

A. I. Nº - 210558.0501/10-6
AUTUADO - ELGIN S/A.
AUTUANTE - LAERTE MOUTINHO SILVA
ORIGEM - IFMT/DAT/SUL
INTERNET 06.12.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0320-05/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. RETENÇÃO E PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do tributo pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição. Na apuração do ICMS antecipação tributária relativamente à aquisição de mídias de armazenamento de dados (suprimento de informática - Protocolo ICM 19/85), constante no Anexo 5-A do referido Regulamento, deve ser aplicada a redução da base de cálculo prevista no inciso V do art. 87, RICMS BA, de forma que a carga tributária resulte em 7% Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/05/2010, exige ICMS no valor de R\$ 32.496,28, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, ‘e’ da Lei 7.014/96, sob a acusação de ter o autuado procedido retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta na descrição dos fatos que o protocolo ICM 19/85 estabelece como o cálculo do imposto deve ser feito pelo substituto tributário para sua retenção. A cláusula décima primeira diz que as unidades federadas signatárias darão às operações internas o mesmo tratamento previsto neste protocolo, que é ratificado pelo Parecer do GECOT 05495, de 03.05.09: “O benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 87, V alcança apenas as operações internas, ficando fora do benefício as operações interestaduais”.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 38 a 43, resume os termos da autuação, diz que quando da venda de produto DVD-R, Elgin, através dos DANFES 45783, 45784, 45785, 45787, 45788 para Jolvino de Melo Alves, contribuinte neste Estado e observou o disposto nas cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85, em conjunto com a regra inserta no art. 87, inciso V e no art. 352-A, que reduz a base de cálculo e resulta na carga final do imposto de 7%.

Afirma que, no entanto, a autoridade fiscal interpretou que às operações interestaduais não se aplica a redução da carga tributária contida na legislação baiana, com suporte na cláusula décima primeira do Protocolo ICM 19/85 e Parecer GECOT 05495/09.

Aduz que a redução da base de cálculo é incontestável, posto tratar-se de produtos de informática, com carga tributária de 7%, no Estado da Bahia, coi RICMS BA e que na substituição tributária quem paga efetivamente

mercadoria, eis que o vendedor exerce a obrigação de reter, recolher antecipadamente o imposto e cobrar na própria fatura o ICMS-ST do adquirente.

Entende que se a carga tributária interna para o produto em questão, no Estado da Bahia, é de 7%, os recolhimentos estão corretos não merecendo complementação.

Descreve que o Convênio ICMS 81/93 dispõe sobre regra geral da Substituição Tributária e, em sua cláusula oitava estabelece que o sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino. Cita que no Parecer GECOT 7909/06, a Secretaria da Fazenda se manifestou que no cálculo da antecipação deve ser considerado o benefício da carga de 7%, concedido no Estado.

Observa, ainda, que o Parecer GECOT 05495/09, não se aplica ao caso em tela, pois a indagação do contribuinte é se o benefício da redução da base de cálculo se estende ao diferencial de alíquotas, incidente nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo.

Defende que a aplicação da carga tributária de 7% não invalida o cumprimento do protocolo; cobrar a diferença contida no presente auto de infração é que reflete um desacerto, pois, o destinatário das mercadorias, contribuinte da Bahia, é quem suportará a exação. Os fundamentos elencados para a lavratura do auto de infração é que devem ser afastados.

Finaliza, pela insubsistência da exação.

Preposto fiscal designado para prestar Informação Fiscal diz, fls. 61/64, que a ação fiscal teve origem na verificação da retenção e recolhimento a menos de ICMS, no posto fiscal Benito Gama, devido por substituição tributária nos termos do Protocolo ICM 19/85.

Diz que o autuado reconhece sua obrigação tributária como contribuinte substituto, porém, em valores inferiores aos devidos, afirmando que apurou e recolheu o ICMS, conforme disposto nos artigos 87, V e art. 352-A RICMS, os quais indicam a alíquota interna de 7% na Bahia para produtos de informática.

A lide reside na aplicação da alíquota pelo substituto tributário para DVD-R (mídias virgens). Aduz que o autuado indicou a alíquota de 7% e utiliza em seu favor o Parecer DITRI GECOT 7909/06; discorda de tal entendimento e afirma que a alíquota a ser aplicada é 17%, nesse sentido os Pareceres 01430/2007 e 02681/2007, que transcreve e que exclui tais produtos, porquanto não são de uso exclusivo em informática.

Conclui que o Parecer GECOT/DITR 05495/09, que trata de consulta se o benefício da redução da base de cálculo se estende ao diferencial de alíquotas, incidente nas aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo, embora não sejam situações idênticas, defendem o mesmo princípio de que a alíquota interna para efeitos da substituição tributária determinada pelo protocolo ICM 19/85 é também 17%.

Requer a procedência do auto de infração.

VOTO

Trata o presente auto de infração, lavrado pela Inspetoria de fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigir o valor do ICMS retido e, consequentemente, recolhido a menos, na qualidade de sujeito passivo por Substituição Tributária, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizadas no Estado da Bahia, nos termos do Protocolo ICM 19/85, no valor de R\$ 32.496,28.

Os produtos constam das notas fiscais 45783, 45784, 45785, 45787, 45788, no respectivo termo de Apreensão 210558.0501/10-6, (DVD-R), fl. 05 e o demonstrativo de débito, fl. 04, que materializam a exigência.

O ponto nevrálgico da lide é a discussão acerca da “carga tributária substituto tributário nas vendas de DVD-R (mídias virgens) para”

Bahia, considerando as regras da Substituição Tributária, do Protocolo ICM 19/85, face à redução de base de cálculo para produto de informática prevista no Regulamento de ICMS desse Estado. Nesse sentido, o autuado indicou “carga” equivalente a alíquota de 7%, utilizando ainda em seu favor o Parecer DITRI GECOT 7909/06.

O fisco desse Estado, discordando de tal entendimento, afirma que a alíquota a ser aplicada é 17%, sob o argumento de que a redução da base de cálculo prevista no art. 87, V, RICMS BA, alcança apenas as operações internas, excluídas as operações interestaduais, além do que, tais produtos não são de uso exclusivo em informática, utilizando, nesse momento, em favor de sua tese, os Pareceres GECOT/DITRI 01430/2007 e 02681/2007.

Em suma, o caso concreto importa aquisição para o Estado da Bahia de produtos sujeitos à substituição tributária com fulcro no Protocolo ICM 19/85, de fornecedor industrial estabelecido no Estado de São Paulo, que aplicou redução da base de cálculo em 58,825% (art. 87, V, RICMS BA), correspondendo, na prática, a alíquota de 7%.

Temos que no instituto da Substituição Tributária (art.150, § 7º, CF, redação da EC 03/93) empregado no ICMS, o legislador estabelece a antecipação da incidência do imposto com relação às operações sucessivas. Quando um Estado ou o Distrito Federal exerce a competência de legislar sobre o ICMS (art. 155, II, § 2º, CF) apenas pode obrigar, de início, os contribuintes estabelecidos em seus territórios, conforme indicativo do art. 102, CTN, o que somente poderá ser mitigado por acordo celebrado entre as unidades federadas. É este o expediente utilizado com a substituição tributária em operações interestaduais.

Assim, para que um Estado possa legislar determinando que certo estabelecimento, situado fora de seu território, recolha para si, antecipadamente e na condição de responsável substituto, o ICMS que seria devido posteriormente, é necessário que haja expressa autorização do Estado em que o substituto tributário se localiza, em consonância com o disposto no “caput” do art. 9º da Lei Complementar 87/96 e “caput” do art. 10 da Lei 7014/96

O acordo supra referido é celebrado pelos Estados por meio de Convênio (obrigando a todos os Estados da Federação) ou através Protocolos (que obrigam apenas os Estados signatários), ressaltando, no entanto, que o papel dos Convênios ou Protocolos limita-se apenas a autorizar a aplicação extraterritorial da legislação estadual. Somente a lei pode traçar a regra-matriz da incidência tributária.

Desse modo, para que haja substituição tributária nas operações interestaduais é necessário lei estadual atribuindo ao remetente das mercadorias localizado em outro Estado, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido posteriormente pelo destinatário, localizado no seu território, além de convênio ou protocolo firmado entre os Estados interessados, autorizando a aplicação em outro Estado da lei instituidora da substituição tributária.

No Estado da Bahia, o regime de substituição por antecipação tributária, está devidamente encartado no art. 373 do RICMS/BA, dispondo que, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição, nos termos do Convênio ICMS 81/93 e, no caso em tela, do Protocolo ICM 19/85.

Acorde o quanto estatuído no Protocolo ICM 19/85, o estabelecimento industrial ou importador do produto objeto da autuação é o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias.

A mercadoria objeto da autuação (DVD-R Elgin, classificada na posição NCM 8523.40.19) encontra-se listada no Anexo Único do Protocolo ICM nº 19/85, redação da
efeitos a partir de 27.12.07.

Segundo se extrai da cláusula terceira do protocolo em questão, a base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente: a) ao preço máximo de venda a varejo fixado por autoridade competente; b) ao preço sugerido ao público pelo fabricante ou importador, acrescido em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço; c) ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado (MVA).

O autuado, à seu tempo, aplicou nas vendas dos produtos supra referidos para contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia, através dos DANFES 45783, 45784, 45785, 45787, 45788 (fls. 12/16), o benefício prevista no art. 87, inciso V, RICMS BA, consistente na redução da base de cálculo do ICMS, resultando na carga tributária de 7%, baseado na cláusula décima primeira do Protocolo 19/85, a qual dispõe: “As unidades federadas signatárias darão às operações internas o mesmo tratamento previsto neste protocolo” e ainda num entendimento esposado pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia Parecer GECOT/DITRI 05495/2009.

Entendimento contrário à redução teve o Fisco desse Estado, arguindo ainda que os produtos em questão não são de uso exclusivo em informática; em favor de sua tese, suscitou os Pareceres GECOT/DITRI 01430/2007 e 02681/2007.

Vejamos, então:

Em relação à sistemática da substituição tributária, observa-se que o ICMS deve ser calculado em duas operações distintas. Na primeira operação revela-se com precisão a ocorrência concreta da operação própria do emitente. A segunda operação se reporta às operações subsequentes, ou seja, a operação própria do substituído sob a responsabilidade do substituto.

Neste sentido, a cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93, no qual estabelece as Normas Gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos, traz disposição expressa de que o sujeito passivo por substituição (substituto) deverá observar as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Isto porque, conforme se observa na substituição, o substituto retém e recolhe antecipadamente o imposto que seria devido pelo substituído cuja liquidez deve ser a mesma que este pagaria ao Estado quando da ocorrência do seu fato gerador, em obediência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. O emitente deve, assim, observar a exigência do convênio ou protocolo e também as normas da legislação do destino para auferir o quantum do tributo será devido a título de substituição.

Nesses termos, conforme prescrito no Art. 87, V, Anexo 5-A, RICMS BA, nas operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento eletrônico de dados, dentre os quais constam no aludido anexo, deve-se aplicar sobre a redução da base de cálculo redução, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%. Eis a norma:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Nessa direção é o PARECER GECOT/DITRI nº 16633/2007 que assevera a aplicabilidade do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS substituição tributária incidente nas aquisições de CD-R e DVD-R, no caso, de fornecedores estabelecidos no Estado de São Paulo, cuja ementa a seguir se reproduz:

EMENTA. PARECER 16633/2007

Na apuração do ICMS antecipação tributária relativamente à aquisição de mídias de armazenamento de dados (suprimento de informática), constante no Anexo 5-A do referido Regulamento, deve ser aplicada a redução da base de cálculo prevista no inciso V do art. 87, RICMS BA, de forma que a carga tributária resulte em 7%.

Do exposto, pela regra estabelecida no RICMS/BA, as operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, dentre os quais constam os suportes ópticos classificados na NCM 8523.40, constam no aludido Anexo 5-A do atual RICMS BA, como mercadorias beneficiadas pela redução da base de cálculo do ICMS em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%.

Não existem, sequer, as divergências suscitadas entre os Pareceres exibidos pelo Fisco e o sujeito passivo, eis que, quando da emissão do Parecer GECOT/DITRI 02681/2007, que reformou o Parecer 07909/2006, em 15.03.2007, ainda não existia o anexo 5-A ao artigo 87, V, expressando que o produto mídia virgem não era de uso exclusivo em informática, o que o excluiu do benefício.

O entendimento atual constante do Parecer GECOT DITRI 16.633, de 28.12.07, encerra qualquer dúvida, uma vez que o Anexo 5-A (Decreto nº 10.316, de 11/04/07, efeitos a partir de lista dos produtos alcançados pela referida redução base de cálculo, dentre eles a mídia, objeto dessa lide).

Correta, pois, a redução da base de cálculo na operação em tela e incorreta é a exigência fiscal.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210558.0501/10-6**, lavrado contra **ELGIN S/A**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR