

PROCESSO - A. I. Nº 281333.0003/13-9
RECORRENTE - NORDESTE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALÔRES BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0023-01/14
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 08/08/2014

1ª CÂMARA JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0202-11/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. CRÉDITO PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO SUPERIOR AO DE DIREITO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Segundo o art. 96, XI, do RICMS/97 é possível a adoção do crédito presumido nos serviços de transporte, sendo que a alínea “a” do referido inciso prevê, para os casos de transporte aéreo, o crédito presumido que acarrete carga tributária de 8%, enquanto que a alínea “b” prevê que para os casos de transporte rodoviário, aquaviário ou ferroviário, o crédito presumido é de 20% do ICMS devido. O recorrente realiza um serviço de transporte intermodal, no qual o trecho de serviço aéreo é contratado junto a terceiro (AEREOTAXI ABAETÉ). Destarte não tem direito ao crédito presumido previsto na alínea “a”, fazendo jus somente ao crédito presumido na alínea “b”, do inciso XI, do art. 96 do RICMS/97. O art. 93, IV, “b”, do RICMS/97 permite que, no caso de transporte intermodal, o contribuinte prestador de serviço de transporte utilize, de forma cumulada ao crédito presumido, o crédito referente ao ICMS incidente sobre a contratação do serviço de transporte, assim, é possível a escrituração, pelo recorrente, do ICMS que tenha incidido nas prestações de serviço realizadas pela AEREOTAXI ABAETÉ, o que se recomenda que seja feito acaso tais créditos não tenham sido atingidos pela decadência. Tal situação, entretanto, não permite que o contribuinte utilize o crédito presumido exclusivo dos prestadores de transporte aéreo, como fez o recorrente. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para constituição de crédito tributário, no valor de R\$ 332.833,27, sob a acusação de que o sujeito passivo utilizou crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação em vigor, conforme demonstrativos em anexos elaborados a partir do lançamento no livro Registro de Apuração de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2010, com multa de 60%.

Em Primeira Instância, foram rejeitadas as preliminares arguidas na Impugnação:

A busca da verdade material no Processo Administrativo Fiscal, em oposição à verdade formal, orienta o dever da administração tomar Decisão com base nos fatos reais e de carrear aos autos as informações e documentos

vinculados à matéria em discussão. Compete a administração fazendária, mas também ao contribuinte, além de alegar, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão. Foram coligidos ao PAF os elementos que permitam a apreciação da lide e sem qualquer prejuízo ao eludido princípio.

Sobre a alegação de que a multa aplicada possui caráter confiscatório, nos termos do artigo 150, IV, da Constituição Federal, à despeito de fugir da competência do órgão julgador administrativo, apreciação de tal feito, por ordem do art. 167, I, RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), constato que a imposição da penalidade, no caso concreto, decorre do descumprimento da obrigação tributária, não tendo qualquer relação com boa fé do contribuinte, desvios de finalidade, mas com a realidade dos fatos, tendo em vista as razões retro anunciadas durante a ação fiscal, sobretudo, porque a multa imputada encontra amparo na Lei 7.014, de 04.12.1996. Por óbvio que a multa em questão não subsistirá, caso não haja confirmação da acusação fiscal.

Ao adentrarem no mérito da causa, os Ilustres Julgadores da 1ª JJF concluíram pela Procedência da autuação fiscal, em razão do seguinte:

No mérito, na peça defensiva, arguiu o autuado que faz jus ao benefício previsto no inciso III, art. 270 do RICMS/BA, que confere aos prestadores de serviços de transporte, nas operações internas e interestaduais, o direito de optar pela substituição de forma normal de compensação de créditos fiscais (débito/crédito) por uma sistemática específica, na qual é concedido apenas crédito presumido sobre as notas fiscais de serviços de transportes.

Explica que a legislação confere um crédito presumido para as operações de transporte aéreo mas também para as prestações de serviços de transportes terrestres.

O Auditor Fiscal informa que a atividade do contribuinte autuado é de transportes de valores, além de vigilância e segurança privada e não de prestação de serviço de transportes aéreo e que as notas fiscais apresentadas, posteriormente, provam que o mesmo atuou como tomador do serviço junto a ATA – AEROTAXI ABAETÉ LTDA., esta, sim, a prestadora de serviço aéreo, cuja função seja viabilizar o exercício de sua atividade de transporte de valores.

Farei, antes, os esclarecimentos que seguem sobre a prestação de serviço de transporte aéreo.

De saída, incumbe relatar que em atendimento ao comando constitucional, a Lei Complementar nº 87, de 13.09.96, que dispõe sobre o ICMS, prevê, em seu art. 2º, inciso II, a incidência do ICMS sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores. Ocorre a incidência do ICMS, mesmo que as prestações se iniciem no exterior, mas com cláusula FOB. A base de cálculo é o preço do serviço.

Em conformidade com o Convênio ICMS 120/96, cláusula primeira, os Estados e o Distrito Federal acordaram em adotar para as prestações internas de serviços de transporte aéreo a alíquota de 12%. Em substituição, ao sistema normal de apuração, o contribuinte poderá optar pela utilização de crédito presumido, de forma que a carga tributária seja correspondente a 8%. A legislação do Estado da Bahia recepcionou o entendimento emanado do convênio acima aludido, no art. 96, XI, “a”, RICMS-97/BA.

A partir do advento da Lei Complementar nº 87/96, somente restou cabível a instituição de ICMS sobre os serviços de transporte aéreo interestadual e intermunicipal de carga. Isto porque o Supremo Tribunal Federal – STF, julgou procedente a ADI nº 1600-8 (ocorrido em 26.11.2001) para declarar inconstitucional a LC 87/96, no tocante à incidência do ICMS sobre os serviços de transporte aéreo de passageiros internacional, interestadual e intermunicipal e sobre os serviços de transporte aéreo de cargas internacional.

Antes, por força da Decisão do STF, através da ADI 1.089-1/DF, a instituição do ICMS sobre a prestação de serviços de transporte aéreo de carga interestadual e intermunicipal pelos Estados ficou subordinada à prévia edição de lei complementar.

Sublinho que o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (na redação da EC nº 45/2004), determina que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade é de observância obrigatória por todos os entes tributantes.

Dessa forma, não incide o ICMS na prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros intermunicipal, interestadual e internacional ou na prestação de serviços de transportes aéreo internacional de cargas pelas empresas aéreas nacionais, enquanto persistirem os convênios de isenção de empresa de empresas estrangeiras. Posto isso, apenas a prestação de serviço de transporte aéreo interestadual e intermunicipal de cargas continua sendo tributada pelo ICMS.

Diante de tais pressupostos, verifico que a presente autuação trata da utilização de crédito fiscal presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação em vigor. O sujeito passivo na qualidade de prestador de serviço de transporte de valores é optante do crédito presumido de 20% do valor do ICMS devido nas prestações (conforme declara o próprio contribuinte), em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação

(débito/crédito), previsto no art. 96, inciso XI, alínea “b” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à data do fato gerador da obrigação tributária.

Vejamos, a partir da legislação, a seguir transcrita:

"Art. 96. 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 transporte, 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:

a) nas prestações internas de serviço de transporte aéreo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte aéreo tomadas por não contribuinte do imposto, o crédito presumido será calculado de forma que a carga tributária seja correspondente a 8% (Conv. ICMS 120/96);

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. ICMS 106/96);".

Fazendo o cotejo do demonstrativo sintético elaborado pelo autuante e que instrui a autuação (fl. 05) com os valores escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS do contribuinte (CD anexo, fl. 10), constata-se a glosa pelo Auditor Fiscal de parte dos créditos do imposto lançados no mencionado livro a título de “outros créditos para ajuste de apuração ICMS”, que excedeu ao limite de 20% do valor das prestações consignadas, no entendimento que o contribuinte não faz jus aos mencionados créditos fiscais.

A irresignação do autuado de que os créditos correspondentes à prestação de serviço de transporte aéreo, conforme as notas fiscais de ATA – AEROTAXI ABAETÉ LTDA, alusivas à carga tributária de 8%, além dos contratos assinados com o Banco do Brasil, que objetivam (sic) a prestação de serviço de transporte, na modalidade intermodal, não há de ter acolhimento, no caso concreto, pelas razões detalhadas a seguir.

O texto da legislação do ICMS supra destacado enfatiza as hipóteses de utilização de créditos presumidos do ICMS, oferecidos aos prestadores de serviços de transporte, 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.

Nesse norte, não pode o contribuinte optante pelo benefício do regime acima aludido fazer uso do valor resultante na modalidade de crédito presumido e ao mesmo tempo utilizar quaisquer outros créditos fiscais, ainda que outro crédito presumido, como operou o contribuinte autuado. Isto, de pronto, em atenção à interpretação restrita, a que deve sujeitar-se os benefícios fiscais, de acordo com art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, que não permite o alargamento da matéria, de nítido cunho excepcional, em face à regra geral de incidência do imposto. Em seguida, porque o Regulamento do ICMS desse Estado, ao tempo em que veda a utilização de crédito relativo aos serviços tomados, quando o contribuinte optar pelo crédito presumido (art. 97, X, “b”), estabelece que constitui crédito fiscal do estabelecimento, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo aos serviços da mesma natureza contratados pelos prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, independentemente do sistema de tributação adotado, nas situações de redespacho ou transporte intermodal, conforme o art. 93, IV, RICMS-97/BA, a seguir transcrito:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

IV - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo aos serviços da mesma natureza contratados pelos prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, independentemente do sistema de tributação adotado, nas seguintes situações:

a) no transporte por redespacho, tanto sendo este efetuado entre empresa transportadora e transportador autônomo como entre empresas transportadoras (art. 635);

b) no transporte intermodal (art. 638);

Portanto, a norma permite ao contribuinte prestador de serviço de transporte de cargas, optante pelo crédito presumido, a utilização também de crédito fiscal decorrente de redespacho e do transporte intermodal, entretanto, veda a utilização de quaisquer outros créditos fiscais.

Os documentos apresentados pelos autuado não caracterizam redespacho ou transpote intermodal, conforme defende o autuado. Redespacho é o contrato entre transportadores em que prestador de serviço (redespachante) contrata outro prestador de serviço de transporte (redespachado) para efetuar a prestação de serviço de parte do trajeto. O Redespachado (sic) é empregado quando a mercadoria, em trânsito, antes de ser entregue ao destinatário final, o seu transporte é assumido por uma segunda empresa, diversa daquela que iniciou. Por sua vez, no transporte intermodal tem-se uma articulação de diferentes meios de transportes (rodoviário, aéreo, marítimo, etc.) como uma necessidade para a prestação do serviço, combinando a potencialidade dos diferentes meios de transportes.

Os contratos de prestação de serviço de transportes de valores celebrados entre o Banco do Brasil e o contribuinte autuado, além das notas fiscais fatura de serviço de transporte, acostados aos autos, atestam o fretamento de aeronaves efetuados junto a ABAETÉ AEROTAXI, com a finalidade de atender a obrigação de efetuar o transporte de valores e de outros bens, dentro das normas de segurança exigidas pela Superintendência de Seguros Provados (sic) – SUSEP, além da utilização de aeronave/embarcação própria ou fretada sob sua responsabilidade, no atendimento da programação de transporte (Contrato 2009/85580520, fl. 64).

Não obstante a alegação defensiva que a prestação de serviço de transporte aéreo, conforme as notas fiscais de ATA – AEROTAXI ABAETÉ LTDA, corresponde à modalidade intermodal, não é o que se observa, nos presentes autos. A prestação de serviço tem natureza jurídica de uma sub contratação de transporte aéreo, expressa, inclusive, nos próprios documentos fiscais.

De acordo com o art. 634, RICMS-97/BA, na subcontratação de serviço de transporte, a prestação é acobertada pelo Conhecimento de Transporte emitido pelo transportador contratante, que será responsável pelo pagamento do imposto. Entende-se como subcontratação, para efeito da legislação do ICMS, aquela firmada na origem da prestação de serviço, por opção do transportador em não realizar o serviço em veículo próprio. Na subcontratação do serviço de transporte, o tomador emitirá o conhecimento, que acompanha a mercadoria, fazendo constar no documento a informação “transporte subcontratado” e o subcontratado ficará dispensado da emissão de Conhecimento de Transporte.

Dessa forma, natural que a subcontratação manejada pelo contribuinte autuado não seja admitida como uma prestação de serviço que possa gerar os créditos fiscais desejados e lançados na sua escrita fiscal. Os documentos da ABAETÉ exteriorizam apenas a obrigação do autuado, mediante pagamento do frete das viagens preestabelecidas ou durante o período descrito no corpo das notas fiscais. A responsabilidade tributária é tão somente do contratante do serviço, que deve emitir o correspondente Conhecimento de Transporte.

Do exposto, resta plenamente caracterizada a exigência de utilização de crédito presumido de ICMS em valor superior ao percentual permitido na legislação em vigor, no valor de R\$ 332.833,27 e PROCEDENTE é o Auto de Infração.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Aduz que faz jus ao benefício previsto no art. 270, III, do RICMS, que confere aos prestadores de serviços de transporte, nas operações internas e interestaduais, o direito de optar pela substituição da forma normal de compensação de créditos fiscais (débito/crédito) de ICMS, por uma sistemática específica na qual são concedidos apenas “créditos presumidos” sobre as notas fiscais de serviços de transportes.

Diz que nas competências de 01/2010 a 12/2010 prestou serviço de transporte aéreo, conforme comprovam as notas fiscais, mas, que em vez de atribuir à Recorrente o crédito presumido adequado, a autoridade fiscal considerou que tais correspondem a serviços terrestres, cujo crédito presumido é menor. Entende que as diferenças apuradas entre o montante recolhido pelo recorrente e aquele reputado como devido pela fiscalização decorrem desse fato.

Apresenta o contrato de prestação de serviço firmado entre o recorrente e o Banco do Brasil, que tem por objeto a prestação de serviço de transporte de valores para o Estado da Bahia, tendo como uma das modalidades de transporte, o intermodal, bem como as notas fiscais de serviço de transporte aéreo de carga do exercício de 2010.

Argui a inconsistência verificada na base de cálculo apurada pela fiscalização, e diz ser necessária uma análise sobre as notas fiscais juntadas na Impugnação para se identificar a natureza dos serviços prestados, se aérea ou terrestre, e o crédito presumido correspondente.

Invoca o princípio da verdade material e entende que há de se considerar provado o equívoco da autuação, posto que, no seu entender, inexistente razão para o lançamento tributário.

Alega que a multa de 60% tem caráter confiscatório e apresenta decisões do STF e do TRF 1ª Região das décadas de 80 e 90.

Em Parecer de fls. 266/269, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Após explicitar que a autuação fiscal não contém qualquer vício e que este Órgão Julgador Administrativo não tem competência para analisar a constitucionalidade ou legalidade de lei estadual, observa que o percentual da multa aplicada, decorrente de descumprimento de obrigação principal, está previsto na legislação estadual.

Quanto ao mérito, observa que a tese defensiva carece de respaldo legal, uma vez que os créditos correspondentes à prestação do serviço de transporte aéreo (notas fiscais de ATA – AEROTAXI ABAETÉ LTDA.) e os contratos assinados com o Banco do Brasil, não geram crédito fiscal. Aduz que as provas materiais carreadas pelo sujeito passivo têm natureza jurídica de sub contratação de transporte aéreo, expressa nos próprios documentos fiscais.

VOTO

Ab initio, é necessário analisar a contratação, pelo recorrente, dos serviços de transporte aéreo de cargas junto à empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ, é preciso esclarecer se isso representa uma subcontratação do serviço, como entendeu a Ilustre 1ª JJF, ou se é o caso de um transporte intermodal, como defende o recorrente.

Analisando-se o caso percebe-se que o recorrente é contratada pelo Banco do Brasil para o serviço de transporte de valores entre as agências, do referido banco, localizadas no Estado da Bahia. Tal serviço compreende a coleta dos valores na agência de origem, o transporte terrestre dos mesmos em um carro forte até o aeroporto, o transporte aéreo dos valores até a cidade da agência de destino, e o transporte terrestre da carga, em carro forte, do aeroporto até a agência de destino.

Vê-se, portanto, que se trata de um serviço de transporte compreendido por 3 fases, sendo que a primeira e a terceira são terrestres e realizadas pelo recorrente, enquanto que a segunda é aérea e realizada pela empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ, contratada pelo recorrente.

Assim, há de se concluir que o serviço contratado pelo recorrente junto à empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ não tem natureza de subcontratação, uma vez que ele representa apenas um trecho do serviço de transporte de valores contratados pelo Banco do Brasil junto à Recorrente. Observe-se que ao art. 634, §5º, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, prescreve que a subcontratação do serviço de transporte é aquela realizada na origem da prestação do serviço, quando o transportador opta por não realizá-lo, veja-se:

Art. 634. Na subcontratação de serviço de transporte, a prestação será acobertada pelo Conhecimento de Transporte emitido pelo transportador contratante (Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 14/89 e 15/89).

§ 5º Entende-se por subcontratação aquela efetuada na origem da prestação do serviço, por opção do transportador em não realizar o serviço em veículo próprio.

Como no presente caso o recorrente inicia o serviço de transporte de valores, levando a carga da agência de origem até o aeroporto, bem como conclui o serviço, haja vista que também realiza o transporte do aeroporto até a agência de destino, não há que se falar em subcontratação.

O que se vê no presente caso é que se trata sim de um serviço de transporte intermodal, compreendido de dois trechos terrestres e um trecho aéreo, e que o trecho aéreo é realizado por um terceiro transportador em situação semelhante a de um redespacho, que é aquela em que o transportador que já iniciou o serviço subcontrata transportador autônomo ou veículo de empresa transportadora não inscrita neste Estado para concluir a prestação o serviço, conforme prescreve ao art. 271 do RICMS/97, vigente à época:

Art. 271. Em substituição ao Conhecimento de Transporte, poderá ser emitido o Despacho de Transporte,

modelo 17 (Anexo 29), por empresa transportadora inscrita neste Estado na condição de contribuinte normal que, tendo sido contratada para prestação de serviço de transporte de carga, e já havendo realizado parte da prestação, subcontratar, na modalidade de redespacho, transportador autônomo ou veículo de empresa transportadora não inscrita neste Estado para concluir a execução de serviço em veículo diverso do originário, desde que o preço do serviço tenha sido cobrado pela transportadora até o destino da carga (Conv. SINIEF 06/89 e Ajustes SINIEF 01/89, 7/89 e 14/89). (grifos aditados)

Apesar de se assemelhar, o caso dos autos se distancia do redespacho porque não foi contratado um transportador autônomo ou um veículo de empresa transportadora não inscrita neste Estado, e sim uma empresa de transportes (taxi aéreo). Ademais, distancia-se também porque a contratação não foi para concluir a prestação do serviço, e sim para realizar um trecho intermediário deste.

Assim, entendo que a natureza jurídica do serviço de transporte contratado pelo Banco do Brasil junto à Recorrente é de transporte intermodal, no qual ela (Recorrente) subcontrata os serviços da empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ para realizar um trecho intermediário do serviço.

Sendo transporte intermodal, ele se enquadra na situação prevista no art. 93, IV, “b”, do RICMS/97, vigente à época:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

*IV - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo aos serviços da mesma natureza contratados pelos prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, **independentemente do sistema de tributação adotado**, nas seguintes situações:*

a) no transporte por redespacho, tanto sendo este efetuado entre empresa transportadora e transportador autônomo como entre empresas transportadoras (art. 635);

b) no transporte intermodal (art. 638); (grifamos)

Observe-se que o art. 96, XI, do RICMS/97, vigente à época, prevê a regra de que os optantes pelo crédito presumido não poderão utilizar qualquer outro crédito fiscal, salvo as exceções expressas:

"Art. 96. 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 transporte, 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:***

a) nas prestações internas de serviço de transporte aéreo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte aéreo tomadas por não contribuinte do imposto, o crédito presumido será calculado de forma que a carga tributária seja correspondente a 8% (Conv. ICMS 120/96);

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. ICMS 106/96);". (grifamos)

Destarte, no caso de transporte intermodal, o contribuinte prestador de serviço de transporte de cargas, optante pelo crédito presumido, tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o serviço de transporte, uma vez que o art. 93, IV, “b”, do RICMS/97 (vigente à época) garante o direito ao crédito independentemente do sistema de tributação adotado.

Aplicando-se tais conclusões para o caso em análise, vê-se que o recorrente tem direito ao crédito presumido de 20% do valor do ICMS (art. 96, XI, “b”, do RICMS/97), uma vez que não realiza serviço de transporte aéreo, o qual é realizado pela empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ.

Face ao exposto, mostra-se é indevida a utilização do crédito presumido, pela Recorrente, para que a carga tributária corresponda a 8%, sendo, portanto, correta a autuação fiscal.

Por outro lado, em razão do quanto prescrito no art. 93, IV, “b”, do RICMS/97, além dos 20% a

título de crédito presumido, o recorrente tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o serviço de transporte aéreo contratado junto à empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ, pois o serviço prestado pelo recorrente tem natureza intermodal.

Destarte, o recorrente tem direito a escriturar os créditos que ainda não estejam extintos pela decadência, referentes ao ICMS incidente sobre os serviços contratados junto à empresa ATA – AEROTAXI ABAETÉ.

Não vislumbro qualquer nulidade na autuação fiscal, estando presentes os requisitos do art. 39 do RPAF. Ademais, há que se frisar que a análise da natureza do serviço de transporte realizado pelo recorrente transcendeu às provas constantes nos autos, em obediência ao princípio da verdade material, assim, não há que falar em ofensa a tal princípio ou cerceamento do direito de defesa.

Por fim, quanto às alegações de confiscatoriedade ou desproporcionalidade da multa, noto que o percentual de multa está previsto na legislação estadual e não pode ser afastados em razão de tais argumentos por conta da previsão legal constante no art. 125, I, do COTEB.

Entendo que os princípios constitucionais e as decisões judiciais servem de fundamento para as decisões a serem proferidas em âmbito administrativo, mas, em regra, não se pode afastar a aplicação da norma prevista na legislação estadual sob a alegação de inconstitucionalidade, ainda mais quando nem mesmo os Tribunais Superiores têm jurisprudência pacífica sobre qual o limite do percentual de multa para o descumprimento de obrigação principal.

Assim, deixo de apreciar o argumento recursal referente aos percentuais da multa em virtude da delimitação da competência deste E. CONSEF.

Em face de todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281333.0003/13-9**, lavrado contra **NORDESTE SEGURANÇA E TRANSPORTE DE VALÔRES BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 332.833,27**, 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, 30 de junho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS