. Que a alegação de mercadoria sem documento fiscal não deve proceder pois na emissão do DANFE, o departamento fiscal da impugnante cometeu mero erro material no momento da emissão da nota fiscal das mercadorias transportadas.

Que após as verificações iniciais por parte da SEFAZ, que identificou o equívoco, a empresa se prontificou a emitir novo DANFE, regularizando a operação, o que não foi permitido pela fiscalização estadual.

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

Alega que a circulação e transferência de mercadorias devem ser necessariamente jurídica, ou seja, motivada por negócio jurídico da compra e venda perfectibilizada pela mudança de titularidade de domínio. Que a incidência sobre a circulação física não deve prevalecer sobre direitos e garantias asseguradas pela CF. 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.

Traz a súmula 166 do STJ – NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE e também o tema 259 quando do julgamento do ARE 1255885 em 15.08.2020 que reconheceu a repercussão geral e reafirmou a jurisprudência do tema 1099, confirmando que a transferência para outro estabelecimento do mesmo titular, não configura fato gerador do ICMS. Por tal razão, clama pela improcedência do lançamento.

DA MULTA APLICADA

Que não é cabível a multa aplicada pelo caráter confiscatório, vedado pela CF. Que a multa de 100% deve ser revista no julgamento e reduzida com base no princípio da proporcionalidade e razoabilidade e pelo evidente valor confiscatório.

DO EXCESSO DE EXAÇÃO

Que a autoridade fiscal não pode ao arripio da lei, criar hipóteses que configurem infração fiscal por força de mera e teratológica interpretação. O auto está eivado de ilegalidade, para que se aperfeiçoe a alegação autuante em irrefutável e segura infração fiscal.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer seja julgada a autuação fiscal inválida, nula ou insubsistente ou assim improcedente, tornando sem efeito as exigências fiscais bem assim a multa pretendida, determinando o cancelamento do referido crédito tributário e o arquivamento e baixa nos registros deste fisco.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 59, e reafirma que a empresa estava transportando mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e que a multa aplicada está de acordo com a legislação vigente. Pede pela procedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de lançamento em posto fiscal, decorrente de mercadorias desacompanhadas da respectiva documentação. Tal acusação está acompanhada de um termo de ocorrência à fl. 5, com assinatura do motorista do veículo transportador, em que consta que o DANFE 561 emitido em 06.06.2023 acoberta 50 cxs de cigarros, ou seja, 500 milheiros (1 cx contém 50 pacotes, e cada pacote contém 10 maços de 20 cigarros).

Cópia do DANFE está anexado à fl. 7, como remetente a QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMERCIAL DE CIGARROS, em Duque de Caxias, RJ, com destino a KMG DOS SANTOS CIGARROS, em Abreu Lima, PE, com as supracitadas 50 cxs de cigarros.

O ICMS destacado é de R\$ 75.000,00 (normal) e o ST de R\$ 125.000,00. Há também um segundo termo de ocorrência às fls. 12/13 encaminhado à autoridade policial tendo em vista o indício de possível prática de crime, para instauração do devido processo investigatório.

Por fim, um termo de apreensão, fls. 14/15, em que se relata a contagem de 1300 cx de cigarros, sendo que apenas 50 estão acobertadas pelo DANFE 561. A própria empresa autuada está como depositária fiel dos bens apreendidos, cujo termo foi devidamente assinado pelo representante legal do contribuinte.

Alega-se inicialmente que há nulidade no lançamento, pelo fato de ter havido cometimento de erro na emissão do DANFE, que identificou o equívoco, a empresa se prontificou a emitir novo DANFE, regularizando a operação, o que não foi permitido pela fiscalização estadual.

Registro que não foi anexado ao processo qualquer documento que pudesse efetivamente regularizar a documentação. Porém, ainda que o fizesse, a ulterior apresentação de documentação fiscal (no trânsito de mercadorias), não possui o atributo necessário para elidir o lançamento, pois se assim o fosse, o contribuinte estaria livre para tentar burlar a fiscalização e sempre que flagrado, bastaria então fazer a emissão do documento fiscal e quando a empresa alega que se prontificou a emitir novo DANFE, regularizando a operação, o que não foi permitido pela fiscalização estadual, agiu corretamente a autoridade fiscal, pois em nada modificaria o curso do lançamento.

Assim, denego o pedido de nulidade.

Em razões de mérito, alega que a circulação e transferência de mercadorias deve ser necessariamente jurídica, ou seja, motivada por negócio jurídico da compra e venda perfectibilizada pela mudança de titularidade de domínio. No caso em tela, alega que houve tão somente uma falha da impugnante em não emitir documento fiscal nas quantidades corretamente transportadas o que não caracteriza fato gerador do ICMS, por ausência de circulação jurídica.

Traz a súmula 166 do STJ – NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTODO MESMO CONTRIBUINTE.

Vejamos, o documento fiscal emitido pela autuada no Rio de Janeiro com destino a KMG DOS SANTOS em Pernambuco, não traz comprovação alguma de que se trata de transferência. A natureza da operação no DANFE que acompanhava as mercadorias é VENDA DE MERCADORIAS RECEBIDAS DE TERCEIROS e não transferências, e por fim, o contrato social apresentado, lista as filiais, e nenhuma é o destinatário (fl. 50).

Contudo, devo deixar claro que ainda que fosse demonstrada a transferência, o fato de não haver documento fiscal que a acoberte, não elide a infração sob o manto de não incidência em transferência, ainda mais quando está se tratando de substituição tributária, que é devida mesmo em caso de transferências interestaduais.

A justificativa de que *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*, é absolutamente irrelevante, pois o fato gerador do ICMS não depende da emissão da nota fiscal, mas da simples circulação física.

O fato gerador do ICMS nos termos do art. 116 do CTN, ocorre quando, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifica as circunstâncias materiais necessárias a que produz os efeitos que normalmente lhe são próprios ou em se tratando de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída.

Se a tese do impugnante fosse aceita, todos os contribuintes poderiam transitar com mercadorias sem documento fiscal e alegar que não há fato gerador pela ausência da circulação jurídica, o que se constituiria num evidente *nonsense*.

Quanto ao excesso de exação, ficou demonstrado que o autuante agiu estritamente dentro do seu dever legal, e no que diz respeito à exorbitância da multa, este Conselho de Fazenda não tem competência para apreciar eventual inconstitucionalidade de lei ordinária estadual e nem mesmo pode reduzir a multa, conforme o pedido.

Face ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **128984.0892/23-3**, lavrado contra **QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COM. DE CIGARROS IMP. E EXP. LTDA**, devendo ser

intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 937.500,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR

