

A. I. N° - 147072.0019/04-6
AUTUADO - VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE
AUTUANTE - CESAR DE SOUZA LOPES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 07.10.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0356-02/05

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO DE CARGAS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Infração caracterizada. A concessão de liminar em Mandado de Segurança não impede o Fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário ficando, entretanto, suspensa sua exigibilidade até Decisão definitiva da ação. Não foi apreciada a arguição de inconstitucionalidade da legislação estadual, por não se incluir tal questão na competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 27/12/2004, para exigência de R\$ 201.361,59, sob acusação de falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de transporte aéreo de carga devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, relativo ao período de janeiro de 1999 a novembro de 2000, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 62.

O autuado representado por advogado legalmente constituído, em sua impugnação às fls. 66 a 74, após descrever a infração e os dispositivos tidos como infringidos, fez um breve histórico sobre a situação em que as operações realizadas por empresas aéreas estão submetidas a tributação do ICMS, dizendo que este tributo está previsto no art. 155, da CF/88, porém, por força do julgamento procedente da ação direta de inconstitucionalidade n° 1.089, proposta pelo Senhor Procurador Geral da República, nunca se aperfeiçoou, conforme ementa que foi transcrita. Também reproduziu a ementa de outro Acórdão no âmbito judiciário.

Aduz que não é devido o ICMS nas operações de serviço de transporte aéreo no período de 1989 a 1996, pela clara e expressa razão total da falta de norma complementar.

Comenta que na falta de norma complementar, foram publicadas a LC 87/96 e o Convênio ICMS n° 120/96, que pretendiam sanar os vícios da legislação anterior, porém, incorreram nos mesmos erros, resultando em ações diretas de inconstitucionalidades n°s 1.600 e 1.601, sendo que esta última possui liminar no sentido de suspender a execução e aplicabilidade do Convênio citado.

Por conta disso, argüi a nulidade do lançamento tributário em questão, fundamentado na preliminar de inaplicabilidade da legislação interna e do Convênio n° 120/96 que alterou a alíquota, por entender que o autuante levou em conta a legislação estadual sem mencionar a legislação apropriada (Resolução do Senado), não levando em consideração que a matéria objeto deste processo se encontra *sub judice*.

Expressou o seu entendimento sobre a inconstitucionalidade da LC n° 87/96, com base nas seguintes premissas:

1. *“ausência total de regulamentação quanto a forma pela qual serão dirimidos os conflitos em torno da competência impositiva, tão menos sobre a partilha do produto do imposto, em face da prestação de serviços de transporte, quando este transitar por mais de um Estado Federativo;*
2. *desrespeito ao princípio da isonomia entre as empresas nacionais e estrangeiras, no tocante ao transporte de passageiros e cargas para o exterior, na medida que as empresas estrangeiras, em razão de tratados e acordos internacionais, ESTÃO ISENTAS DO RECOLHIMENTO DO ICMS;*
3. *não dispõe, minimamente, a despeito das obrigações principais ou acessórias, no tocante à atividade aérea; e outras.”*

Além disso, diz que o Convênio ICMS nº 120/96 encontra-se com sua execução suspensa pelo STF, por pretender fixar a alíquota de 12%, pois as alíquotas do ICMS, conforme dispõe inciso IV, do § 1º c/c o inciso IV do § 2º, ambos do artigo 155, da CF/88 atribuem tal competência ao Senado Federal, o qual, por sua vez, baixou a Resolução nº 95/96, fixando em 4% a alíquota do ICMS na prestação de transporte aéreo interestadual de passageiros, cargas ou mapa postal.

Ressalta que de acordo com inciso XII do artigo 155, da CF/88, cabe a lei complementar regular isenções, incentivos e benefícios, forma de concessão e revogação, não sendo Convênio um instrumento legal para fixação de alíquotas.

Salienta que o artigo 1º do LC nº 87/96 expressamente diz que o CONFAZ não tem competência para estabelecer alíquota do ICMS.

Concluindo que não existe no presente caso legislação eficaz a se seguir quanto à aplicabilidade do ICMS, pede a suspensão da exigência fiscal até a decisão final da ação direta de inconstitucionalidade.

No mérito, diz que o presente lançamento não pode prosperar, pois se confrontado o Convênio ICMS 120/96 com a Resolução do Senado nº 95/96, não haveria nenhum imposto a ser recolhido, em razão da aplicação da alíquota de 4% e do crédito presumido neste mesmo percentual, e que este foi o procedimento do estabelecimento na apuração mensal do imposto, ao contrário do que adotou o autuante em considerar a alíquota de 12% com base no Convenio ICMS 120/96 deduzindo o percentual de 8% como crédito presumido.

Destaca que haveria de apurar os créditos que a empresa tem direito, fazendo-se a devida compensação, o que não foi observado pelo autuante, deixando de atentar para o princípio da não cumulatividade.

Assevera que o autuante ao mensurar a base de cálculo da exigência fiscal desconsiderou o adicional de 3% já embutido nos preços das passagens de linhas domésticas, a título de Fundo Aeroviário – Conta Especial Fundo Aeroviário, previsto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 76.290/75.

Fez menção ao Acórdão JF nº 0087-03/04, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, relativo ao Auto de Infração nº 147072.0008/03-6, o qual foi julgado nulo sob o fundamento de que a base de cálculo e alíquota aplicáveis não correspondiam às previstas na legislação tributária, e também o posicionamento adotado por outros Estados da Federação, a exemplo do Estado do Rio de Janeiro, que em 29/04/04 editou o Decreto nº 35.322 autorizando o cancelamento de autos de infração, considerando que o STF nas Ações diretas nºs 1.089-1, 16500-8 e 1601-6 declarara inconstitucional o ICMS incidente sobre as operações de prestação de serviço de transporte aéreo.

Ao final, requer o acolhimento das preliminares argüidas, ou seja decidido pela suspensão do presente lançamento tributário até a decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

1.601, ou pela improcedência do auto de infração, ou ainda seja considerada alíquota de 4% com as devidas compensações.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 96, argumenta que não lhe cabe discorrer sobre a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre a Prestação de Serviço de Transporte de Carga Aéreo. Esclareceu que a exigência fiscal refere-se a Prestação de Serviços de Cargas Aéreas Nacionais, cujo levantamento foi feito com base nos livros fiscais do autuado, e em conformidade com o Convênio ICMS 120/96, e ratificado pelo Ato COTEPE-ICMS 02/97, conforme demonstrativos anexos ao processo. Manteve o seu procedimento fiscal pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata o presente processo da falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, referente a prestação de serviço de transporte aéreo de carga devidamente escriturada nos livros fiscais próprios, relativo ao período de janeiro de 1999 a novembro de 2000, conforme demonstrativos e documentos às fls. 10 a 62.

Na peça defensiva foi argüido pelo autuado:

- a) Inaplicabilidade da legislação interna e do Convênio nº 120/96 que alterou a alíquota nas prestações de serviços de transporte aéreo, por se encontrar esta matéria sub-judice, conforme liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nºs 1600 e 1601, a primeira tendo por objeto a Lei Complementar nº 87/96 e a segunda o Convênio ICMS nº 120/96, no sentido de suspender a execução e aplicabilidade do Convênio mencionado. Pede a suspensão do presente lançamento tributário até a decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.601.
- b) Inconstitucionalidade da LC nº 87/96, com base nas seguintes premissas: “ausência total de regulamentação quanto a forma pela qual serão dirimidos os conflitos em torno da competência impositiva, tão menos sobre a partilha do produto do imposto, em face da prestação de serviços de transporte, quando este transitar por mais de um Estado Federativo; desrespeito ao princípio da isonomia entre as empresas nacionais e estrangeiras, no tocante ao transporte de passageiros e cargas para o exterior, na medida que as empresas estrangeiras, em razão de tratados e acordos internacionais, ESTÃO ISENTAS DO RECOLHIMENTO DO ICMS; não dispõe, minimamente, a despeito das obrigações principais ou acessórias, no tocante à atividade aérea; e outras.”
- c) De acordo com a Resolução nº 95/96 do Senado Federal, foi fixada em 4% a alíquota do ICMS na prestação de transporte aéreo interestadual de passageiros, cargas ou mapa postal, e que se confrontado o Convênio ICMS 120/96 com a mencionada resolução, não haveria nenhum imposto a ser recolhido, em razão da aplicação da alíquota de 4% e do crédito presumido neste mesmo percentual, e que este foi o procedimento do estabelecimento na apuração mensal do imposto, ao contrário do que adotou o autuante em considerar a alíquota de 12% com base no Convênio ICMS 120/96 deduzindo o percentual de 8% como crédito presumido. Pede que seja considerada a alíquota de 4% com as devidas compensações.
- d) Na apuração da exigência fiscal não foram compensados os créditos fiscais que a empresa tem direito, e foi desconsiderado o adicional de 3% já embutido nos preços das passagens de linhas domésticas, a título de Fundo Aeroviário – Conta Especial Fundo Aeroviário, previsto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 76.290/75.

Sobre as duas primeiras questões, abstenho-me de maiores considerações, uma vez que consoante disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99, o órgão julgador no âmbito administrativo não tem competência para deliberar sobre alegação de inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária que fundamenta a autuação, ressaltando-se que esta questão já foi reiteradamente decidida desta forma pelo CONSEF. O preposto fiscal fundamentou corretamente a autuação na legislação vigente no Estado da Bahia, e o simples fato de as normas do Convênio ICMS nº 120/96, recepcionadas pelo RICMS/BA, estarem sendo contestadas na esfera judicial não invalida a ação fiscal.

Quanto a existência de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIN 1601/DF, conforme Pareceres exarados pela PGE/PROFI em outros processos, a referida liminar tão somente suspende a exigibilidade do crédito tributário e não tem o condão de impedir que a autoridade fazendária constitua o crédito tributário, resguardando-se dos efeitos da decadência.

Com relação a alíquota aplicável nas prestações de serviços de transporte aéreo de cargas, o histórico da legislação sobre a matéria é o seguinte.

1. O art. 50, inciso III, alínea “a” previa a alíquota de 12% para as prestações internas de serviços de transporte aéreo, a partir de 01/01/1997.
2. O § 1º do Convênio ICMS nº 120/96, recepcionado no art. 96, XI, “a”, do RICMS/97, prevê a possibilidade de, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual, que o contribuinte poderá optar pela utilização de um crédito presumido que resulte em carga tributária correspondente ao percentual de 8%, não podendo, neste caso, utilizar quaisquer outros créditos.
3. O Decreto nº 7.365 revogou, a partir de 11.12.97, a alínea “a” do inciso III do art. 50 do RICMS/97, passando, assim, desde esta data, a alíquota do ICMS nas referidas prestações a 17%, de acordo com as regras previstas no inciso I do mesmo art. 50, mantida, no art. 96, inciso XI do RICMS/97, a opção pela utilização do crédito presumido citado no comentário anterior.

Portanto, o contribuinte prestador de serviços de transporte aéreo, que utilizar o sistema de compensação, via débito/crédito, nas suas prestações internas, fica sujeito às alíquotas de 12% até 10/12/97 e 17% a partir de 11/12/97, observando-se o seguinte:

1. Aplicação da alíquota de 17% sobre a receita decorrente das prestações internas de serviços de transporte aéreo de pessoa, carga e mala postal, tomadas ou destinadas a contribuintes ou não contribuintes do ICMS;
2. Idem da alíquota de 17% sobre a receita decorrente das prestações interestaduais de serviços de transporte aéreo, de pessoa, carga e mala postal, tomadas ou destinadas a não contribuintes;
3. Idem da alíquota de 4% (conforme a Resolução nº 95/96, do Senado Federal), sobre a receita decorrente das prestações interestaduais de serviço de transporte aéreo de pessoa, carga e mala postal, tomados ou destinados a contribuintes, conforme previsto no art. 50, III, “b”, do RICMS/97.

Neste processo, com relação ao débito apurado, observo que no Demonstrativo de Débito à fl. 10, encontra-se devidamente especificada em cada coluna, o período de apuração, o montante do valor referente a Receita com Cargas Nacionais; o ICMS debitado à alíquota de 4% sobre a receita; o valor dos créditos fiscais; o saldo devedor (débito menos crédito); o ICMS recolhido; e finalmente, a diferença a recolher.

Pelo argumento defensivo, nota-se que os números consignados no referido demonstrativo não foram contestados pelo autuado, se insurgindo, no entanto, quanto a alíquota utilizada para determinação do imposto devido e do crédito fiscal. Não assiste razão ao autuado, haja vista que,

em virtude do estabelecimento utilizar o sistema de compensação, via débito/crédito, nas suas prestações internas, foi utilizada corretamente a alíquota aplicável (4%), prevista na legislação que rege a matéria acima citada, inclusive com a concessão dos créditos fiscais a que tem direito decorrente de aquisições de mercadorias ou prestações de serviços.

Em relação ao argumento defensivo da existência de liminar concedida em mandado de segurança, observo que vem prevalecendo nos julgamentos administrativos no âmbito do CONSEF, o entendimento de que a liminar não evita o lançamento fiscal, haja vista que a concessão de liminar não impede o Fisco de exercer o seu dever de autuar, sob pena de responsabilidade funcional. Assim, a decisão é no sentido de que seja constituído o crédito tributário, ficando, todavia, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Voto PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147072.0019/04-6**, lavrado contra **VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 201.361,59**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50% prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR