

PROCESSO - A. I. Nº 206922.0001/06-3
RECORRENTE - TENISPORT MATERIAIS ESPORTIVOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 5ª JJF nº 0207-05/06
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 25/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0359-11/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadoria (calçados) enquadrada no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre as unidades federadas, o pagamento do ICMS por antecipação, relativo às suas próprias operações e às subsequentes, é de responsabilidade do adquirente. Exigência caracterizada. Mantida a Decisão. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, pelo contribuinte que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária. Exigência fiscal subsistente. Mantida a Decisão. Rejeita a preliminar de nulidade da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 5ª JJF – Acórdão JJF nº 0207-05/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$38.082,90, em razão de “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado*”, inerentes ao período de março de 2004 a agosto de 2005.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após rejeitar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, por entender que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoantes levantamentos e documentos acostados aos autos.

No mérito, a JJF entende que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que as Notas Fiscais nºs 15092, 016866 e 017926, mencionadas pelo impugnante como sendo Simples Remessa, se tratam de reenvio de mercadorias referentes a operações anteriores, onde o autuado não faz a necessária comprovação de que já havia recolhido o imposto relativo a tais operações.

Quanto à Nota Fiscal nº 059030 (bonificação), aduz que tal operação também está sujeita ao pagamento do imposto, conforme prevê o art. 54, I, “a”, do RICMS/97.

No que tange à Nota Fiscal nº 217326, verifica que a mesma foi entregue ao contribuinte, conforme atestado à fl. 237, estando anexada à fl. 21 dos autos.

Por fim, ressalta que de acordo com o art. 54, I, “c”, 1, do RICMS, o IPI faz parte da base de cálculo, uma vez que nas operações em exame, sendo o autuado uma microempresa, não haverá tributação do ICMS em fase posterior.

No Recurso Voluntário, às fls. 385 a 395, o recorrente, preliminarmente, destaca a nulidade da Decisão recorrida por cerceamento de direito de defesa, pois entende que caberia a JJF excluir da base de cálculo as mercadorias relativas às operações de simples remessa e de bonificações ou baixar o processo em diligência para que fosse verificada a veracidade dos seus argumentos. Ratifica os citados argumentos e acosta aos autos as notas fiscais retro-referidas.

Em seguida, aduz ser ilegal a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS no regime de antecipação. Entende não haver base legal para a Decisão da JJF. Destaca que o art. 13, § 2º da Lei Complementar nº 87/96 prescreve que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do IPI, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Invoca o princípio da não-cumulatividade do ICMS e destaca que a Lei nº 8.967/03, ao instituir a Antecipação Parcial, vedou o crédito à recorrente, por ser microempresa, alijando-o completamente da possibilidade de fruir do ditame constitucional e legal da não-cumulatividade do ICMS.

Do exposto, requer a reforma da Decisão recorrida, determinando a improcedência do lançamento.

A PGE/PROFIS, às fls. 404 a 411, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que as Notas Fiscais de Simples Remessa de nºs 16866 e 17926, às fls. 398 e 400, tratam de operações de reenvio de mercadorias, não havendo a devida comprovação do pagamento das operações anteriores. Cita o art. 652 c/c o art. 368 do RICMS. Assim, conclui que não há como se acolher a tese recursal neste ponto.

No que tange a nota fiscal de bonificação juntada à fl. 396 dos autos, aduz também não merecer melhor sorte o autuado, pois, conforme dispõe o art. 54, I, “a”, do RICMS, a operação epigrafada está, igualmente, sujeita ao pagamento do imposto.

Quanto à ilegalidade da inclusão do IPI na base de cálculo do imposto exigido, entende também não merecer acolhida a tese recursal, pois, tratando-se a antecipação tributária de uma espécie de substituição tributária, a norma legal aplicável é o art. 8º, II, “a”, da LC 87/96 e não o art. 13, § 2º, da LC 87/96. Assim, conclui que não há como acolher a tese do recorrente neste item.

À fl. 418 dos autos, o então relator colocou o PAF em pauta suplementar, tendo os membros desta 1ª CJF acolhido o argumento trazido pelo recorrente e deliberado que os autos fossem encaminhados à ASTEC para excluir o IPI da base de cálculo do ICMS no regime de antecipação parcial, o que foi atendido, às fls. 420 a 440 dos autos, consoante Parecer ASTEC nº 069/2007, do que foi elaborado novo demonstrativo de débito, perfazendo o montante de R\$33.725,96, tendo sido científicos o recorrente e o autuante.

Às fls. 444 e 445 dos autos, o recorrente apresenta manifestação na qual salienta que além da ilegalidade da inclusão do IPI na base de cálculo, como bem constatou a ASTEC, também alegou ilegalidade da base de cálculo utilizada pelo preposto fiscal no que tange às mercadorias que foram utilizadas como simples remessa, assim como os produtos enviados como simples bonificações, uma vez que não realizaram a circulação jurídica necessária para a cobrança do ICMS. Assim, requer nova diligência para comprovar os referidos fatos.

Já o autuante mantém integralmente a informação fiscal, tendo em vista a Decisão da 5ª JJF e o Parecer da PGE/PROFIS.

Por fim, a PGE/PROFIS, às fls. 450 e 451 dos autos, emana seu Parecer conclusivo, no qual acolhe as conclusões enlaçadas no Parecer ASTEC e, no tocante à alegação da não incidência do ICMS

nos produtos enviados a título de bonificação, reitera o opinativo esposado às fls. 404 a 411 dos autos. Assim, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de nulidade da Decisão recorrida por cerceamento de direito de defesa, pois o fato da JJF contrariar a pretensão do requerente, ao não excluir da base de cálculo as mercadorias relativas às operações de simples remessas e de bonificações, conforme pleiteado pelo recorrente, por entender tais operações como devidas, não acarreta no alegado cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, cuja Decisão encontra-se devidamente fundamentada.

Quanto à alegação de que a antecipação parcial fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, pois a Lei nº 8.967/03, ao instituir tal exigência, vedou o crédito à recorrente, por ser microempresa, deixo de me pronunciar por não ser de competência deste órgão julgador tal análise.

No mérito, não deve ser acolhida a alegação recursal de que as operações de simples remessa, relativas às Notas Fiscais de nºs: 15092, 16866 e 17926, não devem compor da base de cálculo da antecipação parcial exigida, por não se tratar de aquisição de mercadoria realizada em outra unidade da Federação.

E não deve ser aceita tal alegação uma vez que nos referidos documentos fiscais, às fls. 311, 321 e 325 dos autos, não existe vinculação à nota fiscal original de venda, impossibilitando, assim, de se comprovar a anterior satisfação da exigência fiscal, quando da efetiva operação de venda. Assim, por se tratarem de operações de reenvio de mercadorias, não havendo a devida comprovação do pagamento da antecipação parcial do ICMS, quando das operações anteriores de venda, seria temerário aceitá-las sem a devida prova da satisfação do imposto exigido.

Quanto à Nota Fiscal nº 59030, inerente à bonificação, também não merece acolhida a alegação recursal, pois tal operação é sujeita à antecipação parcial, como bem ressaltou a Decisão recorrida, conforme previsto no art. 54, I, “a”, do RICMS, cujo entendimento é corroborado pelo Parecer da PGE/PROFIS.

No tocante à irresignação relativa à inclusão do IPI na base de cálculo da antecipação parcial do ICMS, apesar da realização de diligência para excluir o IPI da aludida base de cálculo, não posso acatar a exclusão do IPI da aludida base de cálculo, visto que concordo com o entendimento da PGE/PROFIS, às fls. 404 a 411 dos autos, de que se tratando a antecipação tributária de uma espécie de substituição tributária, a norma legal aplicável é o art. 8º, II, “a”, da LC Nº 87/96, cujo dispositivo prevê que...

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;*
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;*
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.*

Tal conclusão é obvia, pois a antecipação tributária parcial do ICMS é um adiantamento do imposto relativo à operação seguinte, cuja base de cálculo seria composta do valor do IPI, consoante previsão legal contida no art. 13, § 1º, II, “a” c/c § 2º, da LC 87/96, por não se tratar o autuado de contribuinte do IPI.

Logo, tal valor agrega sim a base de cálculo do imposto para cálculo da antecipação parcial do ICMS.

Do exposto, comungo com o Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 404 a 411 dos autos, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206922.0001/06-3, lavrado contra **TENISPORT MATERIAIS ESPORTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.082,90**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2007.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS