

Acórdão: 14.942/01/1^a
Impugnação: 40.010103306-82
Impugnante: Transbrasil S/A Linhas Aéreas
Proc. do Sujeito Passivo: Iracema Costa Simões
PTA/AI: 01.000116473-94
Inscrição Estadual: 062.822595.00-02
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO - ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA. Aplicação incorreta da alíquota de 4% nas prestações de serviço de transporte aéreo, quando o correto seria 12%, referente ao período de abril/97 a agosto/97. Imputação amparada na legislação tributária mineira. Exigências fiscais mantidas.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - FALTA DE 1ª VIA DE DOCUMENTO FISCAL. Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, sem apresentação dos documentos fiscais a eles relativos. Infração caracterizada. Exigências mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aplicação incorreta da alíquota de 4% nas prestações de serviço de transporte aéreo, quando o correto seria 12%, no período de janeiro a agosto/97 e aproveitamento indevido de créditos de ICMS, sem apresentar ao Fisco os documentos fiscais a eles relativos, no período de janeiro a agosto/97.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls.147/175), por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco apresenta a manifestação de fls. 292/293, refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 296/306, opina pela procedência do lançamento e junta cópia de Consultas(fl. 307 a 317).

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1

A Impugnante faz referência à Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n.º 1601, impetrada pelas empresas aéreas, cujo pedido foi deferido pelo Supremo Tribunal Federal, que concedeu a medida cautelar, para suspender até decisão final da ação, a execução e aplicabilidade do Convênio ICMS n.º 120, de 13.12.96, que dispõe sobre as prestações de serviço de transporte aéreo, inclusive a determinação de alíquota.

Decide-se não enviar os autos à Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, para sua manifestação quanto a referida ADIN n.º 1601, uma vez que, conforme entendimento da SLT, em resposta às Consultas de Contribuintes n.ºs 059, 060, 061, 062, 063 e 064/98, cuja cópia anexamos aos autos, “a suspensão da eficácia do Convênio ICMS 120/96 torna inaplicável, de fato, a alíquota prevista na cláusula primeira desse, mas não invalida, absolutamente, a aplicação da alíquota de 12%, como estabelece o art. 12, b, b-4 da Lei n.º 6.763/75 nas prestações internas de serviço aéreo”.

Como esclarece a SLT, “a cláusula segunda do Convênio ICMS 120/96 tem apenas função didática e simplesmente repete o conteúdo dos incisos VII e VIII do § 2º do art.155 da Constituição Federal que estabelece sobre a competência dos Estados para fixação de alíquotas nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor localizado em outras Unidades da Federação” (resposta 2 das Consultas 059 a 064/98).

Consoante o art. 12, b, b-4 da Lei n.º 6.763/75, nas prestações internas de serviço de transporte aéreo de passageiros, a alíquota do imposto é 12%, a partir de 1º de janeiro de 1997.

No caso de prestações de serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte, conforme disposto no § 1º, alíneas “a” e “b” do art. 12 da Lei n.º 6.763/75, como orientado nas respostas às Consultas anteriormente especificadas, como também naquelas de n.ºs 068, 069, 070 e 071/97, que também tiveram como uma das Consulentes a própria Autuada.

O deferimento do pedido constante da ADIN – 1601 não prejudica a aplicação das alíquotas especificadas na Lei n.º 6.763/75 para cálculo do imposto relativo à prestação de serviço de transporte aéreo.

Dessa forma, a mencionada ação não prejudica o andamento do processo na esfera administrativa, face a orientação dada pela SLT.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação a ADIN apresentada pelo Sindicato das Empresas Aéreas contra a Lei Complementar n.º 87/96, salientamos que a referida ação não prejudica o andamento do presente processo, pois o art. 11 da CLTA/MG refere-se a ação judicial contra atos de autoridades estaduais, que não é o caso da mencionada Lei Complementar.

Preliminar 2

A empresa requer realização de perícia técnica identificada a fls. 174.

Não obstante a Litigante ter elencado a finalidade desejada em requerer tal expediente, conclui-se que não foram apontados de forma precisa os quesitos para a análise de Perícia, assim entendido nos termos do artigo 98, inciso III da CLTA/MG.

Por conseguinte, deixa-se de indeferir formalmente o pedido aludido. Mesmo se assim não fosse, a matéria tratada é suprível pelas provas constantes dos autos (art. 116 da CLTA/MG).

DO MÉRITO

1) Aplicação incorreta da alíquota de 4% nas prestações de serviço de transporte aéreo, quando o correto seria calcular o imposto devido pela alíquota de 12%.

A fiscalização constatou que a Autuada aplicou incorretamente a alíquota de 4% nos serviços de transporte aéreo, prestados para consumidor final, no período de abril/97 a agosto/97, quando o correto seria 12%.

Em se tratando de prestação interestadual, deve ser aplicada a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, nos termos do § 1º, alínea “a” do art. 12 da Lei n.º 6.763/75, que está em consonância com a determinação constitucional prevista na alínea “b” do inciso VII do § 2º do art. 155 da nossa Carta Magna.

Na prestação interna de serviço de transporte aéreo, inclusive de passageiros, a alíquota do ICMS é 12%, consoante a subalínea “b.8”, inciso I do art. 43 do RICMS/96, que recepcionou a subalínea “b.4” do inciso I do art. 12 da Lei n.º 6.763/75.

Além disso, nos termos do art. 43, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.1” do RICMS/96, a partir de 1º de janeiro de 1997, quando se tratar de serviço de transporte aéreo de pessoa, carga e mala postal, tomado por não-contribuinte ou a este destinado, deverá ser adotada a alíquota prevista no inciso I do mesmo artigo.

Em analisando os DAPI de fls. 132/133, verificamos que a Autuada calculou o ICMS utilizando a alíquota de 4%, haja vista os valores do imposto lançados a débito, transcritos pelo Fisco na Recomposição da Conta Gráfica na coluna “cópia fiel”, fls. 141.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esse procedimento não está correto, tendo em vista as disposições acima mencionadas.

Por estar prevista na Lei n.º 6.763/75, bem como no RICMS/96, a aplicação da alíquota de 12% é legítima, não prevalecendo, assim, o entendimento da Impugnante que a sua utilização é indevida, utilizando como argumento a suspensão da eficácia do Convênio 120/96 e a inaplicabilidade da legislação interna que incorporou as normas do Convênio 66/88 e 120/96.

A Impugnante afirma que ela realiza no Estado de Minas Gerais somente vôos intrerestaduais.

No entanto, como o tomador de serviço é consumidor final, deverá ser aplicada a alíquota interna, consoante as determinações da legislação tributária.

Diz a Impugnante que, como trata-se de transporte aéreo, não há que se falar em aplicação de alíquota interna, como previa o Convênio 120/96, uma vez que o passageiro que adquire o bilhete de transporte aéreo não é consumidor final localizado em outro Estado, devendo ser aplicada a Resolução do Senado Federal.

Tal entendimento está equivocado, pois na determinação da alíquota para cálculo do imposto devido na prestação de serviço de transporte, inclusive o aéreo, deve ser observado o início e o término da prestação, não devendo confundir que o passageiro está ou não localizado em outro Estado, como entendeu a Impugnante.

No caso de prestação de serviço de transporte, considera-se o local da prestação o do início da prestação de serviço de transporte de passageiros ou pessoas, indicado no bilhete de passagem ou na nota fiscal, ainda que a venda ou emissão dos mesmos tenham ocorrido em outra Unidade da Federação, conforme dispõe a alínea “c” do inciso II do art. 61 do RICMS/96, devendo ser observado que tal disposição não se aplica às escalas e conexões no transporte aéreo, como preceitua o § 3º do mesmo artigo.

O passageiro que adquire passagem é consumidor final, devendo ser observado a disposição do inciso VII do § 2º do art. 155 da CF/88.

A Impugnante questiona a vigência do inciso V do art. 54 do RICMS. No entanto, tal dispositivo no RICMS/96, do nosso Estado, trata-se de arbitramento e entrou em vigor a partir de 01.08.96, quando o referido Regulamento passou a surtir efeitos.

Com relação a aplicabilidade do Convênio 120/96, repetimos que a suspensão da sua eficácia torna inaplicável, de fato, a alíquota prevista na cláusula primeira desse, mas não invalida, absolutamente, aplicação da alíquota de 12%, como estabelece o art. 12, b, b-4 da Lei n.º 6.763/75 nas prestações internas de serviço aéreo, conforme entendimento da SLT.

A reclamação da Impugnante que o Auto de Infração englobou vendas nacionais e internacionais, totalmente isentas do tributo, não procede, pois os valores a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributar foram retirados dos DAPI, cujos valores foram declarados pela própria Autuada, e ela não apresentou valores relativos às saídas para o exterior.

Quanto ao argumento que a aplicação da alíquota diferenciada fere o disposto no art. 150, inciso II da CF/88, lembramos que não é da competência do Órgão Julgador negar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo, nos termos do art. 88 da CLTA/MG.

A vedação prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a” da CF/88 refere-se à cobrança de imposto entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e não sobre a composição do base de cálculo do imposto.

Não existe previsão que proíba a inclusão do adicional tarifário na base de cálculo do ICMS relativo à prestação de serviço de transporte aéreo.

Além disso, tal inclusão não restou comprovada nos autos.

Para cobrança da diferença do imposto, a fiscalização utilizou a mesma base de cálculo utilizada pela Impugnante para cálculo do imposto, isto é, aquele declarado nos DAPI pela empresa.

Dessa forma, não prevalece a sua pretensão de separar “passagens vendidas” e “passagens voadas”, pois a fiscalização aplicou a alíquota do imposto sobre os valores declarados pela Impugnante, só que utilizando a alíquota correta (12%), e não aquela utilizada pela Autuada (4%).

Portanto, corretos os valores exigidos a título de ICMS, que lançados na conta gráfica, resultou em recolhimento a menor do imposto.

2) Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, face a falta de apresentação dos documentos fiscais a eles relativos:

A fiscalização constatou que a Autuada aproveitou indevidamente créditos de ICMS no período de abril a agosto de 1997, relacionados no quadro de fls. 139, sem apresentar os documentos a eles relativos.

Nos termos do art. 63 do RICMS/96, o valor do crédito utilizado para abatimento do valor do imposto a recolher, somente será permitido mediante a apresentação da 1ª via do respectivo documento fiscal, salvo as exceções previstas na legislação tributária e na hipótese do item 2 do § 1º do art. 63 do RICMS/96.

O art. 70, inciso VI do RICMS/96 determina que o contribuinte não poderá apropriar o imposto quando não possuir a 1ª via do documento fiscal respectivo, salvo o caso de comprovação da autenticidade do valor a ser abatido, mediante apresentação de cópia do documento, com pronunciamento do fisco de origem e aprovação da autoridade fazendária da circunscrição do contribuinte.

Tendo em vista que a Impugnante não apresentou as 1ªs vias das notas fiscais referentes aos valores aproveitados como créditos mencionados no quadro de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fls. 139, relativos ao período de abril/97 a agosto/97, nem tampouco comprovou a autenticidade desses valores, e considerando, ainda, não ocorridas as hipóteses previstas na legislação tributária que dispensam a apresentação do documento, entende-se que os estornos dos créditos promovidos pela fiscalização devam ser mantidos, face as disposições do Regulamento retromencionadas.

A Impugnante informa que, tanto para o transporte aéreo de passageiros, como para cargas, se beneficiou do “crédito presumido” de 4% estabelecido pelo Convênio ICMS 120/96, matéria sobre a qual o CONFAZ pode legislar.

No entendimento da Impugnante ela não tem imposto a pagar, ao fundamento que, como nas operações interestaduais a alíquota é de 4% e o CONFAZ concedeu um crédito presumido igualmente a 4%, não há se falar ou questionar o valor final do imposto a pagar, uma vez que os débitos e créditos do ICMS se compensam e se anulam, resultando em saldo zero.

Tal entendimento não se faz correto, eis que nas prestações interestaduais destinadas a usuário final, adotar-se-á a alíquota interna correspondente a 12%, nos termos do § 1º, alínea “a” do art. 12 da Lei n.º 6.763/75.

O crédito presumido previsto no Convênio ICMS 120/96 referido pela Impugnante, é a utilização da carga tributária correspondente ao percentual de 8%, ficando vedada a utilização de quaisquer outros créditos, consoante as disposições dos §§ 1º e 2º do mencionado Convênio.

Pelos dados constantes do SICAF, doc. fls. 135, a Autuada apropriou de créditos de imposto, evidenciando, assim, que ela não optou pela utilização de um crédito presumido resultando na carga tributária correspondente ao percentual de 8%.

Desse modo, correto o estorno dos créditos lançados pela Autuada, conforme doc. de fls. 139, face a falta de apresentação dos documentos que deram origem aos respectivos créditos.

Nota-se que ao mesmo tempo que a Autuada questiona o Convênio ICMS 102/96, ela o invoca a seu favor para utilização do crédito presumido.

A Impugnante diz que a multa aplicada tem efeito de confisco, que é vedado pela Constituição Federal em seu art. 150, inciso VI.

No entanto, o confisco diz respeito a tributo e não a penalidade.

Reza a CF/88, em seu art. 150, inciso IV “*é vedado utilizar tributo com efeito de confisco*”.

A Teoria do confisco diz respeito ao montante do tributo que ultrapassa a renda ou a propriedade da pessoa, caso que não restou caracterizado nos autos.

Conforme nos ensina Sacha Calmom em seu livro Comentário à Constituição de 1988 - 3ª edição - Editora Forense - “*esta vedação é genérica. Fala-se*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em tributo”, esclarecendo, ainda, que “o princípio do não confisco tem sido utilizado também para fixar padrões ou patamares de tributação tidos por suportáveis”.

A essencialidade do transporte aéreo não o isenta do pagamento do imposto, haja vista a sua previsão na legislação tributária.

A Impugnante entende que até o mês de junho/98 não pode incidir multa, juros de mora e correção monetária, tendo em vista que estava ao abrigo da consulta formulada a SLT.

Não prevalece o entendimento fiscal, eis que só fica vedado qualquer procedimento fiscal, relativamente à espécie consultada, nas hipóteses previstas no art. 21 da CLTA/MG.

A consulta foi protocolizada pela Impugnante em 23.01.98, conforme cópia que ora anexamos aos autos, depois de iniciada a ação fiscal em 10.09.97, conforme TIAF a fls. 02, e depois do recebimento do Termo de Ocorrência, em 16.01.98, fls. 07.

Somente depois da resposta à consulta, dada em 09.03.98, que recebeu o n.º 103/98, que o Auto de Infração foi formalizado, em 23.01.98, vide doc. fls. 137/138.

Portanto, devem ser mantidas as exigências fiscais, uma vez que o estorno dos créditos aproveitados indevidamente, juntamente com a cobrança da diferença do imposto, resultou em falta de recolhimento do imposto apurado em recomposição da conta gráfica.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, rejeitar a proposição da Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão para interlocutório, no sentido de que a Impugnante demonstre, dentre as prestações de serviço autuadas no item “1” do Auto de Infração, aquelas prestadas a contribuinte. Vencidos os Conselheiros João Inácio Magalhães Filho (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que excluía das exigências fiscais, aquelas relativas a prestação de serviço cujo tomador era contribuinte. Participaram do julgamento, além dos supramencionados e do signatário, o Conselheiro José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 12/06/01.

José Luiz Ricardo
Presidente/Relator

MLR/G