

A. I. Nº - 232114.0502/10-9

AUTUADO - ELGIN S. A.

AUTUANTE - RICARDO FERRAZ DE OLIVEIRA, FERNANDO FREITAS AMARAL e CLOVIS PEREIRA SILVA

ORIGEM - IFMT/SUL

INTERNT - 21.12.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0377-02/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO PROTOCOLO ICMS 19/85. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, sem direito a benefício fiscal, uma vez que a mídia virgem além de servir para armazenar dados de computadores ou qualquer outro dispositivo de processamento de dados é utilizada também (e predominantemente) para armazenar material áudio-visual; podendo, desse modo, ser lido em aparelho de som normal, inclusive sem suporte a MP3, se encontra caracterizada a situação de uso não exclusivo em informática sendo afastada, assim, a aplicabilidade da redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso V do RICMS/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/05/2010, exige ICMS, no valor histórico de R\$31.019,27, acrescido da multa de 60%, decorrente da retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, devido conforme o estabelecido no protocolo 19/85, constante nos DANFE's 45.769, 17.209, 45.770, 45.765, 45.766 e 46.747.

Às folhas 06 e 07 o autuante acostou cópia do Parecer Nº 05.495/2009 emitido pela Diretoria de Tributação da SEFAZ, o qual citou no corpo do Auto de Infração, no campo da descrição dos fatos.

O autuado ao apresentar defesa, fls. 38 a 43, assevera que ao realizar a venda ao contribuinte baiano dos produtos CD-R e DVD-R, marca ELGIN, para Contribuinte do Estado da Bahia, observou o disposto nas cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85 em conjunto com o RICMS, especificamente o art. 87, inc. V e no art. 352-A, que prevê a redução na base de cálculo do ICMS, resultando na carga tributária final de 7%, por se tratar de produtos de informática, sendo a carga tributária de 7% no Estado da Bahia, conforme dispositivos já citados.

Aduz que o protocolo 19/85 estatui que a base de cálculo para recolhimento do ICMS por substituição tributária é o valor da mercadoria acrescido do IPI e da margem de valor agregado. E o imposto a recolher é o resultado da diferença entre a aplicação de alíquota ou carga tributária interna do Estado de destino sobre a base de cálculo da ST e o ICMS devido pela operação própria do remetente.

Argumenta que na substituição tributária quem efetivamente paga o ICMS para seu Estado é o adquirente da mercadoria, eis que o vendedor exerce a obrigação de reter, recolher antecipadamente o imposto e cobrar na duplicata o ICMS-ST do adquirente e de acordo com o Convênio ICMS 81/93, sobre regras gerais, estabelece na Cláusula oitava que o sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

Salienta que a SEFAZ/BA, em resposta a determinada consulta, emitiu o Parecer DITRI/GECOT 7.909/06, em 07/07/2006, o qual afirma que no cálculo da antecipação deve ser considerado o benefício, carga tributária de 7%, concedido no Estado. Entende que o Parecer GECOT/DITRI 5.495/09, indicado pelo autuante, não se aplica ao caso em questão, pois se trata de consulta para responder se o benefício da redução de base de cálculo para equipamentos de informática se estende ao diferencial de alíquotas incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa. E as operações que ensejaram a lavratura deste auto, revelam vendas para comercialização na Bahia, descaracterizando plenamente a situação de compra para uso e consumo.

Ressalta que o Estado da Bahia atende plenamente o disposto no protocolo ICM 19/85 e pelo fato de se aplicar carga tributária interna de 7% não invalida o cumprimento do Protocolo, e que o próprio Protocolo, em sua cláusula terceira, parágrafo terceiro, ajusta o MVA, conforme alíquota interestadual e a alíquota ou carga tributária da unidade federada de destino.

Reitera que o benefício de redução da carga tributária para 7%, relativamente ao produto em questão, deve ser aplicado nos casos de sujeição passiva por substituição, em atenção ao prescrito no artigo 87, inc. V, do RICMS/BA, bem como na cláusula oitava do convênio ICMS 81/93.

Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Preposto fiscal designado ao prestar a informação fiscal, fls. 61 a 65, ressalta que o autuado efetuou a retenção e recolhimento a menos do ICMS da antecipação tributária na condição de Contribuinte Substituto, devido conforme o estabelecido no protocolo 19/85, referente a 780.000 CD-Rs e 18.600 DVD-Rs, descritos nos DANFE's 45.769, 17.209, 45.770, 45.765, 45.766 e 46.747 e destino ao contribuinte JOLVINO DE MELO ALVES, Inscrição Estadual nº 66.522.084, com endereço cadastrado no Município de Juazeiro/BA.

Diz que o autuado em sua defesa reconhece sua obrigação tributária na condição de substituto tributário determinada pelo Protocolo 19/85, e efetuou o recolhimento do ICMS, porém, em valores inferiores aos devidos. Afirma que apurou e recolheu o ICMS, observando os dispostos nos artigos 87, inc. V e 352-A do RICMS, os quais indicam a alíquota interna de 7% na Bahia para produtos de informática.

Aduz que o motivo da autuação, com a comprehensiva discordância do autuado, consiste na alíquota, a qual foi utilizada pelo Contribuinte Substituto 7% e no presente PAF, indica a alíquota de 17%. Resume que a lavratura e contestação convergem para este ponto, ou seja, a alíquota a ser aplicada pelo Substituto Tributário para os produtos CD-R e DVD-R: 7% ou 17%. Entendendo ser de 17%.

Em relação a contestação apresentada pelo autuado possui vários pontos com os quais diz concordar: Quanto a obrigatoriedade da retenção e recolhimento do ICMS nas vendas dos produtos CD-R e DVD-R(mídias virgens) para Contribuintes do Estado da Bahia; Quanto a indicação do Protocolo 19/85, como norma a ser cumprida nessa operação. Porém, quanto a aplicação da alíquota de 7% e a indicação do Parecer DITRI/GECOT 7909/06, tem a sua discordância, inclusive com base em Pareceres posteriores ao citado pelo Autuado, reafirmando que a alíquota a ser aplicada em CD-R e DVD-R (mídias virgens) é 17%, conforme transcreve abaixo as ementas dos Pareceres 01430/2007 e 02681/2007: *PARECER com os produtos CD-R (NCM 8523.90.10) e outros discos para sistema de leitura devem sofrer tributação normal do ICMS, estando afastada a aplicabilidade da*

*no art. 87, inciso V, do RICMS/Ba, conforme entendimento anteriormente manifestado no Parecer GECOT nº 14981/2006. PARECER 02681/2007- ICMS. Reforma do Parecer nº 7909/2006. Prevalência do entendimento de que o produto "mídia virgem" (discos para sistemas de leitura por raio "laser") não são de uso exclusivo em informática não sendo alcançados, portanto, pelo benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 87, V do RICMS-Ba.*

Verifica que o Parecer 02681/2007, reforma o Parecer 7909/2006, aquele mencionado pelo Autuado em sua contestação. Portanto, há reafirmação em dois Pareceres expedidos pela GECOT/GETRI em que determinam que mídias virgens não são de uso exclusivo em informática e portanto, não são alcançados pelo benefício da redução de base de cálculo prevista no art. 87, Inc. V do RICMS. Dessa forma fica desamparada a alegação do autuado de que seria 7% a alíquota a ser aplicada nas operações praticadas pelo mesmo com os produtos CD-R e DVD-R (mídias virgens). Os Pareceres acima indicados excluem mídia virgem do benefício indicado no art. 87, Inc. V do RICMS e a razão de tal exclusão é o fato que tais produtos não são de uso exclusivo em informática.

Quanto a alegação de atendimento do art. 352-A do RICMS, informa que tal artigo disciplina a antecipação parcial, não tendo relação alguma com a operação realizada pelo Autuado e com o produto, objeto da operação de venda aqui referida.

Quanto a alegação de que o Parecer GECOT/DITRI 05495/09, que trata de consulta para responder se o benefício da redução de base de cálculo para equipamentos de informática se estende ao diferencial de alíquotas incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao uso e consumo da empresa não seria aplicado ao presente caso, informa que embora não sejam situações idênticas, são semelhantes, vez que nas duas situações convergem para aplicação da alíquota interna, a qual foi indicada pela GECOT/DITRI no referido Parecer a alíquota a ser aplicada em diferencial de alíquota é 17%. Dentro do mesmo princípio a alíquota interna para efeito de substituição tributária determinada pelo Protocolo 19/85 é também 17%, por se tratar de uma operação interestadual e ainda porque o produto não é de uso exclusivo para informática. E esta posição foi reafirmada pelos Pareces 01430/2007 e 02681/2007, conforme transcrição das ementas acima. Resumindo, na presente operação, objeto desse PAF, não se aplica o benefício da redução da base de cálculo, previsto no art. 87, Inc. V do RICMS.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente da retenção a menos do ICMS, o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de 780.000 CD-Rs e 18.600 DVD-Rs realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, devido conforme o estabelecido no protocolo 19/85, constante nos DANFE's 45.769, 17.209, 45.770, 45.765, 45.766 e 46.747.

Em sua defesa o autuado reconhece sua condição de contribuinte substituto, entretanto nega que tenha retido e recolhido a menos o ICMS Substituição Tributária, asseverando que ao realizar a venda ao contribuinte baiano dos produtos CD-R e DVD-R, marca ELGIN, para Contribuinte do Estado da Bahia, observou o disposto nas cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85 em conjunto com o RICMS, especificamente o art. 87, inc. V e no art. 352-A, que prevê a redução na base de cálculo do ICMS, resultando na carga tributária final de 7%, por se tratar de produtos de informática, sendo a carga tributária de 7% no Estado da Bahia, conforme dispositivos já citados.

Na informação fiscal o autuante reitera a autuação ressaltando que o motivo da autuação, com a compreensiva discordância do autuado, consiste na alíquota, a qual foi utilizada pelo Contribuinte Substituto 7% e pela fiscalização foi indicada a alíquota de 17%. Resume que a lavratura e contestação convergem para este ponto, ou seja, a

Substituto Tributário para os produtos CD-R e DVD-R: 7 ou 17%. Entendendo o autuante ser de 17%.

Portanto, no caso em tela não se encontra em lide a condição de contribuinte substituto tributário e também não resta dúvida de que as mercadorias encontram-se enquadradas no Protocolo ICMS N° 19/85, fatos reconhecidos pelo sujeito passivo e pela fiscalização.

A lide no presente caso é unicamente em relação a carga tributária. O sujeito passivo entende que reteve e recolheu corretamente o ICMS-ST aplicando a alíquota de 7%. Por sua vez a fiscalização entende que a alíquota correta é 17%, não havendo redução de base de cálculo.

No tocante ao argumento defensivo de que atendeu ao disposto na legislação do Estado da Bahia, citando o artigo 352-A, observo que o citado dispositivo trata da antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, enquanto a autuação trata da substituição tributária.

De fato os institutos da antecipação parcial e a substituição tributária são institutos diversos. Na primeira, ocorre apenas a antecipação de parte do ICMS, não havendo encerramento da fase de tributação e não se aplica as mercadorias enquadradas na Substituição Tributária. Enquanto que na segunda, uma vez realizada retenção do ICMS, o que somente ocorre sobre as operações com mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, a fase de tributação é encerrada.

Logo, a matéria objeto da presente lide não tem nenhuma relação com artigo 352-A citado pela defesa.

Analizando a questão relativa ao inciso V, do artigo 87, é prevista a redução a base de cálculo, 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 12%, e não 7% como alegado na defesa.

O referido benefício fiscal somente se aplica aos produtos de uso exclusivo em informática.

Por sua vez, os produtos apreendidos na ação fiscal, não se enquadram como de uso exclusivo em informática. Os produtos objeto da autuação são mídias virgens.

A mídia virgem além de servir para armazenar dados de computadores ou qualquer outro dispositivo de processamento de dados é utilizada também (e predominantemente) para armazenar material áudio-visual; podendo, desse modo, ser lido em aparelho de som normal, inclusive sem suporte a MP3, se encontra caracterizada a situação de uso não exclusivo em informática sendo afastada, assim, a aplicabilidade da redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso V do RICMS/BA.

O Parecer nº 7.909/2006 da Diretoria de Tributação – DITRI, citado pela defesa, não ampara a tese defensiva, pois o mesmo foi reformado pelo Parecer DITRI nº 02.681/2007, o qual acolhe integralmente.

A ementa do Parecer DITRI nº 02.681/2007 é basta clara ao concluir que prevalece o entendimento de que o produto "mídia virgem" (discos para sistemas de leitura por raio "laser") não são de uso exclusivo em informática não sendo alcançados, portanto, pelo benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 87, V do RICMS-BA.

Ante ao acima exposto, restou comprovado que os produtos objeto da autuação são mídias virgens de uso não exclusivo em informática sendo afastada, assim, a aplicabilidade da redução de base de cálculo prevista no art. 87, inciso V do RICMS/BA, sendo correto o procedimento fiscal ao aplicar a alíquota de 17% sobre a base de cálculo da Substituição tributária.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232114.0502/10-9, lavrado contra **ELGIN S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.019,27**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR