

A. I. N° - 213083.0001/13-0
AUTUADO - POSITIVA LOGÍSTICA E TRANSPORTE LTDA.
AUTUANTE - CRISTIANE VIEIRA DE SOUZA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 01/06/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-03/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. 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. Ajustes realizados quando da diligência pela autuante, reduzem o valor inicialmente lançado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/08/2013, exige crédito tributário no valor de R\$30.351,66, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS decorrente de entrega de mercadorias realizadas pelo transportador, que figura na condição de fiel depositário, a destinatário, sem a comprovação do pagamento do imposto (infração 02.14.03), nos meses de setembro de 2009 a dezembro de 2010.

O autuado ingressa com defesa tempestiva fl.27. Diz que ao tomar conhecimento do presente auto de infração, informa que em seus registros contábeis do ano 2009, não tem condições de identificar os contribuintes emitentes e destinatários das notas fiscais, cujo ICMS não foi recolhido e que é reclamado neste PAF.

De igual forma, afirma que as informações disponibilizadas nos anexos do respectivo auto de infração não lhe possibilitam a identificação dos verdadeiros sonegadores, alegando que está sendo vítima de cerceamento de defesa, além de não reconhecer sua responsabilidade pela infração que lhe foi imputada. Pede pela nulidade do auto de infração.

A autuante presta informação fiscal às fls.31/35. Requer aos membros da Junta de Julgamento Fiscal, a procedência do auto de infração em análise, pelos motivos que alinha. Sintetiza os termos da defesa. Informa que a ação fiscal que originou o presente auto de infração foi realizada em razão de o autuado, na condição de transportador, e assumindo a situação de fiel depositário, portanto, responsável tributário por solidariedade, ter entregue mercadorias a contribuintes destinatários sem a comprovação do pagamento do ICMS, estando enquadrado no prescrito no art. 6º, Inciso III, alínea "e" da lei 7.014, que reproduz.

Informa que o autuado, cadastrado na SEFAZ/BA, na atividade de "Transporte Rodoviário de Cargas", exerce plenamente a atividade de transporte de cargas de terceiros, tendo requerido o Termo de Acordo, em 13/05/2009, o qual foi deferido e o mesmo tomou ciência em 10/08/2009, assumindo a responsabilidade expressa na Portaria nº 249 de 19/05/2004. Transcreve alguns artigos da mencionada Portaria, que afirma disciplinar, esclarecer e responder aos argumentos defensivos do autuado.

Verifica que analisando a legislação que parcialmente reproduziu e confrontando com a defesa do Autuado, observa que as alegações expressas na defesa do mesmo, comprovam que a empresa

autuada, apesar de requerer e obter o Termo de Acordo com a SEFAZ, não cumpriu a sua responsabilidade de verificar a comprovação do recolhimento do ICMS pelo Contribuinte, assim como, não arquivou os relatórios que comprovam o recolhimento do ICMS, tampouco arquivou cópias dos DAE's apresentados pelos contribuintes, ou seja, utilizou o Termo de Acordo assinado na SEFAZ apenas para se beneficiar da agilidade para a sua empresa, quando em trânsito.

Menciona que com a autuação, o contribuinte informa que seus registros contábeis não têm condições de identificar os emitentes e destinatários das notas fiscais, cujo crédito tributário é reclamado no presente PAF.

Diz que para uma empresa transportadora organizada e cumpridora de suas obrigações fiscais, estes argumentos não procedem, pois a transportadora para cada serviço de transporte contratado é obrigada a emitir o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, que é um documento fiscal e equivale a uma nota fiscal para o frete. Então, toda transportadora é obrigada a emitir os conhecimentos de transportes, a cada operação de frete de mercadoria contratada, previsto nos artigos 192, Inciso XI, art. 201, inciso I, art. 231-A §2º, art. 250 e seguintes do Dec. 6.284/97.

Conclui ser totalmente descabida, a alegação que não possui condições de identificar os emitentes e destinatários das notas fiscais, objeto da presente ação fiscal.

Diz que pela assinatura do Termo de Acordo, estaria obrigada a entregar as mercadorias transportadas mediante a comprovação do recolhimento do ICMS pelo destinatário, além de arquivar os relatórios indicados no parágrafo 1º do art. 5 da Portaria 249 de 19/05/2004.

Menciona que também é evasiva, a alegação de que não pode identificar os contribuintes, os quais contrataram o serviço de transporte de sua empresa e não recolheram o ICMS devido porque o autuado é obrigado a emitir e arquivar os Conhecimentos de transportes a cada operação de frete contratada, assim como, as obrigações tributárias determinadas na Port. 249/2004. Também, evasiva e com caráter protelatório, é a alegação do cerceamento de defesa, pois o autuado, empresa transportadora, não cumpriu a legislação do ICMS, o Regulamento e a Portaria 249/04, em suas obrigações tributárias acessórias, alegando cerceamento de defesa, quando deveria trabalhar em conformidade com a legislação tributária, inclusive, o prescrito no Termo de Acordo.

Aduz ser inconcebível as alegações defensivas, pois o autuado deveria exigir do destinatário ao entregar a mercadoria, o comprovante de recolhimento do ICMS e arquivar os Conhecimento de Transportes emitidos e os relatórios indicados na Portaria 249/04.

Finaliza esclarecendo que o autuado, empresa transportadora, cadastrada na SEFAZ/BA, possuidora do Termo de Acordo neste Estado, assumindo expressamente a condição de fiel depositário, deixou de cumprir a legislação do ICMS, devendo assumir a condição de responsável tributário por solidariedade. Requer que o PAF seja julgado procedente.

Esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ de origem, fl.40, a fim de que a Autuante juntasse ao processo cópias das notas fiscais constantes do Relatório TFD fls.14/22. Aqueles documentos que não conseguisse juntar ao PAF deveriam ser excluídos do levantamento fiscal.

Após a realização da diligência, deveria a Inspetoria intimar o autuado do resultado da mesma, fornecendo cópia das notas fiscais e da informação elaborada pela autuante mediante recibo, concedendo prazo de 30 (trinta) dias (Reabertura do Prazo de Defesa) para se manifestar, caso assim desejasse.

Em cumprimento à diligencia foram juntados os documentos fiscais das fls. 46 a 114, contendo novo demonstrativo de cálculo (fls.42/45), e correspondência do Fiscal diligente (fl.115), explicando 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.

O autuado volta a se manifestar fls.121/123. Transcreve a irregularidade que lhe foi imputada e os termos da solicitação da diligencia.

Alega que embora a autuante tenha apresentado algumas notas fiscais, o presente PAF não possui Termo de Apreensão com a devida notificação que submeta a empresa autuada a se comprometer com a apresentação de DAEs pagos para liberação das mercadorias.

Afirma que as transportadoras passam pelos postos fiscais, local onde os documentos fiscais que dão trânsito as mercadorias são verificados para que o fiscal averigüe o pagamento ou não do ICMS. Afirma que caso seja devido o imposto, o fiscal notifica à transportadora mantendo-a como fiel depositária, que assume o compromisso de liberar as mercadorias com o devido pagamento do imposto pelo proprietário.

Afirma que não existindo mercadoria apreendida, não há ICMS pendente em relação à carga transportada.

Encerra afirmando que nos documentos apresentados, inexiste o compromisso da Autuada para liberação das mercadorias, e requer que a Autuante reconheça o equívoco. Caso não reconheça, que apresente documento em que comprove que a Autuada era obrigada a cobrança do ICMS para a liberação das mercadorias. Conclui solicitando que o CONSEF aprecie a defesa e considere o auto de infração totalmente improcedente.

A autuante procede a nova informação fiscal fls.127/131. Descreve os fatos que deram origem ao Auto de Infração e sintetiza os argumentos da defesa e os termos da diligência solicitada.

Afirma que foi efetuado levantamento em empresas destinatárias das mercadorias, situadas nos domicílios fiscais das Inspetorias de Itabuna, Ilhéus, Vitória da Conquista e Barreiras, sendo obtidas cópias de parte das notas fiscais e conhecimentos de transportes, as quais estão anexadas ao PAF, das fls.46/114.

Ressalta que várias notas fiscais possuíam o correspondente CTRC (Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas), emitida pela empresa transportadora autuada. Observa que a maioria das notas fiscais foi carimbada pela empresa transportadora autuada, comprovando o recebimento das mesmas para realizar o serviço de transporte, portanto não há dúvidas quanto a prestação do serviço de transporte realizado e também quanto a sua responsabilidade tributária por solidariedade.

Informa, fl.115, que diversas notas fiscais não foram encontradas em razão de as empresas destinatárias terem encerrado suas atividades, existindo também, caso de o contribuinte ter alegado não ter recebido a mercadoria.

Aduz ter sido elaborada nova planilha com demonstrativo de cálculo fls. 42 a 45, relacionando apenas as notas fiscais encontradas e copiadas, conforme determinação do Órgão Julgador.

Explica que na primeira impugnação o representante da empresa alegou cerceamento de defesa, em razão de o relatório TFD apresentado, não identificar os destinatários das notas fiscais. Por isso a 3^a JJF determinou a diligência com a finalidade de anexar cópias das notas fiscais constantes no Relatório TFD, comprovando dessa forma a responsabilidade do transportador.

Afirma que após atendimento da solicitação da 3^a JJF e sendo comprovado que o transportador autuado efetivamente foi responsável pelo transporte das mercadorias, ou seja, responsável tributário por solidariedade, o sujeito passivo apresentou nova impugnação, desta vez alegando que sem o Termo de Apreensão não há compromisso da empresa transportadora autuada na cobrança dos DAE's pagos para liberação da mercadoria. Em seguida, descreve os procedimentos utilizados no Posto Fiscal para mercadorias transportadas por empresas transportadoras signatárias do Termo de Acordo com a SEFAZ, demonstrando conhecimento da rotina de trabalho realizado pela Fiscalização em mercadorias transportadas por empresas credenciadas pela SEFAZ/BA.

Sustenta que em relação a emissão de Termo de Apreensão está equivocado o Autuado, pois até o ano de 2012, existia a obrigatoriedade de se fazer o recolhimento do ICMS na entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Cumprindo esta obrigação no primeiro Posto Fiscal, havia ainda a possibilidade regulamentar de recolher o ICMS de forma espontânea, sem cometimento da infração tributária, isto é, a possibilidade de o contribuinte efetuar o recolhimento espontâneo do ICMS. Portanto, afirma que era descabida a emissão do Termo de Apreensão argumentada pelo Autuado, uma vez que o mencionado Termo possui a previsão legal para documentar a apreensão de mercadorias e/ou documentos fiscais que constituam prova material de infração a legislação do ICMS.

Explica que a alteração nº 141 do RICMS de 23/12/2010, mudou a redação do referido artigo, passando a obrigatoriedade para antes da entrada das mercadorias no Estado da Bahia. Resume que a partir de março de 2011, ao entrar no território baiano sem o recolhimento do ICMS, estaria configurada a infração e assim, teria que ser emitido o Termo de Apreensão e Notificação Fiscal ou Auto de Infração, conforme o caso.

Menciona que os relatórios TFD's constantes do presente auto de infração são dos exercícios de 2009 e 2010, quando as notas fiscais de mercadorias sem o recolhimento do ICMS devido por antecipação eram lançadas em tais relatórios para a empresa transportadora que possuía Termo de Acordo com a SEFAZ/BA., ficando esta, nomeada como fiel depositária e com a obrigação de liberar a mercadoria mediante a comprovação do recolhimento do ICMS pelo contribuinte destinatário, conforme Portaria nº 249/2004. No caso de liberação da mercadoria pela empresa transportadora sem o recolhimento do ICMS, esta assume a responsabilidade por solidariedade pelo recolhimento do imposto, conforme o art. 6º, inciso III, alínea "e" da lei 7.014/96.

Aduz que observando no sistema INC da SEFAZ, o Termo de Acordo foi requerido pelo Transportador autuado, sendo cientificado do deferimento em 10/08/2009, e os relatórios TFD's são de 2009 e 2010, concluindo que o contribuinte requereu e obteve o Termo de Acordo, porém, naqueles exercícios não cumpriu as obrigações previstas na Portaria nº 249/2004, a qual determinava a entrega da mercadoria mediante a comprovação do recolhimento do ICMS devido pelo contribuinte adquirente das mercadorias.

Ressalta que o sujeito passivo requereu o Termo de Acordo e o utilizou apenas para se beneficiar da agilidade dele decorrente, podendo transitar sem o pagamento do ICMS devido pelo destinatário por antecipação na entrada do Estado, mas não teve o compromisso em atender as obrigações devidas, sobretudo as indicadas no art. 5º da citada Portaria, mesmo sabendo da sua condição de fiel depositário das mercadorias transportadas como signatária do Termo de Acordo. Assevera que além de o autuado ter a obrigação de entregar a mercadoria ao destinatário solicitando a comprovação de recolhimento do ICMS devido, também era sua obrigação arquivar os relatórios TFD's comprovando o recolhimento do imposto, bem como cópias dos DAE's apresentados pelos contribuintes.

Observa que o sujeito passivo ao ser autuado argüiu a falta das notas fiscais, quando foram apresentados estes documentos, alegou a falta do Termo de Apreensão. Neste contexto, diz perceber claramente que o Autuado não cumpriu as obrigações determinadas no Termo de Acordo, não cumpriu as obrigações previstas na Portaria 249/2004, assumindo deliberadamente a condição de infiel depositário, estando, portanto, sujeito aos encargos constantes na legislação do ICMS, pela infração cometida.

Frisa que o Termo de Acordo requerido pelo Autuado e concedido pela SEFAZ/BA, é quem determina como contrapartida pelos signatários que ganham agilidade no transporte de mercadorias para os diversos contribuintes do Estado, a obrigação de exigir do destinatário das mercadorias, o comprovante de recolhimento do ICMS da mercadoria transportada. Lembra que a legislação (lei, RICMS e portaria) atribui ao transportador a função de fiel depositário para situação abordada. Não cumprindo as normas do ICMS, deve assumir o ônus da condição de responsável tributário por solidariedade, prevista na legislação.

Transcreve Acórdão do julgamento da 5ª JJF, em sessão do dia 26/09/2013, sobre a mesma situação, mesmo período e contra empresa da mesma atividade, que julgou procedente a autuação.

Opina que o auto seja julgado procedente integralmente, para a valer a justiça tributária, onde o Autuado deixou de cumprir a legislação ao não exigir o pagamento do ICMS dos destinatários, obtendo vantagens sobre os seus concorrentes, pois estaria oferecendo facilidades aos seus clientes, as quais os outros não poderiam oferecer, por não encontrar amparo legal.

Entretanto afirma que caso os julgadores queiram considerar apenas as notas fiscais encontradas, requer que o PAF seja julgado procedente em parte, reduzindo o valor histórico do ICMS para R\$11.925,98, afora multa e acréscimos.

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 do 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 diligencia 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 diligencia.

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.

Constatou 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 213083.0001/13-0, lavrado contra **POSITIVA LOGÍSTICA E TRANSPORTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.925,98**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR