

**PROCESSO** - A. I. N° 210558.0501/10-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ELGIN S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0320-05/10  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 07/10/2011

### 1<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0294-11/11

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E PAGAMENTO DO IMPOSTO A MENOS. 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, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que previsione a retenção do tributo pelo regime de substituição tributária. Na apuração do ICMS antecipação tributária relativamente à aquisição de mídias de armazenamento de dados (suprimento de informática - Protocolo ICM N° 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%. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JJF N°. 0320-05/10, que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$32.496,28, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao autuado a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, às fls. 38/43, apresentou defesa, sustentando a improcedência da infração, porquanto, na oportunidade da venda de produto DVD-R, Elgin, através dos DANFES 45783, 45784, 45785, 45787, 45788 para Jolvino de Melo Alves, contribuinte estabelecido neste Estado, foi observado 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 reduzia a base de cálculo, disso resultando a carga final do imposto de 7%.

Aduziu que o autuante interpretou que nas operações interestaduais não se aplicaria a redução da carga tributária contida na legislação baiana, argumentando se encontrar amparado na cláusula décima primeira do Protocolo ICM 19/85 e Parecer GECOT 05495/09.

Prosseguindo, asseverou que a redução da base de cálculo é incontestável, por tratar-se de produtos de informática, com carga tributária de 7% no Estado da Bahia, conforme previsto no art. 87, V, RICMS/BA, defendendo a tese de que, na substituição tributária, quem paga, efetivamente, o ICMS é o adquirente da mercadoria, cabendo ao vendedor a obrigação de reter, recolher antecipadamente o imposto e cobrar na própria fatura o ICMS-ST do adquirente, encontrando-se os recolhimentos corretos, portanto, não merecendo complementação.

Citou o Parecer GECOT 7909/06, da Secretaria da Fazenda no sentido de que no cálculo da antecipação deve ser considerado o benéfico da carga de 7%, concedido no Estado.

Por fim, requereu a insubsistência da exação.

Na informação fiscal (fls. 61/64), o autuante destacou residir a lide na aplicação da alíquota pelo substituto tributário para DVD-R (mídias virgens), tendo o autuado indicado a alíquota de 7%, utilizando em seu favor o Parecer DITRI GECOT 7909/06, entretanto, aduziu que discordava de tal entendimento, devendo ser de 17% a alíquota a ser aplicada, transcrevendo, no específico, os Pareceres nºs 01430/2007 e 02681/2007, ressalvada a exclusão de tais produtos, porquanto não utilizados, exclusivamente, em informática.

Assim, confirmou o seu posicionamento pela Procedência da autuação.

Consubstanciado no Acórdão JJF Nº. 0320-05/10, o Auto de Infração foi julgado Improcedente, tendo o relator ressaltado ser o ponto nevrálgico da lide a discussão acerca da “carga tributária” a ser aplicada pelo substituto tributário nas vendas de DVD-R (mídias virgens) para contribuintes no Estado da Bahia, valendo, no particular, considerar as regras da Substituição Tributária do Protocolo ICM 19/85 e a redução de base de cálculo para produto de informática prevista no Regulamento de ICMS desse Estado.

Em seguida, a JJF passou a tecer comentários sobre o instituto da Substituição Tributária (art. 150, § 7º, CF, redação da EC 03/93) empregado no ICMS, frisando ter o legislador estabelecido a antecipação da incidência do imposto com relação às operações sucessivas.

Aduziu que um Estado da Federação ou o Distrito Federal, ao exercer a competência de legislar sobre o ICMS (art. 155, II, § 2º, CF), apenas poderia obrigar, de início, os contribuintes estabelecidos em seus territórios, conforme indicativo do art. 102, CTN, situação que somente poderia ser mitigada por acordo celebrado entre as unidades federadas, sendo este o expediente utilizado com a substituição tributária em operações interestaduais.

Registrhou, ainda, a JJF, que no Estado da Bahia, o regime de substituição por antecipação tributária se encontra devidamente encartado no art. 373 do RICMS/BA, dispondo que, nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que previsiona a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária é atribuída ao remetente à 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.

Nesse contexto, decidiu a JJF pela Improcedência do Auto de Infração, sob os seguintes fundamentos:

*“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.”*

Face à desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “l”, do RPAF/99, a 5<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício de sua Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

**VOTO**

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 5<sup>a</sup> JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar o 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.

Examinada, cuidadosamente, a procedimentalidade, constata-se, sem margem a dúvidas, que a Decisão recorrida se apresenta irretocável, na medida em que a tese sustentada pelo sujeito passivo se encontra correta, eis que alicerçada em elementos probantes e em estrita consonância com as normas aplicáveis.

Com efeito, o Protocolo ICMS 85/93, dispondo sobre a substituição tributária nas operações interestaduais, estabelece que o remetente das mercadorias está obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS, através de GNRE (Guia Nacional de Recolhimentos Estaduais), na qualidade de sujeito passivo por substituição, consoante a previsibilidade da Cláusula Primeira do referido Protocolo.

Assim é que o Protocolo ICMS 85/93, em suas cláusulas, consigna, de modo bastante claro e objetivo, todos os parâmetros que regulamentam as mencionadas operações, tais como base de cálculo, alíquotas e MVA, valendo a sua rememoração:

**“Cláusula terceira:** A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante de tabela estabelecida por órgão competente para venda a consumidor, acrescido do valor do frete.

(...)

**Cláusula quarta** A alíquota a ser aplicada sobre a base de cálculo prevista na cláusula terceira será a vigente para as operações internas na unidade da Federação de destino.

**Cláusula quinta** *O valor do imposto retido será a diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula terceira e o devido pela operação normal do estabelecimento que efetuar a substituição tributária, devendo ser recolhido até o 9º (nono) dia do mês subsequente ao da retenção” (grifo do relator).*

Logo, em relação às notas fiscais cujos “DANFES” encontram-se às fls. 12, 13, 14, 15 e 16, objetos da autuação, o autuado procedeu de acordo com a legislação antes transcrita, atendendo integralmente as exigências contidas nas Cláusulas Primeira (responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS), Terceira (base de cálculo), Quarta (alíquota de 7% - Estado de destino) e Quinta (diferença entre o valor calculado pela Cláusula Terceira e o imposto devido pela operação normal, destacado no corpo das referidas notas fiscais).

Válido ressaltar que a apuração da aludida base de cálculo encontra-se perfeitamente enquadrada no previsionamento no Art. 87, V, Anexo 5-A, RICMS/BA, para operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento eletrônico de dados e suprimentos de informática, constantes do aludido anexo, sobre ela aplicando-se a redução, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%:

*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%.*

De tal sorte, às fls. 29/31 dos autos, verifica-se o Anexo 5-A do referido artigo, onde se confirma a inclusão do NCM correspondente aos produtos objeto da autuação no benefício de redução da base de cálculo do ICMS para o Estado da Bahia.

Ademais, o Parecer GECOT DITRI 16.633 de 28/12/2007 encerra qualquer dúvida, se ainda existente, sobre o cerne dessa discussão, quando atesta a aplicabilidade do benefício fiscal da redução da base de cálculo do ICMS por substituição tributária incidente nas aquisições de mídias de armazenamento de dados, conforme Anexo 5-A (Decreto nº 10.316 de 11/04/2007), inciso V, do art. 87 do RICMS BA, nas operações com fornecedores estabelecidos no Estado de São Paulo.

Portanto, não há como se exigir qualquer diferença de ICMS da Recorrida, em razão do regular procedimento adotado, com a retenção e o recolhimento devidamente quitado, logo, devendo ser extinto o crédito tributário.

Em face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 5ª JJF, mantendo intacta a Decisão de 1º grau, por se encontrar em consonância com o Direito e a Justiça.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210558.0501/10-6, lavrado contra ELGIN S/A.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2011.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS