

A. I. N° - 207098.0007/19-6
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S. A.
AUTUANTE - ADEMILSON BARNABÉ DA SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.07.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0051-05/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO RELATIVO A SERVIÇO DE TRANSPORTE DE CARGAS NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. PRESTAÇÕES REALIZADAS DENTRO DO TERRITÓRIO DO ESTADO DA BAHIA. A Lei Estadual nº 8.534/2002 dispensa o pagamento do imposto relativo ao transporte interno de cargas. Trata-se de norma de conteúdo isencional. É vedada a apropriação de créditos fiscais se as prestações ou operações não forem tributadas pelo ICMS. Trata-se de disposição expressa da Constituição Federal que é reproduzida nas demais normas integrantes do ordenamento jurídico – Leis e RICMS. Ainda que o prestador do serviço tenha indevidamente destacado o imposto nos documentos fiscais, prevalece a vedação do lançamento escritural dos créditos fiscais. Infração mantida. Indeferido pedido de remessa dos autos para a realização de diligências. Não acolhida a pretensão defensiva de exclusão ou redução da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/09/2019, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$438.502,43, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 01.02.95 – Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de prestações internas de serviços de transportes, prestados pela empresa TFT EXPRESS – LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA., situada no município de Simões Filho, neste Estado da Bahia, em desacordo com o art. 12 da Lei nº 8.534/2002, conforme demonstrativos constantes dos Anexos I e II. Multa de 60% do imposto lançado, prevista no art. 42, inc. II, letra “f” da Lei nº 7.014/96. Fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2017 e 2018 – meses de abril/17 a setembro/18.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 17/09/2019 e ingressou com a impugnação administrativa em petição subscrita por advogados, habilitados a autuar no processo através do instrumento de procuração anexo (doc. fls. 06/08) e substabelecimento (doc. fls. 106/107).

Inicialmente argumenta que o presente lançamento incorre em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS. Afirma que a glosa dos créditos fiscais foi pautada no aproveitamento do imposto referente às prestações de serviços de transporte de carga que o art. 12 da Lei nº 8.534/2002, dispensou o pagamento do tributo.

Sustenta que a despeito do sobredito artigo de Lei ter dispensado o pagamento do imposto relativo ao transporte interno de cargas, há que ser considerado no caso em exame que o imposto foi efetivamente destacado nos Conhecimentos de Transporte, onerando a impugnante, fato que legitimaria a apropriação dos créditos de ICMS na sua escrita fiscal. Afirma que ao suportar o encargo fiscal – embutido que está no valor das prestações – caso não lhe seja conferido o direito ao crédito respectivo, haverá flagrante ofensa à regra da não cumulatividade, de estatura constitucional.

Transcreve as disposições contidas no art. 155, inc. II, § 2º, inc. I da Carta Magna de 1988, que prescreve que o ICMS será não cumulativo. Defende que a expressão “montante cobrado” inserida no texto do dispositivo constitucional referenciado não deve ser compreendido como sendo ICMS efetivamente pago. Seguindo o escólio de Alcides Jorge Consta, argumenta que o vocábulo “cobrado”, não pode ser entendido no sentido de ser concretamente exigido. O sentido de cobrar só pode ser o de incidir, até porque não se pode atribuir ao adquirente o dever de apurar a adimplência do remetente. No mesmo sentido transcreve trechos de ensinamentos doutrinários do tributarista pátrio JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO.

Prossegue afirmando que o pressuposto da simples incidência, na etapa anterior de circulação, para desencadeamento do direito ao crédito, é também contemplado na legislação complementar federal, conforme disposto no art. 8º, § 5º, inc. II da Lei Complementar nº 87/96, norma cujo conteúdo transcreveu na inicial defensiva. Acrescenta que ainda que o citado dispositivo se refira à hipótese de substituição tributária, ele cuida do tratamento dos créditos deste imposto, fazendo referência ao ICMS devido, expressão tecnicamente mais correta e alinhada com a exegese do regime constitucional da não cumulatividade.

Assim, reitera a defesa, o pressuposto da simples incidência, na etapa anterior de circulação, tal como ocorreu *in casu*, é suficiente para o desencadear o direito ao crédito, considerando ainda a inexistência de dúvida sobre a materialidade da operação, o destaque do imposto e a boa fé da impugnante, que não detinha conhecimento da dispensa do imposto, por dizer respeito a uma relação jurídica da qual não participava, travada entre a transportadora e o fisco estadual, acabando por ser onerada com a sua incidência.

Nesse sentido, trouxe para exame dessa corte administrativa, precedente em decisão proferida pelo E. STF, que assegurou ao contribuinte de boa-fé o direito de créditos de ICMS mesmo em se tratando de aquisições suportadas por documentação fiscal inidônea, ante a premissa que não é dado ao adquirente se investir de poder de polícia para averiguar a situação fiscal daqueles com os quais transaciona (REsp 1148444/MG, Relator Ministro LUIZ FUX, DJe 27/04/2010).

Sob esse aspecto ressaltou que a lógica adotada pelo fisco atenta contra o próprio princípio da eficiência da Administração, uma vez que a negativa do crédito implicará na deflagração pela impugnante de procedimento próprio visando a restituição do imposto indevidamente debitado/suportado, movimentando de forma desnecessária a máquina administrativa com desperdício de tempo e verba pública, cabendo ao Estado ainda restituir o indébito com as devidas atualizações.

Em razões subsidiárias, a defesa postula que em prevalecendo as exigências fiscais, essa corte administrativa afaste ao menos a multa imposta no importe de 60% (sessenta por cento) das exações tidas por devidas, a teor da cláusula constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV, da CF/88). Sobre esse tema também apresentou para exame precedentes originários do E. Supremo Tribunal Federal (*RE 523471. Relator Ministro Joaquim Barbosa, in DJe de 23.04.2010 e AI 727872 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18.05.2015*).

Ao finalizar a peça de defesa o contribuinte requer o conhecimento e provimento da presente impugnação para que seja reconhecida a insubsistência do crédito tributário, ou, sucessivamente, que seja reduzido o valor exigido da multa para patamares razoáveis que respeitem a vedação do efeito de confisco. Requereu ainda, caso a corte administrativa entenda necessário, que seja expedido ofício à transportadora para que esclareça o destaque/recolhimento do imposto ou que se adote qualquer outra diligência que este Conselho entender pertinente para esse fim, considerando as disposições contidas nos artigos. 138, § 1º, 145 e 148 todos do RPAF/99.

Prestada a Informação Fiscal em 14/01/2020, peça processual juntada às fls. 111/116 dos autos.

Observa inicialmente o autuante que a infração objeto desta lide se refere à utilização indevida de crédito fiscal decorrente de contratação de prestação de serviço de transporte, cujo documento fiscal constava o destaque de ICMS, não obstante a referida prestação de serviço estar amparada

pelo benefício da dispensa do pagamento, consequentemente, da dispensa do destaque do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de carga, na forma do art. 12, da Lei nº 8.534/2002.

Destaca que este benefício da dispensa do pagamento foi instituído em 2002, há quinze anos da ocorrência do fato gerador da presente autuação. Mesmo assim a autuada alega em sua defesa o desconhecimento da dispensa do imposto, não obstante tratar-se de uma empresa multinacional, composta por um conglomerado industrial multinacional de empresas de aço com sede em Luxemburgo, maior produtora de aço do mundo, com uma produção anual de aço bruto de 93,6 milhões de toneladas a partir de 2012, conforme noticiado em seu “site” na internet. Afirma ser inadmissível que um conglomerado de tal magnitude não disponha de um departamento contábil/jurídico capaz de conhecer e acompanhar as normas tributárias vigentes no Estado da Bahia, onde também atua.

Pontuou em seguida que nem todo documento fiscal de entrada de mercadorias, bens ou serviços, no estabelecimento do contribuinte, que contenha o destaque do ICMS, permite de forma automática, o lançamento do crédito fiscal. Que há diversas situações previstas no Regulamento do ICMS, cujas operações e/ou prestações, embora contenham o destaque do imposto no documento fiscal de referência, não é permitido o aproveitamento do crédito fiscal. A título de exemplo citou as seguintes situações: a) entradas de mercadorias e/ou bens destinadas a uso ou consumo do estabelecimento, cujo aproveitamento do crédito fiscal não é admitido até a presente data; b) a aquisição de energia elétrica por estabelecimentos que exercem atividades comerciais; entre tantas outras situações.

Prosseguiu afirmando que os artigos 309 a 317 do Regulamento do ICMS/BA, estabelecem as situações e condições para o lançamento do crédito fiscal. Pela leitura de todas as circunstâncias ali contidas, comprova-se que a autuada está totalmente equivocada quando afirma que a utilização do crédito fiscal se dá de forma automática, uma vez que esteja destacado no documento fiscal, diante da presunção do recolhimento do imposto pelo emitente do respectivo documento fiscal e diante da regra constitucional da não-cumulatividade do ICMS.

Quanto à invocação pela autuada do princípio da boa-fé, salientou o que dispõe o art. 103 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/BA que prescreve que: *“A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Frisou que a autuada, ao observar que o seu prestador de serviço de transporte de carga, nas prestações internas, efetuou o destaque indevido do ICMS no documento fiscal, além de não efetuar o lançamento indevidamente do valor do imposto destacado, como crédito fiscal, deveria comunicar o prestador de serviço quanto ao equívoco que estava praticando e orientá-lo a ingressar, junto à sua unidade fazendária, com o pedido de restituição de indébito, na forma do Art. 73 do RPAF/BA, caso o mesmo tenha de fato efetuado o recolhimento do imposto.

Quanto à alegação defensiva de que “não detinha conhecimento da dispensa do imposto”, observou que em ambos os exercícios auditados, a empresa realizou diversas contratações junto a Transportadoras para prestação de serviços de transporte de carga internos e que em nenhuma delas foi efetivada a cobrança do ICMS, ou seja, não houve o destaque do imposto no documento fiscal. Mesmo assim este fato não teria chamado a atenção da autuada, quando um único prestador de serviço, por ela contratado, procedeu ao destaque do imposto nos documentos fiscais emitidos.

A partir de uma pequena amostra do registro de entradas dos exercícios de 2017 e 2018, reproduzida na peça informativa à fl. 115, demonstrou que a empresa autuada efetuou o lançamento dos documentos fiscais no Registro de Entradas da EFD, com a classificação do CST - Código de Situação Tributária: 040, ou seja, nacional e isenta, demonstrando, ao contrário do que foi afirmado na inicial defensiva, que o contribuinte tinha conhecimento da isenção a que estava submetida a prestação.

Frente ao contexto apresentado o autuante concluiu que a autuada tinha conhecimento de que a prestação de serviço de transporte de carga interno (ocorrida dentro do Estado da Bahia) era dispensada da incidência do pagamento e por conseguinte do destaque do imposto. No entanto, em uma única situação pontual, efetuou de forma indevida o creditamento do imposto, motivado por um equívoco do prestador de serviços de transporte. Por sua vez, registrou que caso esse prestador tenha efetivamente recolhido o imposto, de forma indevida, poderá, conforme já observado anteriormente, pleitear a restituição do indébito, observados os prazos de prescrição e decadência.

No tocante ao pedido subsidiário de afastamento ou redução da multa aplicada no Auto de Infração, ao argumento de que essa parcela incorre em violação da norma constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV), o autuante declarou que a exigência desse gravame tem previsão na Lei 7.014/96, no art. 42, incisos II, alínea “f”. Acrescentou que a competência dos auditores fiscais para a constituição de créditos tributários, via Auto de Infração, é plenamente vinculada, nos termos da Lei, com destaque para as disposições do Código Tributário Nacional (CTN), razão pela qual em relação a esse específico pedido o autuante nada teria a comentar.

Finalizou a peça informativa pedindo que o julgamento seja pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide, em razão da ausência de substância comprobatória das alegações articuladas na peça impugnatória.

VOTO

O presente processo envolve Auto de Infração composto de única acusação fiscal, referente à utilização indevida de crédito fiscal, decorrente de contratação de prestação de serviço de transporte de cargas, em operações internas, cujo documento fiscal constava indevidamente destaque de ICMS. Fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2017 e 2018.

Na peça acusatória é observado que a referida prestação de serviço se encontrava amparada pelo benefício da dispensa do pagamento, conseqüentemente, da dispensa do destaque do imposto incidente nas prestações internas de serviços de transporte de cargas, na forma do art. 12 da Lei nº 8.534/2002.

Concentra-se a irresignação da defesa no argumento de que o lançamento em lide incorre em ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICMS, visto que o contribuinte suportou o encargo fiscal embutido no valor da prestação. Afirmou ainda que no caso em exame se encontrava de boa-fé, pois não detinha conhecimento da dispensa do imposto, acrescido do fato de que não possuía poderes de interferir nos procedimentos adotados pela transportadora, que ao efetuar o destaque do ICMS nos conhecimentos de transporte, acabou por onerar a adquirente com o tributo. Requer ainda, se for o caso, que os autos sejam remetidos em diligência para a apuração dos fatos. Em razões subsidiárias pede a redução ou exclusão da multa aplicada no Auto de Infração, ao argumento de que essa parcela incorre em violação da norma constitucional que veda o efeito confiscatório (art. 150, IV).

Passo a decidir.

Inicialmente, nega-se deferimento ao pedido da defesa de remessa deste PAF para a realização de diligências. Não paira sobre a matéria de fato discutida nos presentes autos, dúvidas que impeçam este relator de formar o convencimento quanto à solução de mérito, conforme será detalhado mais à frente. Entendo que a questão está centrada na interpretação da legislação vigente, no tocante ao regime jurídico aplicável aos créditos fiscais do ICMS. Portanto, com fundamento nas disposições do art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de encaminhamento deste processo para a execução de procedimentos revisionais.

Passo a examinar doravante as questões vinculadas ao mérito da exigência fiscal.

A legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores lançados neste Auto de Infração é expressa ao determinar que as prestações internas de serviços de transporte de cargas não se

submentem, no Estado da Bahia, à tributação pelo ICMS. Prescreve a Lei nº 8.534, vigente desde 15 de dezembro de 2002, data da sua publicação no Diário Oficial do Estado, a dispensa de pagamento do imposto prestado nessa modalidade de serviço. Trata-se de norma de conteúdo isencional, que exclui o crédito tributário, nos termos do 175, inc. I do CTN, mas não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias.

Importante consignar que o princípio da não cumulatividade não é revestido de conteúdo absoluto, sofrendo atenuações em diversos dispositivos normativos, a começar pela própria Constituição Federal.

Nesse sentindo, a legislação posta veda a apropriação de créditos fiscais se as prestações ou operações adquiridas não forem tributadas pelo ICMS. A Carta Magna, lei das leis, tem disposição literal nessa direção, no art. 155, § 2º, inc. II, letras “a” e “b”, com a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Os argumentos articulados pela defesa de que sofreu a repercussão financeira do imposto indevidamente destacado nos documentos fiscais pela transportadora que prestou os serviços e de que desconhecia o fato do Estado ter dispensado o pagamento do ICMS na sua legislação interna, são metajurídicos e incapazes de alterar o regime de isenção estabelecida pela Lei nº 8.534/2002. Ademais, não há qualquer evidência ou prova de que o imposto debitado pelo prestador, nos Conhecimentos de Transporte, tenha efetivamente gerado recolhimentos em favor do erário estadual.

Deveria, portanto, o contribuinte ter procedido ao estorno dos créditos fiscais indevidamente lançados na sua escrita fiscal, conforme determinação contida no art. 312, inc. I do RICMS-BA, (Decreto nº 13.780/12), e paralelamente, se assim entendesse, buscar junto ao prestador do serviço a devolução dos valores indevidamente embutidos no preço da prestação, a título de ICMS.

Argumentos de mérito rejeitados.

Passo em seguida ao exame do pedido susidiário de exclusão ou redução da multa lançada neste Auto de Infração.

Primeiramente, observo que a penalidade aplicada, no percentual de 60% do imposto devido, se encontra prevista na legislação do ICMS, em dispositivos contidos na Lei nº 7.014/96, citada no corpo do Auto de Infração (art. 42, inc. II, alínea “f”). O contribuinte sustenta que a referida penalidade, no patamar estabelecido pela legislação do Estado da Bahia, é totalmente abusiva e viola o art. 150, inc. IV da Carta Magna, que veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Apresenta precedentes judiciais acerca dessa questão. Entende que os percentuais de multas tributárias não podem exceder os índices entre 20% e 30%.

No que se refere ao efeito confiscatório alegado pela defesa, não é conferido aos órgãos julgadores administrativos a competência para decretar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma posta no ordenamento jurídico tributário, ou mesmo negar a sua aplicação. Essa vedação decorre de disposição expressa, contida no art. 167, incisos II e III do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99. Por sua vez, as

decisões judiciais mencionadas na peça de defesa se deram na apreciação de recursos, onde a matéria constitucional foi discutida em sede de controle difuso e não concentrado, de forma que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia.

Nega-se também acolhimento ao pedido subsidiário de exclusão ou redução da multa lançada.

Isto posto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207098.0007/19-6**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$438.502,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR