

PROCESSO - A. I. Nº 213083.0001/13-0
RECORRENTE - POSITIVA LOGÍSTICA E TRANSPORTE LTDA - ME.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0104-03/15
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 11/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0268-12/15

EMENTA: ICMS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO TRANSPORTADOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido pelo transportador, na qualidade de responsável solidário, o pagamento do ICMS não recolhido por antecipação, na condição de fiel depositário, pela entrega de mercadorias ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária. Excluídos valores pagos pelos adquirentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 22/08/2013, para exigir o crédito tributário no valor de R\$30.351,66, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de “*O transportador efetuou entrega de mercadoria a destinatário, sem a comprovação do pagamento do imposto devido, figurando ele, na condição de Fiel Depositário.*”

Por Decisão unânime o Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$11.925,98, nos termos a seguir:

VOTO

Do exame do processo, constato que a autuante cumpriu as formalidades inerentes ao procedimento fiscal, com termo de intimação para entrega de documentos fiscais à fl. 05, com relatórios analíticos dos termos de fiel depositário - TFD, entre às fls. 14/22, bem como o demonstrativo de cálculo do ICMS lançado às fls. 06/13.

O autuado alegou que pelos seus registros contábeis do ano 2009, não teria condições de identificar os contribuintes emitentes e destinatários das notas fiscais, cujo ICMS não foi recolhido e que é reclamado neste PAF. Afirmou que as informações disponibilizadas nos anexos do auto de infração não lhe possibilitaram a identificação dos verdadeiros sonegadores, alegando cerceamento de seu direito de defesa, além de não reconhecer sua responsabilidade pelo recolhimento dos valores cobrados.

Quanto a responsabilidade do autuado a respeito dos recolhimentos dos valores reclamados neste PAF, constato que a infração está descrita com clareza e concisão, pois reporta-se ao fato de que transportador efetuou entrega de mercadoria a destinatário, sem a comprovação do pagamento do imposto devido, figurando ele, na condição de fiel depositário, estando configurada a infração conforme art. 6º e 32 da Lei nº 7.014/96, sendo o transportador o sujeito passivo da relação tributária por força da solidariedade, conforme art. 6º da supracitada lei, abaixo transcrita:

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:

e) que entregarem ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, quando assumirem a condição de fiel depositário.

§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.

No mérito, trata-se de exigência fiscal referente falta de recolhimento do ICMS decorrente de entrega de

mercadorias realizadas por transportador, que figura na condição de fiel depositário, a destinatário, sem a comprovação do pagamento do imposto, nos meses de setembro de 2009 a dezembro de 2010.

Considerando que de fato, não constava do processo cópias das notas fiscais referidas no Relatório TFD, em busca da verdade material, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, determinou que a Autuante juntasse ao PAF cópias das mencionadas notas fiscais constantes do Relatório TFD fls. 14/22, devendo ser excluídas aquelas que não fossem disponibilizadas ao contribuinte.

Em cumprimento à diligência foram juntados os documentos fiscais das fls. 46 a 114, contendo novo demonstrativo de cálculo (fls. 42 a 45). A autuante explicou que algumas empresas responsáveis pela emissão de notas fiscais constantes do levantamento fiscal encontram-se extintas ou inaptas, o que impossibilitou o cumprimento integral do pedido de diligência.

Ressaltou que várias notas fiscais possuíam o correspondente CTRC (Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas), emitida pela impugnante, notas fiscais estas, que foram carimbadas pela empresa transportadora autuada, comprovando o recebimento das mesmas para realizar o serviço de transporte, portanto não havendo dúvidas quanto a prestação do serviço de transporte realizado e também quanto a sua responsabilidade tributária por solidariedade.

Ao tomar ciência da diligência fiscal o autuado voltou a se manifestar, dessa vez alegando falta de "Termo de Apreensão de Mercadorias" que desse legitimidade a autuação. Afirmou que não existindo mercadoria apreendida, não há ICMS pendente em relação à carga transportada.

Constato que tal argumento não resiste aos fatos em análise e não tem o condão de elidir a acusação fiscal. O autuado de posse do Relatório TFD com as respectivas notas fiscais deveria proceder à apresentação de DAEs pagos para entrega das mercadorias aos respectivos destinatários, conforme determinação legal e termo de Acordo assinado junto à SEFAZ, o que não logrou comprovar.

Da leitura de sua impugnação inicial, vejo que o autuado entendeu perfeitamente a infração que lhe fora imputada, pois requereu cópias das notas fiscais apontadas no relatório TFD para possibilitar sua defesa. Não há que se falar em termo de apreensão de mercadoria, pois não se trata de auto de infração lavrado no trânsito, inexistindo qualquer mercadoria apreendida.

O fato constatado pela fiscalização como irregular é a falta da apresentação dos DAEs de recolhimento do imposto pelas empresas destinatárias das mercadorias entregues pelo autuado, dando cumprimento ao Termo de Acordo que assinou com a SEFAZ, conforme cópia documento fl.36.

Ficou devidamente comprovado que o transportador na qualidade de responsável solidário pelo pagamento do ICMS devido por antecipação, na condição de fiel depositário, entregou mercadorias ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária. Acolho portanto o novo demonstrativo elaborado pela autuante fls. 42/45 e a infração remanesce em R\$11.925,98.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JF, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 153 a 168 dos autos, no qual, através de seu procurador, preliminarmente, arguiu cerceamento do direito de defesa, pois, o prazo para análise do novo relatório não foi suficiente para fazer prova com documentação hábil, a exemplo de pagamento espontâneo ou em valores diferentes pelos emitentes e/ou destinatários. Insurge-se, ainda, sobre os termos utilizados pela autuante, ao acusar, difamar, fazer suposições e tentar mostrar a empresa como uma concorrente desleal, cuja postura transpassou os limites legais e, no entender da recorrente, passou mais uma vez a ter o seu direito de defesa ferido, do que salienta que uma coisa é interpretar de forma errada a legislação e outra é tentar mostrar um erro, um falha, como algo lesivo e desonroso, acarretando psicológico golpe para fragilizar o autuado.

Aduziu que demonstrará que no relatório final, no valor de R\$11.925,98, parte foi pago pelo tomador do serviço de forma espontânea e dentro do período, ou seja, o contribuinte liberou as mercadorias porque foram pagos os tributos, portanto, o levantamento não foi eficiente.

Salienta ser penalizado pelo pagamento do ICMS que cabe ao remetente, mas, que por conta do TFD, por ser responsável solidário, fica mais fácil cobrar do transportador do que aos contribuintes que adquiriram as mercadorias fora do Estado, razão da apresentação do Recurso Voluntário.

Destaca, também, que o processo não foi encaminhado à INFAZ Itabuna para que o contribuinte pudesse analisar as peças e poder colher elementos necessário para o recurso apresentado, prejudicando seu direito de defesa, razão de entender que se faz imprescindível a realização de

novas diligências, a saber: perícia, revisão fiscal e análise de toda a documentação por ele trazida.

Em seguida, o recorrente afirma que localizou dois pagamentos de DAE relativos a notas fiscais constantes do relatório final reconhecido pelo CONSEF, o que, segundo ele, prova que o Auto de Infração foi falho, do que reitera que caberia a autuante o dever, já no início do processo, de verificar os pagamentos e não se pautar somente nas “pendências” apresentadas nos TFD, não se atentando para fato de que os contribuintes já tinham feitos os pagamentos, e que apenas o sistema da SEFAZ não fez o devido reconhecimento, baixando automaticamente o TFD, sob pena de a exigência se basear em presunção fiscal e sem prova concreta da ocorrência do fato gerador.

Assim, relaciona o DAE pago em 14-06-2010 no valor de R\$672,05, referente às NFs 63.687 e 63.688, cobradas no TFD em R\$268,82, e o DAE pago em 23-11-2010 no valor de R\$1.987,58, referente NFs 95.455, 95.456 e 95.336, cobradas no TFD em R\$1.684,43, os quais somados os valores resultam em R\$1.953,25, que deduzido do valor consignado na Decisão recorrida remanesce R\$9.972,73.

Alega, ainda, ser elevada a multa de 60% sobre o imposto, adquirindo caráter confiscatório, como também que a autuante, ao usar termos de desagravo, descrédito e outros, inclusive considerando a autuada como “culpada”, operou como julgadora, cujo pré-julgamento, pelas ofensas e perjúrios, a mesma feriu vários princípios e dispositivos legais, em especial o artigo 18, incisos II e III, do RPAF, razão de requerer a nulidade do Auto de Infração ou, subsidiariamente, seja julgado procedente em parte no valor de R\$9.972,73. Por fim, requer que determine diligência para comprovar os equívocos cometidos, se não acolhida a nulidade ou a improcedência total ou parcial do lançamento de ofício.

VOTO

Inicialmente, em relação ao alegado cerceamento do direito de defesa por ser insuficiente o prazo para análise do novo relatório e para fazer prova com documentação hábil, há de se destacar que o sujeito passivo recebeu cópia do demonstrativo e dos documentos fiscais correspondentes, ínsitos às fls. 42 a 114 dos autos, e teve reaberto o prazo de trinta dias para apresentar sua defesa, como se pode comprovar através da intimação e do Aviso de Recebimento (AR) às fls. 118 e 119, fato este sequer alegado pelo recorrente.

Portanto, inexistente qualquer cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o qual foi exercido devidamente ao se manifestar, às fls. 121 a 123 dos autos, inclusive se referindo aos “...documentos fiscais apresentados pela Autuante...”, quando da reabertura do prazo legal de trinta dias para apresentar sua defesa. Ademais, decorridos 220 dias da sua manifestação, o recorrente anexa, às fls. 173 a 176 dos autos, quando do seu Recurso Voluntário, provas documentais relativas, unicamente, à cinco notas fiscais, de um mesmo cliente, dos quarenta e cinco documentos fiscais objeto da exação fiscal remanescente, o que denota que o prazo não foi exíguo, mas, sim, que não há provas.

Igualmente, não vislumbro ocorrer cerceamento ao direito de defesa o fato de a autuante utilizar termos inadequados sobre suposta conduta do contribuinte, cujo direito, repita-se, o exerceu em sua plenitude.

Melhor sorte também não coube ao recorrente quanto à sua alegação de cerceamento ao direito de defesa por não ter o processo sido encaminhado à INFAZ Itabuna para que pudesse analisar as peças e poder colher elementos necessário para o Recurso Voluntário apresentado, prejudicando seu direito de defesa, do que transcreve o art. 24 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalte-se que tal dispositivo legal não tem pertinência com a suposta obrigação, atribuída pelo recorrente, de que o Processo Administrativo Fiscal (PAF) teria que se encontrar disponibilizado no domicílio fiscal do contribuinte para que o mesmo oferecesse suas razões recursais. Tal regra, ínsita no capítulo “DOS PRAZOS PROCESSUAIS”, prevê a responsabilidade funcional à autoridade fazendária, onde se encontrar o processo, no sentido do cumprimento dos prazos processuais, contudo, não implica na suposta obrigação induzida pelo recorrente, conforme texto a seguir:

Art. 24. A autoridade fazendária do órgão onde se encontrar ou por onde tramitar o processo, sob pena de

responsabilidade funcional, adotar as medidas cabíveis no sentido de que sejam fielmente observados os prazos processuais para interposição de defesa ou recurso, informação fiscal, cumprimento de diligências ou perícias, tramitação e demais providências.

Registre-se que, à época da defesa e da reabertura do prazo de defesa, o PAF encontrava-se disponibilizado ao sujeito passivo no seu domicílio fiscal, nos termos previstos no art. 124 do RPAF, abaixo transcrito. Contudo, quando do Recurso Voluntário, por se tratar de matéria conhecida do recorrente, não há tal previsão legal para disponibilização, consoante se pode constatar da leitura do artigo 171 do RPAF, também abaixo transcrito:

Art. 124. Durante o prazo de defesa, o processo permanecerá na repartição local, onde o sujeito passivo ou seu representante dele poderá ter vista, na forma do art. 11.

Art. 171. O recurso voluntário e o pedido de reconsideração serão apresentados preferencialmente no órgão onde se encontrar o processo, no prazo de 20 (vinte) dias, contado da data da ciência da decisão recorrida.

Sendo assim, diante de tais considerações, rejeito a alegação recursal de cerceamento de defesa e, em consequência, também denego deferimento à pretensão de nulidade do Auto de Infração e/ou do Processo Administrativo Fiscal, pois vislumbro que preenchem todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Indefiro, ainda, o pedido para realização de diligência, perícia e revisão fiscal para análise de toda a documentação trazida pelo recorrente (fl. 159) ou para comprovar os equívocos cometidos (fl. 168), por considerar, nos termos do art. 147 do RPAF, suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, conforme consignado no Acórdão recorrido, a exigência fiscal ao recorrente decorre da responsabilidade solidária do transportador, nos termos previstos no art. 6º, inciso III, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, que entregar ao destinatário sem a comprovação do pagamento do imposto devido por antecipação tributária, considerando tratar-se o autuado de contribuinte cadastrado na SEFAZ/BA na atividade de “Transporte Rodoviário de Cargas” e tendo requerido o Termo de Acordo, em 13/05/2009, assumindo a responsabilidade pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, expressa na Portaria nº 249, de 19/05/2004, mediante assinatura do Termo de Fiel Depositário (TFD), conforme apurado em relação aos meses de setembro de 2009 a dezembro de 2010.

O recorrente aduziu ser penalizado pelo pagamento do ICMS que não lhe cabe, mas, que por conta do TFD, por ser responsável solidário, fica mais fácil cobrar do transportador do que aos contribuintes que adquiriram as mercadorias fora do Estado, razão da apresentação do Recurso Voluntário. Contudo, tal alegação é totalmente desprovida de amparo legal, como já visto, ainda mais quando o próprio autuado requer à SEFAZ Termo de Acordo (fl.36), previsto no art. 2º da Portaria nº 249/2004, o qual o credencia para transitar sem pagamento do imposto devido pelo destinatário, desde que assuma a condição de fiel depositário, mediante assinatura de Termo de Fiel Depositário (TFD), conforme foram relacionados no demonstrativo que fundamenta a acusação fiscal.

Há de se ressaltar ainda que, nos termos do art. 5º da aludida Portaria nº 249/2004, para se eximir da responsabilidade assumida no TFD, quando da entrega da mercadoria, a transportadora deverá comprovar o recolhimento do imposto devido: acessando o endereço eletrônico da SEFAZ, opção: Antecipação Tributária/Módulo de Transportadoras/Termo de Fiel Depositário/Consulta de TFD; ou mediante apresentação do DAE quitado pelo contribuinte, contendo o código de barras, referência ao número do TFD, posto fiscal emitente e código de receita 2183, *devendo arquivar*, para posterior apresentação ao fisco, os relatórios que comprovem o recolhimento do imposto, obtidos no endereço eletrônico da SEFAZ, bem como as cópias dos DAE apresentados pelos contribuintes, conforme o caso. Logo, não justifica a alegação recursal de ser penalizado pelo pagamento do ICMS que não lhe cabe.

Contudo, como objeto do Recurso Voluntário se restringe às alegações recursais e ao valor exarado na Decisão recorrida de R\$11.925,98, tendo o recorrente apresentado valores de ICMS pago pelo tomador do serviço, conforme DAE e quitação às fls. 173 a 176 dos autos, relativos aos DANFE nºs: 63687, 63688, 95455, 95456 e 96336, cujos documentos constam do valor remanescente (fls. 43/44), sendo cobrado R\$268,82 relativo aos dois primeiros, inerentes à 13/06/10, e R\$1.684,43 relativo aos três últimos documentos, inerentes à 18 e 19/11/10, devem tais importâncias serem excluídas do valor consignado na Decisão recorrida, nas respectivas datas, remanescendo o ICMS de R\$9.972,73, conforme ERRATA a seguir:

ERRATA: DEMONSTRATIVO DE DÉBITO (FLS. 143/144)					
Data Ocorr.	Vlr. Julgado (R\$)	Vlr. A Deduzir (R\$)	Vlr. Devido (R\$)	Ref. Nfe nº	Fls. PAF
13/06/2010	477,61	268,82	208,79	63687/63688	43; 173/174
18/11/2010	1.686,23	1.466,43	219,80	95455/95456	44; 175/176
19/11/2010	218,00	218,00	-	96336	44; 175/176
TOTAIS (R\$)	11.925,98	1.953,25	9.972,73		

Quanto à alegação de que a multa de 60% sobre o imposto tem caráter confiscatório, nos termos do art. 167, I, do RPAF, falece competência a este colegiado a declaração de inconstitucionalidade.

Em face ao acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar procedente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$9.972,73.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **213083.0001/13-0**, lavrado contra **POSITIVA LOGÍSTICA E TRANSPORTE LTDA - ME.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.972,73**, 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, 19 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS