

A. I. N° - 292949.0001/02-1
AUTUADO - CEMAPE TRANSPORTES S/A
AUTUANTE - FERNANDO CARNEIRO DE ALMEIDA JUNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10.11.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0431-03/04

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Infração comprovada. Decisão judicial definitiva confirmou a legalidade da cobrança do ICMS sobre os serviços de transporte intermunicipal e interestadual prestados pelo autuado. Conseqüentemente, devem ser considerados indevidos os valores creditados, pelo contribuinte, nos livros fiscais, tendo em vista que o mesmo é optante do uso de crédito presumido, condição esta em que a legislação veda a utilização de quaisquer outros créditos fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 25/03/02, para exigir o ICMS no valor de R\$61.639,71, acrescido da multa de 60%, por utilização indevida de créditos fiscais, em razão de o contribuinte ter optado pelo uso de crédito presumido em substituição ao aproveitamento dos créditos relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher. Consta, ainda, na descrição dos fatos que o contribuinte lançou, em seu livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna 006 – “Outros Créditos”, valores com base em liminar obtida no Mandado de Segurança nº 744179-7/00 que já havia sido cassada anteriormente - período de julho/01 a fevereiro/02.

O autuado apresentou defesa, por meio de advogado (fls. 19 a 28), argumentando que as falhas existentes na legislação tributária atual e na anterior impedem o Estado da Bahia de exercer o seu poder de tributar as prestações de serviços de transporte. Reconhece que é contribuinte do ICMS, porém aduz que a Lei nº 4.825/89, em seu artigo 22, inciso II, dispunha que a alíquota aplicável às prestações de serviços de transporte de pessoas, bens, mercadorias e valores era de 5%. Posteriormente, a Lei nº 4.825/89 foi alterada pelas Leis nºs 5.341/89 e 5.562/89, porém, de acordo com seu entendimento, não ficaram determinados dois elementos constitutivos do tributo: a base de cálculo e a alíquota do imposto, constituindo tal fato um óbice intransponível à cobrança do tributo. Acrescenta que o Estado da Bahia, após instituir o ICMS, alterou a sua legislação sem atentar para os elementos constitutivos do imposto, cuja presença é indispensável para fazer valer o poder de tributar.

Alega, ainda, que, em toda a legislação que sucedeu a Lei nº 4.825/89, não estão determinadas a hipótese de incidência, a base de cálculo e a alíquota do imposto, ficando o Estado, portanto, impedido de lhe exigir o imposto estadual, seja à alíquota de 5%, 17% ou 18%, e que o Auto de Infração em questão é improcedente, tanto em relação ao período abrangido pela incidência da legislação revogada, quanto sob a vigência da Lei nº 7.014/96, que possui o mesmo vício da lei anterior.

Afirma que diversos contribuintes têm obtido decisões favoráveis na Justiça, com a tese de que inexistente relação jurídico-tributária que autorize o Estado da Bahia a exigir, da empresa de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS sobre as prestações que realizarem, e cita a Apelação Cível nº 29029-7, onde a Viazul Transportes Intermunicipais Ltda. teve mantida a sentença de 1º grau, que declarou inexigível o ICMS sob a égide da Lei nº 4.825/89 e suas alterações posteriores.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 37 e 38), mantém o lançamento e alega que este Auto de Infração foi lavrado porque o contribuinte se utilizou de outros créditos fiscais, além do crédito presumido previsto no artigo 96, inciso XI, do RICMS/97. Argumenta que, de acordo com a legislação, a opção pelo crédito presumido implica a vedação de uso de quaisquer outros créditos fiscais e que o autuado vem se creditando do ICMS com base em liminar já cassada, sob o argumento de que havia recolhido indevidamente o imposto, tendo em vista que “o Estado da Bahia incorreu em falhas legislativas quando na instituição do ICMS editou lei eivada de vícios”.

Esta 3ª JJF diligenciou à então PROFAZ (atualmente PGE/PROFIS) para que: a) informasse em que estágio se encontra a referida Ação Ordinária nº 744.179-7/00, interposta pelo autuado, conforme consta nos lançamentos efetuados em seu livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 8 a 15 dos autos; b) emitisse parecer jurídico acerca da incidência do ICMS e da alíquota aplicável na prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, considerando a edição das Leis nºs 5.341/89, 5.562/89 e 7.014/96.

Em resposta à solicitação, a PGE/PROFIS apresentou o documento de fls. 49 a 52 em que, após efetuar um histórico do processo, informou que, em 30/03/04, foi proferida, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, “decisão favorável à Fazenda Estadual, rejeitando a preliminar suscitada e dando provimento no mérito aos recursos do Estado da Bahia, e julgando prejudicado, o recurso adesivo das demandantes”, consoante cópia da decisão que foi juntada às fls. 70 a 77.

Esta 3ª JJF converteu os autos em nova diligência (fl. 84), desta vez à Inspeção de origem, para que intimasse o contribuinte a se manifestar, no prazo legal, sobre as informações e documentos apresentados pela PGE/PROFIS, fornecendo-lhe cópias dos mesmos.

O autuado foi intimado (fl. 88), porém não se pronunciou nos autos.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS em razão da utilização indevida de créditos fiscais, no período de julho/01 a fevereiro/02, pelo fato de o contribuinte ter optado pelo uso de crédito presumido, em substituição ao aproveitamento dos créditos relativos às operações e prestações tributadas, na apuração do imposto a recolher. Está descrito, ainda, no corpo do lançamento que o autuado lançou, em seu livro Registro de Apuração do ICMS, na coluna 006 – “Outros Créditos” -, diversos valores com base em liminar concedida na Ação Ordinária nº 744.179-7/00 que já havia sido cassada anteriormente, tudo conforme as fotocópias acostadas às fls. 8 a 15 dos autos.

O autuado argumentou em sua impugnação que, com a edição das Leis nºs 5.341/89 e 5.562/89, que alteraram a Lei nº 4.825/89, deixou de haver previsão legal em relação à alíquota que deveria ser aplicada nas prestações de serviços intermunicipal e interestadual de transporte e, em consequência, ficou o Estado da Bahia impedido de lhe exigir o ICMS, seja a alíquota de 5%, 17% ou 18%, sendo, portanto, improcedente o presente o Auto de Infração, tanto em relação ao período abrangido pela incidência da legislação revogada, quanto sob a vigência da Lei nº 7.014/96, que possui o mesmo vício da lei anterior.

Em razão de tal entendimento, o sujeito passivo, juntamente com outros contribuintes, ingressou com a Ação Ordinária nº 744.179-7/00 e obteve, em 12/04/00, liminar no sentido de “autorizar as autoras procederem ao creditamento do ICMS, tanto relativos a débitos vencidos quanto aos vincendos, e de inibir a fiscalização para autuações e conseqüente exigibilidade de tais créditos apropriáveis, bem como não se lhes deixem de fornecer certidões negativas, até o julgamento final” da lide.

Com fundamento na liminar acima mencionada, o autuado se creditou em seu livro Registro de Apuração do ICMS, no período de julho/01 a fevereiro/02, de diversos valores, os quais estão sendo glosados no presente lançamento.

Este órgão julgador converteu o PAF em diligência à PGE/PROFIS e aquele órgão jurídico informou que, em 15/05/00, foi suspensa, pelo Tribunal de Justiça, a liminar concedida pelo juízo *a quo* e que, em 30/03/04, foi proferida decisão pelo Tribunal de Justiça dando provimento, no mérito, ao Recurso de Apelação nº 16027-9/2002, interposto pelo Estado da Bahia, nos seguintes termos:

(...)

Analizando-se as modificações trazidas pela nova Lei, verifica-se que o tratamento das duas áreas de incidência do imposto (operações e prestações) passou a ser feito numa mesma regra, que fixa a alíquota. Antes, esse tratamento era feito em dispositivos diversos.

Conclui-se que não desapareceu qualquer dos elementos constitutivos da obrigação, haja vista ter ocorrido, apenas, a exclusão de regra excepcional, que fixava alíquota diferenciada para os serviços de transporte.

Destarte, trata-se de imposto exigível sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal.

Em decorrência do entendimento aqui exposto, restam prejudicados os demais argumentos suscitados pelo Estado-apelante, bem como o recurso adesivo interposto pelas autoras.

Diante de tais razões, o acórdão é no sentido de rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, dar provimento aos recursos do Estado da Bahia e oficial, restando prejudicado o recurso adesivo das demandantes.

Ressalte-se que, segundo a informação da PGE/PROFIS, houve decurso do prazo “sem interposição de qualquer recurso por parte dos Autores”, tornando-se, conseqüentemente, definitiva a decisão judicial acima transcrita.

Pelo exposto, há que ser acatada a decisão do Tribunal de Justiça para julgar devido o valor exigido neste lançamento, uma vez que os créditos fiscais foram apropriados, no livro Registro de Apuração do ICMS, em desacordo com a legislação vigente, tendo em vista que ficou decidido pelo Poder Judiciário que “não desapareceu qualquer dos elementos constitutivos da obrigação, haja vista ter ocorrido, apenas, a exclusão de regra excepcional, que fixava alíquota diferenciada para os serviços de transporte”.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 292949.0001/02-1, lavrado contra **CEMAPE TRANSPORTES S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.639,71**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR