

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

4^a 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 argüição de inconstitucionalidade da legislação estadual, por não se incluir tal questão na competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Rejeitadas as argüições 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. Salienta 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 Aerooviário – Conta Especial Fundo Aerooviário, previsto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 76.290/75. Fez menção ao Acórdão JJF 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 argüição de constitucionalidade 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.

Diane do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a 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