

A. I. Nº - 298962.0003/12-0
AUTUADO - TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM S.A
AUTUANTE - EGIDIO SILVA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 24.10.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0243-04/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FIEL DEPOSITÁRIO. DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE ACORDO PREVISTO NA PORTARIA Nº 041/2011. Mercadorias entregues aos destinatários sem a comprovação do ICMS antecipado. Rejeitadas as preliminares de nulidade, e de decadência com relação ao exercício de 2007. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2012, exige ICMS no valor de R\$7.439,04, através da seguinte infração: *“O transportador efetuou entrega de mercadoria a destinatário, sem a comprovação do imposto devido, figurando ele, na condição de Fiel Depositário. Não fora cumprido os Termos de Fiel Depositário –TFD por ela firmado em sendo assim ela é solidária, conforme legislação, a repor aos cofres públicos pelo não atendimento do compromisso.Multa de 60%;*

Consta na descrição dos fatos que a transportadora deixou de cumprir o Termo de Acordo onde ela assume a condição de fiel depositária e entregou a diversos destinatários as mercadorias sobre as quais incidiam tributos na condição de Antecipação ou Substituição Tributária, sujeitando assim à responsabilidade de recolher os tributos devidos por solidariedade nos termos do Art. 6º, inciso III, alínea “e” da Lei 7.014/96 conforme documentação e demonstrativos anexos a esse procedimento.

O autuado ingressa com defesa, fls. 31 a 39, na qual aduz que o lançamento ora impugnado foi realizado sob o fundamento da impugnante ter deixado *“de cumprir o Termo de acordo onde ela assume a condição de Fiel Depositária”* e, supostamente, ter entregue a diversos destinatários as mercadorias sobre as quais incidiriam tributos na condição de Antecipação ou Substituição Tributária, sujeitando-se, assim, à responsabilidade de recolher os tributos devidos por solidariedade.

Assevera que, conforme adiante restará demonstrado, a presente cobrança não pode prosperar já que o auto de infração é nulo, pois não foram disponibilizados os documentos demonstrando que, de fato, em relação a todas as operações apontadas no auto de infração não houve recolhimento do ICMS por parte do contribuinte e o valor do crédito cobrado é inferior ao mínimo estabelecido pelo artigo 38 do Decreto do Estado da Bahia 7.629/99.

Clama que seja decretada a decadência de parte dos valores cobrados pois se referem a fatos geradores ocorridos há mais de 5 (cinco) anos e que, portanto, já não mais poderiam ser lançados por terem sido fulminados pela decadência. O ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por *homologação*. Nesse sentido, observe-se o artigo 150, §§ 1º e 4º, do CTN:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (negrito e sublinhado nossos)

Logo, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial, de cinco (05) anos, tem início a partir da data da ocorrência do fato gerador. Respeitando esse termo inicial, a autoridade tributária tem cinco (05) anos para promover a homologação expressa ou, caso entenda necessário, efetuar o lançamento de ofício com vistas a exigir eventual complemento.

Traz a doutrina além da informação de que a matéria em questão já foi pacificada pela **Primeira Seção** do E. Superior Tribunal de Justiça – STJ. Ficou definido que, quando houvesse algum pagamento, o prazo decadencial seria contado a partir da ocorrência do fato gerador (artigo 150, §§ 1º e 4º, do CTN), ao passo que, não havendo pagamento, seria contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador (artigo 173, I, do CTN).

Conclui no sentido de que os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 estariam fulminados pela decadência, posto que o Fisco, por sua vez, permaneceu inerte até o dia 14 de janeiro de 2013, não tendo se manifestado, portanto, quanto a regularidade ou insuficiência dos débitos consignados na aludida declaração. E isso, como se sabe, implica em homologação tácita das declarações e lançamentos do contribuinte.

Outrossim, a constituição de crédito tributário pressupõe o exato delineamento de todos os aspectos e critérios que demonstram e fundamentam a cobrança do tributo, sendo que o vício em qualquer deles implica na nulidade de toda a cobrança. Nesse caso, são evidentes as máculas no ato de constituição dos supostos créditos, bem como quanto ao seu “critério temporal”.

No mérito, aponta que nos documentos que fazem parte do dossiê que compõe o auto de infração, não é possível verificar se, de fato, não houve recolhimento do tributo, bem como se os efetivos contribuintes não possuem créditos junto a Fazenda do Estado da Bahia os quais, evidentemente, deveriam ser compensados, previamente, à eventual constrição do patrimônio de terceiros. Desta forma, resta claro que o ato, ora impugnado (auto de infração), foi lavrado com manifesta preterição do direito de defesa, já que somente o acesso a tais documentos/informações permitiria a impugnante verificar se, de fato, ela (na condição de responsável tributária) deve suportar o pagamento desses tributos. E, dado isso, o auto de infração deve ser declarado nulo.

Ademais, deve-se consignar que, conforme prescreve o artigo 38 do RPAF/99, “o Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil reais)”. E, no presente caso, o total do auto de infração é de R\$7.439,04 (sete mil quatrocentos e trinta e nove reais e quatro centavos).

Requer o reconhecimento da nulidade do presente auto de infração e (b) o reconhecimento da decadência do direito do Fisco de proceder ao lançamento de ofício em relação a fatos geradores ocorridos do período de janeiro a dezembro de 2007.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 75/77, aduz que não procede o argumento de que deveria ter sido lavrado notificação fiscal e não Auto de Infração, posto que a defendente não atentou ao fato de que não é o valor histórico que delimita o procedimento de lançamento, mas o montante do crédito tributário, o que inclui multa, acréscimos moratórios, e correção monetária (se houver).

Quanto á temporalidade, os fatos ocorreram em 2007 e foram reclamados no final de 2012, logo ainda não atingidos pela decadência.

Esclarece que o sistema automatizado da SEFAZ/Ba, emite ao fisco os relatórios de todos os TFDs registrados e quando acessados, demonstram os que estão em aberto, vez que, ao informar o pagamento aos bancos recebedores, esta informação é automaticamente absorvida pelo programa que alimenta as informações para fazer a compensação ou contrapartida. Os que não foram baixados, estão em aberto ou em débito, não foram quitados.

Não há qualquer manifesta preterição ao direito de defesa, vez que os relatórios analíticos de TFD (fls. 06 a 11), estão amplamente claros com todas as informações necessárias à compreensão e detalhes pormenorizados dos fatos que foram colhidos dos TFDs, estes estão com o defendente e devidamente assinados por seus prepostos.

Esclarece que ao solicitar e assinar o TERMO DE ACORDO, a empresa se declarou apta a cumprir os artigos ali transcritos e a intenção de levar isso à risca no cumprimento da lei. O Procedimento Administrativo Fiscal nº 14201420044 de 05/08/2004, (pg. 65), com base na Portaria 249 de 19/05/2004, alterada pela Port. 429 de 14/09/2004, ratificado pelo PARECER FINAL (pg. 66) em 17/08/2004, exarados pelo Estado para consolidar o credenciamento pedido pela transportadora, onde ela sabia e tinha consciência das responsabilidades a cumprir, dos deveres que tinha gerado esse acordo firmado.

Ressalta que o Estado reclamou o crédito em 2012, dentro do prazo, e se a autuada acha que o prazo é o que ela tomou ciência, 2013, há um ledor engano. O procedimento demorou chegar às suas mãos em virtude de não se encontrar alguém responsável pela empresa, no estabelecimento específico para receber o preposto do fisco que, lá estivera e encontrou tudo fechado. O recurso fora enviado via AR (Correios – pgs. 23 a 28).

Aduz que defesa tem caráter protelatório. Discute o óbvio haja vista que não cumpriu com as suas obrigações no acordo firmado com o Estado da Bahia quando se tornou FIEL DEPOSITÁRIA e entregou as mercadorias de forma irregular para os contribuintes devedores relacionados nos Termos de Fiel Depositário (TFD), com o fito de receber pela prestação dos seus serviços (frete), dando a mínima importância às obrigações assumidas relativas a sua solidariedade.

Na qualidade de fiel depositário, tem a obrigação de guardar os bens que lhe são confiados pelo poder público e quaisquer danos ou desaparecimentos desses bens, responde pela reposição dos mesmos, reafirmando ser a empresa transportadora, neste caso solidária responsável da obrigação.

Opina pela procedência da autuação.

O autuado anexa cópia da defesa em CD, com texto editável (Word).

VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a decadência do direito de cobrança dos tributos, cujo fatos geradores ocorreram no exercício de 2007, tendo em vista que foi cientificado da lavratura do Auto de Infração em 14/01/2013, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 26/12/2012 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

...

§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo,

fraude ou simulação.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2007, só seriam desconstituídos pela ocorrência do instituto da decadência, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2013, o que não foi o caso.

Ultrapassada a preliminar de mérito de decadência, analiso o lançamento tributário no aspecto de sua validade, posto que o sujeito passivo argumenta a sua nulidade em decorrência de dois aspectos: 1) não foram disponibilizados os documentos demonstrando que de fato, em relação a todas as operações apontadas no AI, não houve o recolhimento do ICMS por parte do contribuinte, 2) que o valor do crédito cobrado é inferior ao mínimo estabelecido pelo art. 38 do RPAF/99.

Constato que o sujeito passivo recebeu cópia do DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO ICMS POR ANTECIPAÇÃO/SUBSTITUIÇÃO, CONF. RELATÓRIO ANALÍTICO DE TFD, de fls. 12 a 16, conforme a intimação de fl. 21 do PAF, e fl. 53, esta última apresentada juntamente com a peça de defesa.

Quanto ao valor exigido mediante Auto de Infração, e não notificação fiscal, consoante o art. 38 do RPAF/99, o Auto de Infração será lavrado para exigência de **crédito tributário** de valor igual ou superior a R\$10.000,00 (dez mil reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória. O crédito tributário compreende o valor histórico do ICMS, mais as multas e os acréscimos tributários. Portanto correto o instrumento utilizado pelo autuante para exigi-lo, qual seja o Auto de Infração.

Assim, rejeito as preliminares de nulidade trazidas na defesa, posto que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99, e não há fundamento para a decretação de sua nulidade, ou seja para a aplicação do art. 18 do RPAF/99, nenhum prejuízo resultou para o contribuinte a sua lavratura na forma efetuada pelo auditor fiscal.

No mérito, a transportadora credenciado pelo Estado, mediante Termo de Acordo firmado com a Secretaria da Fazenda, pode transitar com as mercadorias sem o comprovante do pagamento do ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada no território deste Estado, responsabilizando-se na condição de fiel depositária, mediante o Termo de Fiel Depositário (TFD), e respondendo solidariamente pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, caso a mercadoria seja entregue sem a comprovação do recolhimento do débito reclamado.

É o que dispõe a Portaria nº 041 de 23 de fevereiro de 2011, publicada no D.O de 24/02/2011, que prevê os procedimentos a serem adotados pela empresas transportadoras no transporte de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, que no art. 1º dispõe: A empresa transportadora regularmente inscrita neste Estado que efetuar transporte de mercadorias, oriundas de outras unidades da Federação, sem comprovante do pagamento de ICMS devido por antecipação tributária antes da entrada no território deste Estado, poderá transitar, desde que, credenciada, assuma a condição de fiel depositário destas mercadorias.

A empresa autuada, já dispunha de Termo de Acordo na data da publicação da Portaria nº 041, na forma prevista na Portaria nº 249, de 19 de maio de 2004. Aliás este ponto não está em discussão no presente Auto, posto que em nenhum momento da defesa, o autor nega o seu credenciamento, nem a sua situação de fiel depositário.

Não obstante a responsabilidade assumida no Termo de Acordo, o sujeito passivo liberou as mercadorias constantes no Relatório Analítico de TFD, fls. 06 a 11 reproduzido no demonstrativo de fls. 12 a 14, sem a apresentação do DAE quitado pelo contribuinte, cujo modelo é disponibilizado pela SEFAZ, contendo código de barras e código de receita 1755.

Assim procedendo assumiu o ônus do pagamento do imposto por antecipação, por responsabilidade solidária, que não comporta benefício de ordem, nos termos da Portaria nº 041 de 2011. Deste modo, a infração fica mantida na sua totalidade, posto que os comprovantes de pagamento do ICMS não foram trazidos pelo defendente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 298962.0003/12-0** lavrado contra **TRANSPORTADORA ITAPEMIRIM S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.439,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2013

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR