

A I N° - 1241570702/09-2
AUTUADO - VIVO S.A.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 09.06.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0125-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. CONVÊNIO 135/96. O autuado, na condição de substituto tributário não inscrito no Estado da Bahia, deveria fazer circular a mercadoria (celular) com a retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, acompanhada da GNRE, cujo momento para satisfação de tal exigência era a saída da mercadoria do estabelecimento do remetente, conforme determina a Cláusula 7ª, §2º do Convênio 81/93. A redução da base de cálculo em 29,41%, nos termos do art. 87, XXIV, do Decreto nº 6.284 de 14.03.1997, arguida pelo autuado, está em desconformidade com o previsto no Convênio 135/96, cabendo a sua aplicação, apenas, nas operações internas. Foi consignada representação à autoridade competente, com base no art. 156 do RPAF/BA. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração foi lavrado em 07/07/2009, para exigir ICMS no valor de R\$19.376,09, relativo à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de acordo com as Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06.

O autuado na defesa apresentada, às fls. 20 a 27 dos autos, aduzindo que para a fiscalização seria devida a retenção e recolhimento do ICMS, pela Impugnante, nas operações interestaduais com aparelhos celulares à alíquota de 17%, correspondente à alíquota interna, no Estado da Bahia, para aparelhos celulares, sobre o valor de entrada da mercadoria no estabelecimento do adquirente, acrescido de quaisquer tributos ou despesas cobradas ou debitadas ao adquirente (base de cálculo). Neste contexto, a exigência fiscal considerou a base de cálculo da operação, qual seja R\$380.024,66, apurando o montante de R\$65.604,19 referente ao ICMS-ST.

Consigna que, do valor do tributo apurado a fiscalização, descontou o montante de R\$ 45.228,10, referente ao ICMS-ST efetivamente retido e recolhido pela Impugnante, apurando um suposto débito tributário no valor R\$19.376,09.

Sustenta que é totalmente indevida a exigência imposta pela fiscalização, tendo em vista que o ICMS-ST devido na operação autuada possui base de cálculo reduzida, de forma que o imposto efetivamente retido e recolhido pela Impugnante corresponde à integralidade do tributo devido, devendo ser cancelado o Auto de Infração lavrado, assim como o lançamento tributário dele decorrente.

Assegura e reconhece que a legislação do Estado da Bahia exige a retenção e o recolhimento do ICMS-ST, pelo estabelecimento remetente, nas operações com aparalhos celulares praticada internamente, nos termos do Convenio nº 135:

“CONVÊNIO ICMS 135/06

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com aparelhos celulares.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 124^a reunião ordinária, realizada em Macapá, AP, no dia 15 de dezembro de 2006, tendo em vista o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte:

Cláusula primeira: Ficam os Estados do Acre, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins e o Distrito Federal autorizados, nas operações interestaduais com aparelhos celulares e cartões inteligentes (Smart Cards e SimCard), a atribuírem ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste convênio, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista, varejista ou prestador de serviços de telefonia móvel.

Parágrafo único. O disposto nesta cláusula aplica-se a:

- I - terminais portáteis de telefonia celular, classificados na posição 8517.12.31 da NCM;
- II - terminais móveis de telefonia celular para veículos automóveis, classificados na posição 8517.12.13 da NCM;
- III - outros aparelhos transmissores, com aparelho receptor incorporado, de telefonia celular, classificados na posição 8517.12.19 da NCM;
- IV - cartões inteligentes (smart cards e sim card), classificados na posição 8523.52.00 da NCM.”

Cláusula segunda: O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destinação da mercadoria, sobre o preço máximo ou único de venda a ser praticado pelo contribuinte substituído, fixado por autoridade competente ou de preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, deduzindo-se o imposto devido pelas suas próprias operações.

Parágrafo único. Na hipótese de não haver preço fixado ou sugerido nos termos do “caput”, a base de cálculo para a retenção será o montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos o frete ou carreto, IPI e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado definido na legislação da unidade da Federação de destino das mercadorias.

Cláusula terceira Sem prejuízo do disposto no Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, o imposto retido pelo sujeito passivo por substituição será recolhido até o dia nove do mês subsequente ao da remessa da mercadoria, mediante a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais.

Cláusula quarta As unidades federadas signatárias darão às operações internas o mesmo tratamento previsto neste convênio.

Cláusula quinta Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, produzindo efeitos a partir de 1º de março de 2007.

Macapá-AP, 15 de dezembro de 2006.” - destacamos

Entende, contudo, que o Decreto Estadual nº 6.284, de 14.03.1997, concede uma redução na base de cálculo do tributo, nas operações com celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a alíquota do tributo corresponda a 12% (doze por cento):

“Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXIV - das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11;

(...)

§ 11. A redução prevista nos incisos XXIV e XXV dependerá de autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte e não será concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa.” – destacamos.

Argumenta que a legislação condiciona tal redução da base de cálculo (ou de alíquota) à autorização do Diretor de Administração Tributária e à inexistência de débitos para com o Estado, mas a Impugnante possui esta autorização, desde o ano de 2004 (doc. 03), concedida através do Processo n° 06745920042. Confiram-se os termos da autorização:

“Assinatura de ato declaratório para redução de base de cálculo em 29,41% nas operações internas com aparelhos celulares. Pelo deferimento.

Parecer Final:

A empresa identificada solicita assinatura de Ato declaratório para redução de base de cálculo do ICMS em 29,41%, nas operações internas com aparelhos celulares, conforme o art. 87, inciso XXIV, § 11 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 que diz: "Art. 87. É reduzida a base de cálculo: XXIV - das operações internas com aparelhos celulares em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), observado o disposto no § 11; O § 11 determina como condição para fruição do benefício: § 11. A redução prevista no inciso XXIV não se aplica às operações realizadas por contribuinte que se encontre com débito inscrito em dívida ativa e dependerá, ainda, de reconhecimento prévio, por parte do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte. Ouvida a Inspetoria da circunscrição do contribuinte, esta opina pela assinatura do Ato Declaratório, considerando que o contribuinte e seus sócios encontram-se em situação regular junto a Fazenda Pública Estadual. Dessa forma, acompanhando parecer da Inspetoria, somos favoráveis à assinatura do Ato Declaratório, conforme previsto no Decreto 6.284/97, Artigo 87. DAT/METRO, em 11 de maio de 2004.

Vera Lúcia Andion Cortizo Coordenadora II Cad. 281.066-0

Ratifico o parecer final exarado neste processo:

Inspetor/Coordenador: 12/05/2004 15:26:00 VERA LUCIA ANDION CORTIZO

Gerente: 12/05/2004 15:26:00 VERA LUCIA ANDION CORTIZO

Diretor: 12/05/2004 15:30:00 JOSE SERGIO DE SOUSA GUANABARA”

Destaca que o RICMS, ao estabelecer a base de cálculo do tributo para fins de antecipação ou substituição tributária, em relação às operações com aparelhos celulares, faz expressa menção à redução da base de cálculo concedida no artigo 87, XXIV:

“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:

(...)

XIII - nas operações com aparelhos de telefonia celular, especificados no item 35 do inciso II do art. 353, o preço praticado pelo remetente acrescido de quaisquer tributos ou despesas cobradas ou debitadas ao adquirente, sem prejuízo da redução prevista no inc – destacamos.

Consigna que possui autorização expressa da Secretaria de Estado da Fazenda para a utilização da base de cálculo reduzida no montante 29,41% (que corresponde à redução da alíquota do tributo para 12%).

Aduz que efetuou a retenção e o recolhimento do ICMS, à alíquota de 17% sobre a base de cálculo reduzida. Com efeito, do valor do tributo apurado a fiscalização decotou o montante de R\$ 45.228,10, referente ao ICMS-ST efetivamente retido e recolhido pela Impugnante, exigindo apenas a suposta diferença.

Requer, pelas razões de fato e de direito expostas, que seja acatada a presente Impugnação para que seja cancelado o Auto de Infração nº 124157.0702/09-2, tendo em vista que totalmente indevida a exigência imposta pela fiscalização, na medida em que o ICMS-ST devido na operação corresponde à alíquota de 17% sobre base de cálculo reduzida em 29,41%, nos termos do art. 87, XXIV, do Decreto nº 6.284 de 14.03.1997, tal como efetivamente retido e recolhido pela Impugnante.

O autuante, às fls. 70 a 74 dos autos, apresenta a informação fiscal, relatando, inicialmente, que o autuado reconhece a normatização das operações interestaduais com aparelhos celulares e cartões Smart Cards e Simcards, não reguladas pelo convencia 135/06. Informa que o autuado deixou de efetuar a retenção do ICMS /ST e não anexou as notas fiscais números 556045 e 555899, o comprovante de pagamento do tributo ora reclamado através da GNRE.

Quanto ao processo de número 06745920042, cujo parecer 3390/2004, de 12/05/2004, trata de redução de base de cálculo relativo a cartões inteligentes e aparelhos celulares, observando que tal parecer se refere a operações internas e data do auto de 2004. Sustenta, por outro lado, que o processo numera 05143220064, relativo à consulta do próprio autuado, versa sobre Redução de Base de Calculo em operações interestaduais, não deixando dúvidas quanto ao seu entendimento, após receber o parecer final de número 4368 de 12/04/2006, fls. 75 dos autos, concedido pela parecerista Ozita de Andrade Mascarenhas Costa, com o seguinte teor:

“Ementa ICMS: Consulta. As operações interestaduais com aparelhos celulares não são alcançadas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo do imposto, previsto no RICMS-BA97, ART. 87, inciso XXIV. Operações Tributadas normalmente.”

Sustenta que o autuado traz um parecer para amparar suas operações de 2004, que trata de redução da base de cálculo nas operações internas, deixando de considerar o parecer concedido a ela própria onde a parecerista declara não caber a redução nas operações interestaduais.

Sendo assim, mantém a exigência tributária.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a exigência do ICMS relativo à falta de retenção e recolhimento do ICMS nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de acordo com as Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06.

Cabe, preliminarmente, anotar que, apesar da defesa e a informação fiscal estarem centradas mais na questão da redução da base de cálculo nas operações internas ou interestaduais através do Convênio 135/96, a exigência fiscal se dá em razão de o autuado, na condição de substituto tributário não inscrito no Estado da Bahia, estar obrigado a fazer circular a mercadoria (celular) com a retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, acompanhada da GNRE, cujo momento para satisfação de tal exigência era a saída da mercadoria do estabelecimento do remetente, conforme determina a Cláusula 7ª, §2º do Convênio 81/93.

O autuado reconhece o imposto devido na condição de substituto quanto ao não reconhecimento pelo autuante de seu direito a re-

29.41%, nos termos do art. 87, XXIV, do Decreto nº 6.284 de 14.03.1997, tal como efetivamente retido e recolhido pela Impugnante. Argumenta que “*a legislação condiciona tal redução da base de cálculo (ou de alíquota) à autorização do Diretor de Administração Tributária e à inexistência de débitos para com o Estado, mas a Impugnante possui esta autorização, desde o ano de 2004 (doc. 03), concedida através do Processo nº 06745920042.*”

O art. 10 da Lei 6.7014/96, determina que a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Art. 10 da Lei 7014/96:

“Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.”

§ 1º A responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo e com lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, relativamente ao pagamento do imposto desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento à unidade da Federação onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido à unidade da Federação onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente, na condição de substituto tributário.

§ 3º Havendo acordo interestadual, nos termos deste artigo, o ICMS a ser retido será calculado com a aplicação da margem de lucro nele determinada, sendo que, caso o percentual de lucro estabelecido no acordo interestadual seja inferior ao previsto na legislação interna, o adquirente ficará obrigado a fazer a complementação do imposto.

Art. 11. Quando for celebrado entre a Bahia e outras unidades da Federação acordo para cobrança do imposto por substituição tributária nas operações com determinada mercadoria, ficará esta automaticamente enquadrada no regime, na forma prevista em regulamento.”

De acordo com o alinhado dispositivo é de imediata compreensão que nas operações interestaduais a substituição tributária é regulada por acordos interestaduais, cabendo a esses acordos estabelecerem todas as condições para a aplicação do aludido regime. Vejamos o que determina o Convênio 135/96, que introduziu celular e (Smart Cards e SimCard), no regime de substituição tributária interestadual, do qual a Bahia e estado do remetente são signatários, especialmente com relação à base de cálculo e apuração do imposto devido por substituição tributária.

Convênio 135/96:

“Cláusula segunda O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destinação da mercadoria, sobre o preço máximo ou único de venda a ser praticado pelo contribuinte substituído, fixado por autoridade competente ou de preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, deduzindo-se o imposto devido pelas suas próprias operações.

Renumorado, com nova redação, o parágrafo único para § 1º da cláusula segunda pelo Convênio ICMS 93/09, efeitos a partir de 01.01.10.

§ 1º Na hipótese de não haver preço fixado ou sugerido nos termos do caput, a base de cálculo para a retenção será o montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos o frete ou carreto, IPI e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA ajustada”), calculada segundo a fórmula “MVA ajustada = [(1 + MVA-ST original) x (1 - ALQ inter) / (1 - ALQ intra)] - 1”, em que:

I - “MVA-ST original” é a margem de valor agregado para operação interna, prevista no § 2º;

II - “ALQ inter” é o coeficiente correspondente à alíquota interest

III - “ALQ intra” é o coeficiente correspondente à alíquota prevista para as operações substituídas, na unidade federada de destino.

Redação original, efeitos até 31.12.09.

Parágrafo único. Na hipótese de não haver preço fixado ou sugerido nos termos do “caput”, a base de cálculo para a retenção será o montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos o frete ou carreto, IPI e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado definido na legislação da unidade da Federação de destino das mercadorias.

Acrescido o § 2º à cláusula segunda pelo Convênio ICMS 93/09, efeitos a partir de 01.01.10.

§ 2º A MVA-ST original é 9% (nove por cento).

Acrescido o § 3º à cláusula segunda pelo Convênio ICMS 93/09, efeitos a partir de 01.01.10.

§ 3º Da combinação dos §§ 1º e 2º, o remetente deve adotar as seguintes MVAs ajustadas nas operações interestaduais:

I - com relação ao § 2º:

	Alíquota interna na unidade federada de destino		
	17%	18%	19%
Alíquota interestadual de 7%	22,13%	23,62%	25,15%
Alíquota interestadual de 12%	15,57%	16,98%	18,42%

II - nas demais hipóteses, o remetente deverá calcular a correspondente MVA ajustada, na forma do § 1º.

Acrescido o § 4º à cláusula segunda pelo Convênio ICMS 93/09, efeitos a partir de 01.01.10.

§ 4º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de que trata o § 1º.”

Observo que não se pode extrair da Cláusula 2ª do Convênio 135/96, que fixa a forma de cálculo do imposto devido por substituição tributária, acima referida, qualquer alusão à redução de base de cálculo para apuração do imposto devido através do regime com as mercadorias nele previstas.

Não é sem razão que o autuante, em sua informação fiscal, sustenta que o processo número 05143220064, relativo a consulta do próprio autuado, “versa sobre Redução de Base de Calculo em operações interestaduais, não deixando dúvidas quanto ao seu entendimento, após receber o parecer final de número 4368 de 12/04/2006, fls. 75 dos autos, concedido pela parecerista Ozita de Andrade Mascarenhas Costa, com o seguinte teor:

Ementa ICMS: Consulta. As operações interestaduais com aparelhos celulares não são alcançadas pelo benefício fiscal da redução da base de cálculo do imposto, previsto no RICMS-BA97, ART. 87, inciso XXIV. Operações Tributadas normalmente.”

O impugnante traz um parecer para amparar suas operações de 2004, que trata de redução da base de cálculo nas operações internas, conforme alude o autuante, deixando de considerar o parecer concedido a ela própria onde a parecerista declara não caber a redução nas operações interestaduais.

Verifico, por conseguinte, que a redução da base de cálculo em 29,41%, nos termos do art. 87, XXIV, do Decreto nº 6.284 de 14.03.1997, aplicada pelo autuado está em desconformidade com o previsto no Convênio 135/96, cabendo a sua aplicação, apenas, nas operações internas.

Verifico, contudo, que o autuante ao calcular o imposto devido por substituição tributária não considerou o MVA previsto na Cláusula segunda do Convênio 135/96, que estabelece uma alíquota de 17% sobre o valor da operação e conceder o crédito

documentos fiscais de venda da mercadoria e serviços de frete, reclamando, dessa forma, o imposto devido ao Estado da Bahia menor do que o autuado deveria, efetivamente, recolher.

Assim, com base no art. 156 do RPAF/BA, represento à autoridade competente, para instaurar novo procedimento fiscal, visando verificar a existência de crédito tributário não exigido concernente à diferença entre o imposto reclamado no presente Auto de Infração e o valor devido, após o correto cálculo do imposto que deveria ser exigido por substituição tributária, contemplando o MVA constante da Cláusula Segunda do Convênio 135/96.

Isso posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 1241570702/09-2, lavrado contra **VIVO S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.376,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal na forma indicada pelo relator.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR