

PROCESSO	- A. I. N° 128984.0892/23-3
RECORRENTE	- QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF n° 0238-05/24-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT SUL / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 20/05/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0147-12/25-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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 das mercadorias. A autuação é totalmente legítima por estar amparada no artigo 6º, incisos III, “d” e IV da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Procedência da autuação. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela Autuada em razão do Acórdão 5ª JJF N° 0238-05/24-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafe, lavrado em 08/06/2023, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 937.500,00, acrescido de multa de 100%, decorrente da seguinte infração (data do fato gerador: 08/06/2023):

Infração 01 – 051.001.00 1- 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.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 01/10/2024 (fls. 62 a 65) e decidiu pela Procedência, por unanimidade, do Auto de Infração, nos seguintes termos:

“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 ESTABELECIMENTO 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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, às fls. 77 a 88, ventilando, em síntese, os seguintes argumentos:

1. Inexistência de circulação jurídica das mercadorias, pois a operação consistiria em mero deslocamento físico entre estabelecimentos do mesmo titular, não havendo transferência de titularidade que caracterize fato gerador do ICMS, nos termos do art. 155, II da Constituição Federal;
2. Aplicação da Súmula 166 do STJ e do entendimento firmado pelo STF (Tema 1099), que reconhecem a inexistência de fato gerador do ICMS em transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que localizados em entes federativos distintos;
3. Inexistência de má-fé e presunção de boa-fé do contribuinte, conforme os princípios da legalidade e da liberdade econômica (Lei nº 13.874/19), afirmando que o erro decorreu de falha no sistema e desatenção de funcionário do setor de expedição;
4. Caráter confiscatório da multa imposta, de 100% do valor do suposto tributo devido, em violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação ao confisco, previstos na Constituição Federal;
5. Excesso de exação, com referência ao art. 316, § 1º do Código Penal. Alega que a exigência de tributo sem respaldo na legislação infringe limites da atuação administrativa.

Ao final, requereu a declaração de nulidade ou improcedência do Auto de Infração, com o consequente cancelamento do crédito tributário constituído, arquivamento do feito e baixa nos registros fiscais.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto com amparo no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/BA, em face do Acórdão de nº 0238-05/24-VD, proferido pela 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em exame.

Consoante já narrado, cuida-se de Auto de Infração lavrado em razão de transporte de mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal, constatado em fiscalização de trânsito e, com isso, sem o recolhimento do ICMS devido antes do ingresso da mercadoria nesse Estado, conforme descrito no TAO 232201.1095/23-8.

Em suma, defende o contribuinte que a cobrança é indevida pois inexistiu, no presente caso, circulação jurídica das mercadorias, pois a operação consistiu em mero deslocamento físico entre estabelecimentos do mesmo titular, não havendo transferência de titularidade que caracterize fato gerador do ICMS, nos termos do art. 155, II da Constituição Federal. Diante disso, pugna pela aplicação da Súmula nº 166 do STJ e do entendimento firmado pelo STF (Tema 1099), que reconhecem a inexistência de fato gerador do ICMS em transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, ainda que localizados em entes federativos distintos.

No que diz respeito a esse argumento, destaco que as mercadorias (caixas de cigarros), abaixo discriminadas, estavam sendo transportadas pela própria Autuada quando, em 07 de julho de 2023, foi objeto de operação de fiscalização próximo do Posto Fiscal Benito Gama.

DESCRIPÇÃO	NCM/SH	CST	CFOP	UNID	QUANT
GIFT BOX VL FCPST - 25.000,00 500,00 VL	24022000	10	6403	cx	240
GIFT BOX VL FCPST - 5.000,00 100,00 VL	24022000	10	6403	cx	240
GIFT VL FCPST - 20.000,00 400,00 VL	24022000	10	6403	cx	240
GIFT VL FCPST - 50.000,00 1.000,00 VL	24022000	10	6403	cx	240
GIFT VL FCPST - 20.000,00 400,00 VL	24022000	10	6403	cx	240
RECORD BOX FCTST -2.500,00 50,00 VL	24022000	10	6403	cx	50
RECORD BOX FCTST -2.500,00 50,00 VL	24022000	10	6403	cx	50
TOTAL					1300

Conforme descrito no Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 05), nessa oportunidade, o motorista do veículo apresentou o DANFE nº 561 (fl. 07), de 06/06/2023, emitido pela Autuada, sediada em Duque de Caxias – RJ, tendo como destinatária a empresa KMG DOS SANTOS CIGARROS, estabelecida em Abreu e Lima – PE. Esse documento acobertava apenas 50 caixas de cigarro, de maneira que restou constatada a existência de 1.250 caixas sem documentação fiscal que lhe desse amparo (Termo de Conferência de Veículo de fl. 9 e Termo de Ocorrência Fiscal de fls. 12 e 13).

As mercadorias, desacobertas de documentação fiscal, foram apreendidas (fls. 14 e 15) e liberadas em 15/06/2023 (fl. 24), constando nos autos o DANFE nº 588 (fl. 25), emitido pela Autuada para amparar a entrada das 1250 caixas de cigarro em seu estabelecimento.

Assim, resta claro que a cobrança é totalmente legítima por estar amparada no artigo 6º, incisos III, “d” e IV da Lei nº 7.014/96.

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;

Assim, ainda que se tratasse de operações de transferências entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, pelo fato de não estarem lastreadas pela documentação fiscal que as acobertam, esse fato, por força do quanto previsto na legislação, não teria o condão de tornar insubstancial a cobrança. Além disso, o documento fiscal, que acobertou parte das mercadorias, advoga contra essa tese, na medida em que emitido tendo como destinatária a empresa KMG DOS SANTOS CIGARROS, que não é filial da Autuada (fls. 49 a 52), e que possui como CFOP o de nº 6.403 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao

regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto).

Em seu recurso, a Autuada incorre em contradição quando defende que, houve “*tão somente uma falha da Quality in Tabacos em não emitir o documento fiscal nas quantidades corretamente transportadas, o que não caracteriza fato gerador do ICMS por ausência de circulação jurídica*”.

Se houve apenas um erro de quantidade quando da emissão do DANFE 561 é certo que, ao contrário do quanto ela mesma defende, em verdade, não teria havido operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de sua titularidade.

Para além da contradição existente em suas razões recursais, a Autuada não trouxe qualquer elemento capaz de demonstrar a sua boa-fé e a veracidade de suas alegações.

Ademais, os §§ 3º e 6º, do artigo 40 da Lei nº 7.014/96 preveem, respectivamente, que “*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*” e que “*o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal*”. Somado a isso, a cláusula décima quarta-A, inciso I do AJUSTE SINIEF 7/05 não permite que erros relacionados às variáveis que determinam o valor do imposto, tais como base de cálculo, alíquota, diferença de preço, **quantidade**, valor da operação ou da prestação, sejam corrigidos através de Carta de Correção.

Assim, resta claro que a cobrança em questão possui respaldo na legislação estadual que rege a matéria, não havendo que se falar na ocorrência de excesso de exação.

Importante destacar que não compete a este CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, por força do impedimento contido no artigo 167, I e III do RPAF/BA-99.

Por esse motivo, não se inclui na competência desse órgão julgador a redução ou o cancelamento da multa aplicada, que possui previsão no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, sob o argumento de que seria confiscatória.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 128984.0892/23-3, lavrado contra **QUALITY IN TABACOS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CIGARROS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 937.500,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

CAMILA MAGNAVITA DA FONSECA CAMARGO – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS