

A. I. Nº - 292949.0001/02-1
AUTUADO - CEMAPE TRANSPORTES S/A
AUTUANTE - FERNANDO CARNEIRO DE ALMEIDA JUNIOR
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10.11.04

3^a 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 inexiste 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 Inspetoria 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 vencendos, e de inibir a fiscalização para autuações e consequente 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:

(...)

Analisando-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, consequentemente, 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 3^a 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