

A. I. Nº - 298742.0003/03-0
AUTUADO - CEMAPE TRANSPORTES S/A
AUTUANTE - ANA CLAUDIA GOMES BARROS
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 12.08.03

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 argüição 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 aos 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 defendant 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 inexiste 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, argüindo a constitucionalidade 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 víncos 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 nºs 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, argüiu inconstitucionalidade da cobrança do ICMS, 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 relativo às operações, tendo citado 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, que teve confirmada a sentença de 1º grau que declarou inexigível 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/CLÁUSULA 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 subsequentes 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 nºs 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, abstengo-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 2^a 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