

**A. I. N°** - 298742.0003/03-0  
**AUTUADO** - CEMAPE TRANSPORTES S/A  
**AUTUANTE** - ANA CLAUDIA GOMES BARROS  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 12.08.03

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0298-02/03

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. SERVIÇOS DE TRANSPORTE. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DE CRÉDITO FISCAL SEM PREVISÃO LEGAL E COM BASE EM LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA NÃO COMPROVADO.** Não foi apreciada a arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual, por não se incluir tal questão na competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Infração caracterizada. **2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. LANÇAMENTO DE OPERAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTE TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 30/05/2003, para exigência de R\$ 97.452,34, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS no total de R\$ 96.815,43, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher, referente ao período de março de 2002 a março de 2003, conforme documentos às fls. 09 a 36.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 636,91, nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de transporte devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, relativo ao meses de maio, junho e julho de 2001, conforme demonstrativo à fl. 37.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, em seu recurso às fls. 61 a 72, inicialmente dizendo que o estabelecimento autuado é prestador de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, fez uma análise da legislação tributária e suas alterações (Leis nºs 4.825/89, 5341/89 e 5562/89), no tocante a alíquota aplicável nas operações com transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores, com o fito de mostrar a sua tese de ilegalidade da cobrança do ICMS no período da vigência da Lei nº 5.341/89, destacando que antes a alíquota era de 5%, e posteriormente passou para 18%, retornando para 17% a partir de 01/01/91.

Assevera que o legislador determinou de forma genérica quais as alíquotas de ICMS incidente nas operações de que cuida os incisos I a II da Lei nº 4.825/89, sem qualquer referência ao disposto no inciso II, do artigo 22 da citada Lei.

Com esse argumento, entende o defendente que com a derrogação da Lei nº 4.825/89 pela Lei nº 5.341/89, a cobrança do ICMS sobre a hipótese em questão ficou impossibilitada de ser concretizada em razão de faltar à lei requisitos para tanto.

Por conta disso, argumenta que restou demonstrada a ilegalidade da cobrança do ICMS, por entender que inexistente relação jurídica que autorize o Estado da Bahia, ao império das Leis nºs 4.825/89, 5341/89 e 5562/89, a exigir das empresas de transportes interestadual e intermunicipal o ICMS relativo às operações, em razão do que requer o estorno do ICMS pago indevidamente, bem como a manutenção dos créditos decorrentes das operações realizadas sob a égide do último diploma legal citado.

Em seguida, alega que a tese de inexistência da relação jurídica tem sido defendida por diversos contribuintes, com êxito, e mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através de sua Câmara Especializada, citando como exemplo o caso da Apelação Cível nº 29029-7, onde figura como parte a empresa Viazul Transportes Intermunicipais Ltda., que teve confirmada a sentença de 1º grau que declarou inexigível o ICMS ao manto da Lei nº 4.825/89 e suas alterações posteriores. Fez a transcrição da manifestação da Colenda Câmara especializada, enfatizando que não lhe restam dúvidas de que a sua pretensão tem pleno acolhimento jurisprudencial.

Mais adiante, citando o entendimento de renomado jurista sobre os elementos essenciais da norma jurídica tributária, fez uma análise do artigo 97, do CTN e do artigo 150, I, e 5º, II da CF/88, dizendo que os mesmos não foram observados pela Lei nº 4.825/89, arguindo a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual na questão em exame.

Ao final, conclama o seu direito ao crédito, no montante equivalente ao valor apurado no levantamento que instrui a ação fiscal, bem como direito ao estorno.

Por fim, requer que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário exigido no Auto de Infração.

A autuante em sua informação fiscal às fls. 82 a 83, esclarece que os créditos fiscais utilizados indevidamente encontram-se lançados na coluna 006-Outros Créditos no livro Registro de Apuração do ICMS, a título de crédito presumido. Diz que para não ser pago o ICMS relativo às Prestações de Serviços de Transportes, abate do valor devido do ICMS, o percentual de 20% referente a crédito presumido, e o montante que sobra lança como Outros Créditos de forma a zerar o valor a recolher, justificando a operação na Liminar nº 744.179-7/00, já cassada. Quanto a alegação de inexigibilidade do Estado de cobrança do ICMS nas prestações de serviço de transporte por vícios na legislação estadual, a autuante considera totalmente infundada tal alegação, sob o argumento de que a esfera judicial já se manifestou dando ganho de causa ao Estado. Conclui, pela procedência de sua ação fiscal.

## **VOTO**

O Auto de Infração contempla duas infrações: 1) utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher; 2) falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de transporte devidamente escriturada nos livros fiscais próprios.

Na análise das peças processuais, verifica-se que o patrono do autuado em seu recurso defensivo não fez qualquer alusão à infração 02, concentrando toda a sua argumentação nos créditos fiscais considerados indevidos na infração 01. Examinando-se os documentos constantes às fls. 38 a 58, constata-se que nas notas fiscais foi devidamente destacado à alíquota de 17% o ICMS incidente nas Prestações de Serviços de Transporte, porém, realmente foram escriturados no livro Registro de Saídas na coluna “Operações sem débito do imposto – outras”. Logo, subsiste este item da autuação.

Com relação a infração 02, pelo que está descrito à fl. 02, a mesma se refere a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, em decorrência de ter optado pela utilização de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos fiscais relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher.

Na defesa fiscal, o patrono do autuado, após dar a sua interpretação às Leis n<sup>os</sup> 4.825/89, 5341/89 e 5562/89 no tocante à base de cálculo e à alíquota aplicável nas operações com transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores, arguiu inconstitucionalidade da cobrança do ICMS, por entender que inexistente relação jurídica nas citadas leis que autorize o Estado da Bahia, a exigir das empresas de transportes interestadual e intermunicipal o ICMS relativo às operações, tendo citado jurisprudência no âmbito Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no caso da Apelação Cível n<sup>o</sup> 29029-7, onde figura como parte a empresa Viazul Transportes Intermunicipais Ltda, que teve confirmada a sentença de 1<sup>o</sup> grau que declarou inexistente o ICMS.

Do exame dos documentos que instruem este item, mais precisamente, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS constantes às fls. 09 a 36, nota-se que o estabelecimento autuado lançou no débito do imposto os valores correspondente às diversas prestações de serviços, inclusive a diferença de alíquotas. No campo destinado ao crédito do imposto, foram efetuados dois lançamentos: no campo 006 consta escriturado o valor correspondente a outros créditos a título de “LIMINAR 744.179-7/00 PROCESSO ICMS”, e também no campo 007, o valor correspondente ao estorno de débitos “CONVÊNIO 106/CLAUSULA ICMS”. Tomando-se como exemplo o mês de agosto de 2002 (doc. fl. 09), os valores são os seguintes:

ESPECIFICAÇÃO	VALORES
DÉBITO DO IMPOSTO	
001 - Por saídas /prestações com débito do imposto	9.814,16
002 - Outros débitos	9,00
02 - Diferença de alíquota	151,80
SOMA	9.974,96
CRÉDITO DO IMPOSTO	
005 - Por entradas/aquisições	-
006-Outros créditos - Liminar 744.179/7/00 - Processo ICMS	8.012,13
07 - Estorno de débito - Convênio 106/Cláusula ICMS	1.962,83
SOMA	9.974,96

De acordo com o artigo 96, inciso XI, do RICMS/97, *in verbis*:

“São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e de apuração do imposto a recolher:

...

XI – a partir de 01/01/97, aos prestadores de serviços de transportes, como opção do contribuinte, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação (débito/crédito), com a ressalva de que o contribuinte que optar pela utilização do presente benefício não poderá utilizar quaisquer outros créditos fiscais, salvo exceções expressas, sendo que:

.....

b) nas prestações internas ou interestaduais de serviços de transporte rodoviário, aquaviário ou ferroviário efetuadas por empresas transportadoras ou por transportadores autônomos, o crédito presumido será de 20% do valor do ICMS devido nas prestações (Conv.106/96);

...”

No exemplo acima, percebe-se claramente que o estabelecimento lançou corretamente no Campo 007, o crédito presumido previsto no citado dispositivo legal, o qual foi calculado à razão de 20% sobre o valor de R\$9.814,16 = R\$ 1.962,83. Quanto ao valor lançado no Campo 006 a título de Outros Créditos – Liminar 744.179-7/00 – Processo ICMS, verifica-se que o valor lançado corresponde exatamente a diferença entre o total do débito e o valor do crédito presumido lançado no Campo 007. Observo que não há como acatar o referido crédito efetuado nos RAICMS, pois inexiste previsão legal para tal. Por outro lado, quanto a indicação de existência de Liminar, observa-se que, além do autuado não ter trazido aos autos qualquer comprovação a respeito, a existência de Liminar em Mandado de Segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário, porém não o seu lançamento.

No que tange à argüição do patrono do autuado de inconstitucionalidade da cobrança do ICMS prevista nas Leis n<sup>os</sup> 4.825/89, 5341/89 e 5562/89, por entender que inexiste relação jurídica nas citadas leis que autorize o Estado da Bahia, a exigir das empresas de transportes interestadual e intermunicipal o ICMS, no tocante à base de cálculo e à alíquota aplicável nas operações com transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores, abstenho-me de qualquer consideração a respeito, pois a apreciação de declaração de inconstitucionalidade não está incluída na competência do órgão julgador no âmbito administrativo (art. 167, I, RPAF/99). Quanto à jurisprudência no âmbito Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no caso da Apelação Cível nº 29029-7, onde figura como parte a empresa Viazul Transportes Intermunicipais Ltda., nos autos não existe qualquer documento a respeito, além do fato de não ser possível considerá-la no presente processo, tendo em vista que se trata de questão em nome de outra empresa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298742.0003/03-0**, lavrado contra **CEMAPE TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 97.452,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$96.815,43, e 50% sobre R\$636,91 previstas no artigo 42, VII, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR