Rio deve devolver R$ 12 milhões de ICMS à Transbrasil

A Transbrasil poderá reaver cerca de R$ 12 milhões referentes ao ICMS pago sobre passagens aéreas ao estado do Rio de Janeiro, de junho de 1989 a abril de 1992. O juiz João Luiz Amorim Franco, da 11ª Vara de Fazenda Pública do Rio, determinou a devolução. Ainda cabe recurso.

Junto com a Transbrasil, a Vasp e Varig também lutam para reaver o ICMS pago sobre as passagens. A briga tomou forma em 1996, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu que a cobrança, entre junho de 1989 e abril de 1992, era inconstitucional. Para o STF, o Convênio ICM 66/88, que fixou normas para regular provisoriamente o ICMS, era inconstitucional porque o assunto deveria ser tratado em lei, e não em convênio.

A Transbrasil, representada pelo advogado **Cristiano Zanin Teixeira Martins**, do escritório Teixeira, Martins, Advogados, recorreu à Justiça de 19 estados para obter a restituição. Está em discussão se o ICMS recolhido indevidamente foi pago pela empresa ou se o valor foi repassado aos consumidores.

No Rio de Janeiro, a decisão de primeira instância saiu no dia 21 de janeiro. Ao determinar a restituição, o juiz João Luiz Amorim Franco considerou que a Transbrasil não colocou o valor do imposto nas passagens vendidas. De acordo com ele, na época dos fatos, as tarifas eram fixadas pelo Departamento de Aviação Civil (DAC), “de modo a impossibilitar que o valor do ICMS fosse embutido no preço praticado no mercado de vendas”.

O juiz também considerou que não há prescrição do direito de ser restituído, conforme alegou o governo do Rio de Janeiro. Para o juiz, a prescrição ocorre cinco anos depois do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade da norma. Neste caso, a decisão que declarou o convênio do ICMS inconstitucional transitou em julgado em agosto de 1997 e a ação foi proposta em junho de 2002.

A discussão já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, mas ainda não foi decidida. A 1ª Turma do STJ analisa a possibilidade de restituição em um recurso da Transbrasil contra o Rio Grande do Sul. O Rio de Janeiro já devolveu o valor do ICMS recolhido indevidamente para a Varig.

Veja a decisão

Processo nº: 2002.001.076413-9

AUTOR: TRANSBRASIL S.A. LINHAS AÉREAS

RÉU: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

SENTENÇA

TRANSBRASIL S.A LINHAS AÉREAS intentou AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO contra o Estado do Rio de Janeiro, objetivando a restituição das quantias pagas indevidamente a título de ICMS sobre os serviços de transportes aéreos, no período compreendido entre junho de 1989 e abril de 1992,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

em razão do julgamento da ADIN n° 1089/DF, que excluiu a navegação aérea do campo de incidência do referido imposto. Pleiteia a incidência de juros moratórios e compensatórios, calculados em 1% ao mês desde a data de cada recolhimento, bem como seja aplicada a taxa Selic como forma de cômputo dos juros e correção monetária.

Preliminarmente, alegou a Autora inocorrência de prescrição da pretensão restituitória, uma vez que o prazo para a propositura da medida adequada para tanto é de 05 anos, contado da data em que se declarou a inconstitucionalidade do tributo pago indevidamente, tendo sustentado, ainda, que tal prazo foi interrompido, nos termos do artigo 174, parágrafo único, inciso II do CTN, em 04/12/1996, quando notificou judicialmente o Réu acerca do resultado do julgamento da referida ADIN. Afirmou, ademais, ser detentora de legitimidade ativa para requerer a restituição, tendo em vista a ausência de repasse do valor do ICMS para as tarifas de transporte aéreo.

A inicial de fls. 02/28 veio instruída com os documentos de fls. 29/243.

Decisão de fls. 244 e verso indeferindo a J.G. e determinando o pagamento das custas ao final do processo.

Agravo de instrumento interposto pela empresa da decisão supra (fls. 245/256).

Contestação apresentada pelo Estado as fls. 264/291, esclarecendo que o prazo para o exercício da ação já se encontra ultrapassado (art. 150, art. 150, parágrafo quarto e art. 168 do C.T.N.), além de que, em se tratando de imposto indireto, a Autora deve comprovar que suportou o ônus financeiro do tributo ou que está expressamente autorizada pelo terceiro onerado a receber a restituição, requisitos estes previstos no art. 166 do C.T.N., sem os quais a Autora não faz jus à repetição.

Afirmou, ademais, ser legal a incidência do ICMS sobre o serviço de transporte aéreo e que não há qualquer inconstitucionalidade no tratamento da matéria por meio do Convênio 66/88, sustentando, de forma subsidiária, que a correção monetária devera ser feita nos termos previstos na legislação estadual, não havendo que se falar na inclusão de expurgos inflacionários, nem se cogitar na incidência de juros moratórios antes da decisão condenatória final, quiçá de juros compensatórios por ausência de pressuposto legal.

Réplica às fls. 294/313.

Em provas, as partes manifestaram-se conforme fls. 315 e 316. O M.P. apresentou manifestação ás fls. 318/321.

Despacho saneador de fls. 334, nomeando perito, seguido de quesitos (fls. 336/337 e 339/340).

Proposta de honorários periciais (fls. 342), seguido de petição das partes (fls. 345/348 e 350).

Decisão de fls. 358 homologando os honorários periciais.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Laudo pericial de fls. 378/397, seguido de manifestação das partes (fls. 418/423 e alegações finais de fls. 425/450 pelo autor e o Estado as fls. 452/457).

Manifestação do Perito conforme fls. 459/462 e às fls. 484.

Parecer do Ministério Público às fls. 498/500, opinando pela improcedência do pedido.

É o relatório.

Decido.

Cuida a hipótese de pedido de restituição de quantias pagas indevidamente a título de ICMS sobre os serviços de transportes aéreos, no período compreendido entre junho de 1989 e abril de 1992, com base em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN n° 1089/DF, que, por sua vez, excluiu a navegação aérea do campo de incidência do referido imposto.

Com efeito, a preliminar de prescrição argüida pelo Réu não merece acolhida, uma vez que o pedido de restituição teve como fundamento a declaração de inconstitucionalidade de medida instituidora de imposto, situação na qual o prazo extintivo do direito à repetição esgota-se em 05 anos, tendo como termo inicial a data em que se deu o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Frise-se que este é o entendimento acolhido no E Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado no julgamento do REsp 416352/SP, realizado pela 1ª Turma em 03/09/2002, cujo Relator foi o Ministro José Delgado.

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PRAZO.

1. O prazo prescricional aplicado à repetição de indébito, em se tratando de lançamento por homologação, havendo omissão do Fisco, é do 150, § 4°, do CTN, conforme entendimento jurisprudencial, tudo a contar da concretização do fato gerador.

2. Realizado o lançamento por homologação pelo decurso de prazo de 5 (cinco) anos, a contar do fato gerador, inicia-se mais 5 (cinco) anos para a consumação da prescrição. Esta é a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do STJ, a qual tenho reservas, porém, a sigo por homenagem ao principio da uniformização jurisprudencial.

3. Não se aplica esse prazo de 10 (dez) anos de modo absoluto no entendimento de que a prescrição só começa a correr, no caso de lei declarada inconstitucional a partir do transito em julgado da referida decisão.

4. Há incompatibilidade entre os dois sistemas.

5. Acórdão que reconheceu que o prazo prescricional é de 5 (cinco) anos, a contar da data em que transitou em julgado a decisão reconhecedora da inconstitucionalidade da lei

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

. Não discussão sobre o prazo de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador.

6. Compensação não autorizada. Valores incertos. Não demonstração da liquidez e certeza dos créditos. ICMS.

7. Recurso improvido.

Adotando-se tal regra, depreende-se às fls. 109 dos autos que o trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade ocorreu em 08/08/1997, tendo a presente ação sido proposta em 25/06/2002, com citação determinada em 21/08/2002 (fls.244) e efetivada, pessoalmente, na data de 13/03/2003 (fls.258-v), o que nos leva à conclusão de que o direito de ação da Autora foi adequada mente exercido dentro do prazo regular.

Vale acrescentar que, ao contrário do sustentado pelo Réu às fls. 494, a regra implementada pelo artigo 3° da LC 118/2005 em nada afeta o deslinde da questão ora debatida, vez que o E. Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca de sua aplicação, tendo consignado que o citado dispositivo terá eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência. Confira-se a respeito do assunto o REsp 815738/MG, da lavra do Min. Teori Albino Zavascki, julgado pela 1ª Turma do STJ, em 28/03/2006, cuja ementa transcreve-se a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ORIENTACAO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ. NA APRECIAÇÃO DO ERESP 435.835/SC, LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLESMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3°. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4°, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE COMPENSAÇÃO. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

1. Por se restringir a competência atribuída pelo art. 105, III, da CF/88 ao STJ à uniformização da interpretação da lei federal infraconstitucional, não se conhece de recurso especial no que aponta violação a dispositivo da Constituição Federal.

2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem, importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcI no AgRg no EREsp 254949/SP, Terceira Seção. Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; EDcl no MS 9213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02 2005; EDcI no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

3. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador —

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

sendo irrelevante, para fins de computo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçonha Martins, sessão de 08.10.2003)

4. O art. 3° da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1°, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a "interpretação" dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3° da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4°, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3°, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o principio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2°) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5°, XXXVI). Todavia, no julgamento do ERESP 327.043/DF, a 1ª Seção entendeu que o dispositivo é aplicável as ações propostas a partir da data da sua vigência, com o que ficava dispensada a declaração de sua inconstitucionalidade. Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial; nos termos do art. 97 da CF.

6. O pedido administrativo de compensação não interrompe o prazo prescricional. Precedentes: RESP 572.341/MG, Segunda Turma, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 18.10.2004; AgRo no AG 629.184/MG, Primeira Turma, Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005 e RESP 584.372/MG, Segunda Turma, Min. Castro Meira, DJ de 23 05 2005.

7. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

Por outro lado, a questão se torna mais complexa no que concerne a análise da legitimidade ad causam da Autora para figurar no pólo ativo da presente ação.

É cediço que o ICMS, ao se apresentar como imposto indireto, carrega consigo o fenômeno da repercussão, consistente no repasse da carga tributária, a qual deixará de recair sobre o contribuinte de direito, para ser suportada pelo contribuinte de fato.

Em razão disso, o artigo 166 do C.T.N. prevê que caberá àquele que suportou a exação pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente, sob pena de ficar caracterizado o enriquecimento ilícito ao contribuinte de direito, pois este simplesmente efetua o recolhimento do tributo aos cofres públicos, sem, de forma efetiva, arcar com o ônus tributário.

Contudo, o referido dispositivo permite ao mesmo contribuinte de direito buscar a repetição do indébito, desde que comprove estar autorizado para tanto, por quem de fato arcou com o pagamento do tripulo, prova esta que configura verdadeira condição de procedibilidade.

In caso, de um lado temos alegação do Estado/Réu no sentido de que o consumidor final ocupa a posição

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

de contribuinte de fato, pois foi quem suportou o encargo financeiro do ICMS incidente sobre o transporte aéreo. Por seu turno, a Autora sustentou que não repassou o valor do imposto para as tarifas aéreas cobradas, motivo pelo qual defende possuir legitimidade ativa ad causam para pleitear a devolução dos valores por ela pagos indevidamente.

Pautando-se na análise das provas coligidas nos autos, forçoso concluir que assiste razão à Autora.

Em primeiro lugar, consta das fls. 153/156, certidão do DAC na qual encontram-se listados os elementos de custos considerados para o cálculo das tarifas domésticas básicas, sem que esteja incluído valor relativo ao ICMS.

Ademais, o ilustre perito judicial, ao responder os quesitos formulados pelas partes (fls. 378/397, 459/462), foi categórico ao afirma a inocorrência.de repasse do referido imposto para as tarifas de transporte aéreo. Quanto a isso, destacamos, respectivamente, as respostas aos quesitos 04, 05 e 13, a seguir transcritas:

“Conforme resposta ao quesito anterior, os tributos destacados pelo DAC na rubrica Despesas fiscais são impostos e taxas sobre insumos e FINSOCIAL.” (f7s. 389)

“Considerando que a planilha de custos do DAC faz menção a despesas fiscais, item IV, especificando, impostos e taxas sobre insumos e FINSOCIAL, e considerando-se ainda que o preço da passagem era definido pelo DAC, depreende-se que não ocorreu o mencionado repasse” (fls. 398)

“A metodologia aplicada para o cálculo do ICMS encontra-se descrita na resposta ao quesito n° 01:

Distância da Ligação X índices Tarifários/0.915 X 3%, sendo 0,915 = alíquota de 8,5% de ICMS, calculada por dentro (1- 0,085=0,915) e a taxa de 3% = alíquota relativa ao Adicional tarifário (estabelecido pela Portara N° 659/GC5, de 13 de outubro de 1999), ou seja, de forma circular.

Considerando-se ainda que o preço da passagem era definido pelo DAC, depreende-se que não ocorreu o mencionado repasse.” (fls. 393)

Verificamos ainda que, conforme frisado pelo ilustre perito, à época dos fatos, os preços das tarifas eram controlados pelo DAC, de modo a impossibilitar que o valor do ICMS fosse embutido no preço praticado no mercado de vendas.

AIém disso, diante dos recibos de pagamento acostado às .fls. 158/215, a legitimada ativa comprovou o quantum recolhido a título de ICMS, no período compreendido entre junho de 1989 e abril de 1992, valor em relação ao qual faz jus à plena restituição, em virtude de ter suportado o ônus da exação.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Resta, por fim, a análise da matéria atinente à incidência dos juros e correção monetária. Quanto a isso, a autora pleiteia a incidência de juros moratórias e compensatórios, calculados em 1% ao mês desde a data de cada recolhimento, bem como seja aplicada a taxa Selic como forma de cômputo da correção monetária.

É certo que, com lastro na Súmula 188 do STJ, os juros moratórios são devidos tão-somente a partir do trânsito em julgado da decisão determinante da repetição do indébito. Indevida a incidência de juros compensatórios à espécie, conforme entendimento jurisprudencial firmado.

No que se refere à determinação dos índices de correção monetária a serem aplicados, haverá incidência da taxa Selic a partir de janeiro de 1996, sendo certo que o período anterior será atualizado com base nos expurgos inflacionários, somados aos juros de 1% ao mês. Veja-se que não é outra a forma com que o tema é o tratamento no STJ:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR 118. DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA. COMPENSAÇÃO JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA.

(…)

4. A jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se:

a) o IPC, no período de janeiro/89 a janeiro/91;

b) o INPC de fevereiro/91 a dezembro/1991; e

c) a partir de janeiro/1992, a aplicarão da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91. O índice de janeiro/89 é de 42,72% (REsp 43.055/SP, DJ de 18/12/95).

5. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora até a aplicação da TAXA SELIC, ou seja, os juros de mora deverão ser aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão. Todavia, os juros pela taxa Selic devem incidir somente a partir de 1°/01/96. Decisão que ainda não transitou em julgado implica a incidência, apenas, da taxa SELIC.

(…)

9 Agravo Regimental desprovido, (AgRg no REsp 869413/SP Julgado em 21/11/2006 pela 1ª Turma – Rel. Min. Luiz Fux)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. REDUÇÃO. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. INAPLICABILIDADE EXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO DEFINITIVAMENTE JULGADO. ARTIGO 106, II, “C”, DO CÓDIGO

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

TRIBUTÁRIO NACIONAL. REVISÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DIVIDA ATIVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA TAXA SELIC. LEI ESTADUAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

(…)

4. Na repetição de indébito ou na compensação de tributos federais, com o advento da Lei n° 9.250/95, a partir de 1°.01.96, há incidência da taxa Selic a partir do recolhimento indevido.

5. A Selic é composta de taxa de juros e correção monetária, não podendo ser cumulada, a partir de sua incidência, com qualquer outro índice de atualização.

6. Em se tratando de tributo estadual e, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais, legitima a aplicação da taxa Selic a partir da entrada em vigor da correspondente lei.

7. Recurso especial do Estado do Paraná provido. Recurso especial das empresas improvido. (REsp 437632/PR julgado pela 2ª Turma em 06/12/2005 – Min. Castro Meira)

Assim, para fins de atualização dos valores a serem restituídos, devem ser levadas em consideração as parcelas discriminadas na “coluna (II)” da memória de cálculo apresentada às fls. 396/397.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar o Estado do Rio de Janeiro a restituir os valores de ICMS recolhidos pela Autora, corrigidos monetariamente desde as datas dos recolhimentos indevidos, com a incidência da taxa Selic a partir de janeiro de 1996. Por fim, os juros de mora devem ser contados do trânsito em julgado da decisão.

Condeno, ainda, o Estado nas custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 5% do valor da causa.

Aplico o art. 475, I, do Estatuto Processual.

P.R.I.

Rio de janeiro, 21 de janeiro de 2007.

JOÃO LUIZ AMORIM FRANCO

Juiz de Direito

Date Created
01/03/2007

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.