

A. I. Nº - 019290.0032/05-5
AUTUADO - VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE
AUTUANTE - PAULO CESAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 17. 05. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-04/06

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. Rejeitadas as arguições de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado 26/12/2005, para exigir imposto o valor de R\$ 206.654,97, em razão 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 1998 a dezembro de 1998.

O autuado às folhas 52 a 60, impugnou o lançamento tributário, onde, inicialmente, descreve a infração e os dispositivos tidos como infringidos, argumentando que a legislação estadual não poderia ser aplicada ao presente caso, pois o convênio 120/96 está suspenso, por conta de Liminar obtida na ADIN Nº 1.601, ainda não julgada o mérito.

Aduz que a tributação do ICMS está previsto no art. 155, da CF/88, porém, por força do julgamento procedente da ação direta de inconstitucionalidade nº 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.

Assevera que não é devido o ICMS nas operações de serviço de transporte aéreo no período de 1989 a 1996, por falta de norma complementar. Argumenta que para suprir a falta de norma complementar, foram publicados a Lei Complementar nº 87/96 e Convênio ICMS nº 120/96, pretendendo sanar os vícios da legislação anterior, porém, incorreram nos mesmos erros, resultando em ações diretas de inconstitucionalidades ns. 1.600 e 1.601, sendo que esta última possui liminar no sentido de suspender a execução e aplicabilidade do Convênio citado.

Argumenta que o Auto de Infração é nulo, pois a tipificação baseou-se na legislação estadual e não em Resolução do Senado. Salaria que, das duas, uma, ou se declara nulo ou suspende-se o mesmo até que as referida ação direta de inconstitucionalidade seja julgada pelo STF.

Em seu entendimento, a inconstitucionalidade da LC nº 87/96 decorre da 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 e não dispõe, minimamente, a despeito das obrigações principais ou acessórias, no tocante à atividade aérea.

Reitera 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. Diz 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.

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 auto 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, ou seja decidido pela suspensão do presente lançamento tributário até a decisão final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.601, ou pela improcedência, ou ainda seja considerada alíquota de 4% com as devidas compensações.

O autuante ao prestar a informação fiscal, folhas 73/74, com relação a inaplicabilidade da legislação interna e do Convênio nº 120/96, por se encontrar esta matéria sub-júdice, conforme liminares ADIN ns. 1600 e 1601, tendo por objeto, respectivamente, a Lei complementar nº 87/96 e do Convênio ICMS nº 120/96, informa que tais procedimentos não invalidam a ação fiscal e não impede a constituição do crédito tributário.

Quanto ao Auto de Infração, assevera que não resta dúvida que foi fundamentado corretamente. Esclarece que na prestação de serviços de transporte aéreo de cargas, o contribuinte que utilizar o sistema de compensação, via débito e crédito, nas prestações internas, fica sujeito as alíquotas de 12%, até 10/12/97, e 17% a partir de 11/12/97, destinadas a contribuintes ou não contribuintes do ICMS, decorrentes de prestações internas de serviços de transporte aéreo de pessoa, carga e mala postal, seria também 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. No caso em tela a alíquota aplicada foi de 4%, conforme Resolução nº 95/96, mencionada na descrição dos fatos, sobre a receita decorrente das prestações interestaduais e intermunicipais de serviço de transporte aéreo de cargas domésticas, tomados ou destinados a contribuintes, conforme demonstrativo à folha 11 dos autos.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Da análise dos autos do processo, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em razão 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.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o procedimento do autuante foi correto, tipificando a infração na legislação estadual, como é o seu dever de ofício, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em relação ao Acórdão citado pela defesa, o mesmo não se aplica neste caso, uma vez que no caso em tela o autuante aplicou a alíquota de 4%, conforme previsto no art. 50, III, “b”, do RICMS/97, o que não correu no caso do objeto do citado Acórdão.

No tocante a existência de liminar concedida em mandado de segurança, observo que encontra-se consolidado, 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019290.0032/05-5**, lavrado contra **VARIG S/A VIAÇÃO AÉREA RIOGRANDENSE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 206.654,97**, 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, 09 de maio de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR