

PROCESSO - A. I. Nº 232114.0502/10-9
RECORRENTE - ELGIN S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0377-02/10
ORIGEM - IFMT- DAT/SUL
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0425-12/11

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 ICM 19/85. MÍDIA CD-R E DVD-R PARA USO EM INFORMÁTICA. O INCISO V DO ARTIGO 87 DO RICMS/BA, ALTERADO PELO DECRETO Nº 10.316/2007, NÃO EXIGE USO EXCLUSIVO EM INFORMÁTICA PARA APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS OPERAÇÕES INTERNAS. Comprovado que as mercadorias, enquadradas no regime de substituição tributária, faziam jus, na época do fato gerador, ao benefício da redução da base de cálculo, uma vez que a mídia virgem CD-R e DVD-R, além de ser utilizada para armazenar material áudio-visual, também serve para armazenar dados de informática. A mercadoria objeto da operação utiliza código NCM 8523.40, descrita como suporte ótico no Anexo 5-A do RICMS/BA. Encontrando-se caracterizada a situação de uso em informática, aplica-se a redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso V, do RICMS/BA. Rejeitadas as alegações de nulidade. Reformada a Decisão recorrida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias em 26/05/2010 para exigir 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. Data de ocorrência: 26/05/2010. Mercadorias: mídias CD-R com NCM 8523.40.11, e DVD-R com NCM 8523.40.19, todas da marca “Elgin”. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 05.

Às fls. 07-A a 12, cópia do Protocolo ICM 19/85, ainda em vigor, do qual são signatários dentre outros os Estados da Bahia e de São Paulo, e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada. No item X do Anexo único deste Protocolo (fl. 11), constam o código da Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM 8523.40.11, com a especificação “*Outros suportes não gravados – discos para sistema de leitura por raio “laser” com possibilidade de serem gravados uma única vez (CD-R)*”, e o código NCM 8523.40.19, com a especificação “outros”.

Às fls. 13 a 15, cópia do Anexo 5-A do RICMS/BA, que trata de “*Aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com redução de base*

de cálculo a que se refere o art. 87, V”, constando o código NCM 8523.40 (fl. 14) com a respectiva descrição “Suportes óticos”, e o código NCM 8523.29 com a respectiva descrição “Discos magnéticos próprios para unidade de discos rígidos, para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravados; fitas magnéticas para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravadas; fitas magnéticas gravadas, para reprodução de fenômenos diferentes do som ou da imagem”.

Cópias de Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica - DANFES e dos respectivos Documentos de Arrecadação Estaduais – DAEs às fls. 18 a 29. Nestes DANFES constam as NCMs 85234011 (CD-R) e 85234019 (DVD-R), e o destaque do ICMS citando a alíquota de 7%.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 38 a 43, dentre outros pontos citando o Parecer GECOT/DITRI/SEFAZ nº 7909/2006.

O Preposto Fiscal designado Eraldo Velame Filho presta a informação fiscal às fls. 61 a 65 opinando pela manutenção da autuação, dentre outros pontos transcrevendo as Ementas e citando o teor dos Pareceres GECOT/DITRI/SEFAZ nºs 01430/2007 e 02681/2007, no sentido de que mídia virgem não é de uso exclusivo em informática e por este motivo não seria alcançada pela redução da base de cálculo prevista no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA. O preposto fiscal também ressalta que o Parecer nº 02681/2007 reforma o Parecer nº 7909/2006, citado pelo autuado.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0377-02/10, às fls. 67 a 71. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

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 trata 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 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 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 enquadra no Protocolo ICMS Nº 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.

Analisando 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 acolho 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.

O contribuinte ingressa com Recurso Voluntário às fls. 81 a 86 reprisando as mesmas alegações já apresentadas quando da impugnação ao lançamento de ofício. Não nega sua condição de substituto tributário nos termos do Protocolo ICMS 19/85, e nem o enquadramento das mercadorias no regime de substituição tributária. Apenas alega, para refutar a autuação, ter retido e recolhido o valor correto de ICMS devido por antecipação, porque entende que as mercadorias objeto das operações são produtos de informática, e nesta condição fazem jus à redução de base de cálculo prevista no artigo 87, inciso V, do RICMS/BA, pelo que a carga tributária incidente seria de 7%, e não de 17%, como calculou o Fisco. Cita o artigo 352-A do RICMS/BA, que se refere à antecipação parcial do ICMS.

Volta a dizer que haveria a redução da base de cálculo nas operações internas subsequentes com os produtos objeto da autuação, e que na situação de contribuinte substituto apenas estaria antecipando o valor de ICMS que de outra forma seria recolhido pelo contribuinte substituído, em relação às operações internas subsequentes. Que uma vez que, nestas operações subsequentes, a carga tributária seria de 7% por se tratar de produtos de informática, então não faria sentido impor-se carga tributária maior do que aquela que viria a ser suportada pela operação na Bahia, uma vez que este valor de imposto é recolhido em favor deste Estado, apenas antecipadamente. Discorre acerca do instituto da antecipação tributária por substituição, e novamente transcreve a cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93. Cita Ementa de julgado de primeira instância deste Conselho em outro processo cujo tema fora operação interestadual com suprimento de informática.

Afirma que o Protocolo ICM trataria exclusivamente de suprimentos de informática, sendo aplicável a redução de base de cálculo prevista no inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, afirmando que não estaria ali mencionada distinção acerca de ser, ou não, a mídia direcionada para armazenar material de áudio-visual, como aduz que fora equivocadamente considerado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Conclui requerendo a reforma da Decisão de primeira instância, declarando-se insubsistente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS emite Parecer às fls. 105 a 107 em apertada síntese aduzindo que o contribuinte repete os argumentos já apresentados na impugnação. A ilustre procuradora, em seu opinativo, tece considerações comparativas acerca dos institutos da antecipação tributária por substituição, e da antecipação tributária parcial. Afirma que o artigo 87, inciso V, do RICMS/BA, prevê benefício de redução da base de cálculo para produtos de uso “exclusivo” em informática, e que as mercadorias objeto da autuação também são utilizadas para outros fins, além de informática, o que entende que afastaria a aplicação do citado benefício. Relata que o Parecer GECOT/DITRI/SEFAZ nº 02681/2007 revogou o Parecer GECOT/DITRI/SEFAZ anterior, de nº 7909/2006. Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Com a devida licença entendo que merece reparo a Decisão recorrida.

Assinalo que, exatamente como já dito pelo ilustre Relator de primeira instância, o contribuinte e o Fisco concordam quanto ao fato de as mercadorias estarem sujeitas, na operação objeto da lide, ao regime de substituição tributária, e não ao regime de antecipação parcial previsto nos artigos 12-A da Lei nº 7.014/96 e 352-A do RICMS/BA, este citado pelo recorrente, uma vez que o texto de sua Impugnação e do Recurso Voluntário apresentado não deixam margem a dúvida quanto à sua certeza da submissão da operação ao regime de substituição tributária. O contribuinte afirma textualmente que recolheu o ICMS devido por substituição tributária antecipadamente, citando o Protocolo ICM 19/85, ainda em vigor, do qual são signatários dentre outros os Estados da Bahia e de São Paulo – Estado onde localizado o remetente das mercadorias - e que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada. Apenas discorda acerca da carga tributária imposta pelo autuante na ação fiscal.

Assim, o ponto fulcral desta lide, tanto em sede de Recurso Voluntário quanto antes da Decisão de primeira instância, reside em três aspectos:

- Mídias CD-R e DVD-R. Estas mercadorias seriam, ou não de uso exclusivo em informática?
- O benefício da redução de base de cálculo seria apenas para mercadorias de uso exclusivo em informática, ou também para uso, mas não para uso exclusivo, em informática, na data de ocorrência das operações, vale dizer, maio/2010?
- Trata-se de aquisição interestadual. Nas saídas internas, se cabível a redução prevista no artigo 87, inciso V, do RICMS/BA, a carga tributária seria de 7%, e não de 17%. Tratando-se de antecipação tributária de valor de ICMS retido, realizada pelo remetente a favor do Estado em que se situa o destinatário (Bahia), tendo sido realizados por antecipação a retenção e o pagamento do imposto pelo industrial remetente, situado em São Paulo (Protocolo ICM 19/85), aplicar-se-ia a redução da base de cálculo já no momento do cálculo do imposto retido e recolhido pelo estabelecimento emitente, uma vez que este recolhimento foi realizado pelo remetente antecipadamente, ou seja, em substituição tributária, de forma antecipada ao que seria realizado pelo contribuinte da Bahia, encerrando portanto também antecipadamente a fase de tributação, vale dizer, eliminando a fase de tributação nas saídas internas posteriores?

Em resposta à primeira pergunta, não resta dúvida quanto a que as mercadorias objeto da imputação, mídias CD-R e DVD-R virgens, não se destinam a uso exclusivo em informática, tal como expõem o digno Relator e a preclara representante da PGE/PROFIS. Esta condição de uso de mídias CD-R e DVD-R virgens para gravações áudio-visuais reproduzíveis em aparelhos de som e de vídeo é de amplo domínio público, inclusive em uso doméstico.

Quanto à segunda questão, observo que a operação ocorreu, conforme documentos dos autos, e a data da ocorrência lançada no Auto de Infração, em 26/05/2010.

Nessa data e até o momento presente, a redação do inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, dada por força do Decreto nº 11470, de 18/03/2009, publicada no DOE de 19/03/2009, Alteração nº 117 ao RICMS/BA, e com efeitos a partir de 01/04/2009, portanto abrangendo a data da ocorrência da operação objeto da autuação, ao contrário da redação em vigor até 11/04/2007, não mais continha a expressão “uso exclusivo”, tal como exposto a seguir:

RICMS/BA:

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%;
(grifos nossos)*

Para melhor esclarecer, cito que as redações do inciso V do artigo 87 do RICMS/BA, em vigor nos diversos períodos a seguir citados, anteriores e não mais vigentes à data da operação em foco, eram:

RICMS/BA:

Art. 87.

*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 12%;” (redação dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 112, Decreto nº 11396, de 30/12/08, efeitos de 01/02/09 a 31/03/09)*

*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, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%; (redação dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 87, Decreto nº 10316, de 11/04/07, efeitos de 12/04/07 a 31/01/09)*

*V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), bem como com **suprimentos para armazenamento de dados e outros de uso exclusivo em informática**, inclusive automação, em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%;(redação anterior dada ao inciso V do caput do art. 87 pela Alteração nº 1, tendo sido retificada pela Alteração nº 4 - Decreto nº 6903, de 16/10/97 - para aperfeiçoamento de texto)*

Assinalo, por oportuno, que a redação originária do inciso V do caput do artigo 87 do RICMS/BA contemplava, apenas, aparelhos ou equipamentos de processamento de dados e seus periféricos *hardware*.

Assim, observa-se que houve uma significativa mudança em relação ao tratamento tributário relativamente aos suprimentos de informática, em nosso Estado. A partir de 11/04/2007, de fato, as mídias virgens CD-R e DVD-R, para uso em informática, ainda que não sejam destinadas a este fim exclusivo de uso em informática, estão admitidas no campo de incidência da norma que trata de operações com redução da base de cálculo. Neste sentido, assiste razão ao contribuinte quando afirma que a legislação em vigor na época da operação que praticou não faz alusão à expressão “de uso exclusivo”.

Para deixar ainda mais clara esta condição, transcrevo título, especificação entre parênteses integrante deste título do Anexo 5-A do RICMS/BA, e teor deste mesmo Anexo, teor este no que tange aos suprimentos ora em lide:

ANEXO 5-A do RICMS/BA:

*Aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS”
(a que se refere o art. 87, V)*

NCM 8523.29- Discos magnéticos próprios para unidade de discos rígidos, para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravados; fitas magnéticas para gravação de som ou para gravações semelhantes, não gravadas; fitas magnéticas gravadas, para reprodução de fenômenos diferentes do som ou da imagem.

NCM 8523.40 - Suportes ópticos

Assim, as operações internas com os produtos mídias virgens CD-R e DVD-R estavam alcançadas pela redução da base de cálculo na data da operação em foco, conforme códigos-raiz das NCMs constantes nas Notas Fiscais eletrônicas NF-e cujos DANFEs estão impressos e acostados aos autos, e pela descrição das mercadorias, tal como também exposto no Relatório que antecede este voto.

Resta analisar a alegação do Recorrente no sentido de que o Convênio ICMS nº 81/93, que “*Estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal*”, em sua Cláusula oitava, prevê que “*O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da Unidade da Federação de destino da mercadoria.*”

De fato, este Convênio assim determina. A norma deste Estado prevê a redução da base de cálculo nas saídas internas com as mercadorias. Portanto, nas saídas internas é cabível a redução prevista no artigo 87, inciso V, do RICMS/BA, e a carga tributária é de 7%, e não de 17%. Tratando-se de antecipação tributária de valor de ICMS retido, realizada pelo remetente a favor do Estado em que se situa o destinatário (Bahia), aplica-se a redução da base de cálculo já no momento do cálculo do imposto retido e recolhido pelo estabelecimento emitente, uma vez que este recolhimento foi realizado pelo remetente antecipadamente, ou seja, em substituição tributária ao contribuinte situado na Bahia, em relação às operações internas posteriores que serão realizadas pelo contribuinte da Bahia, encerrando, portanto antecipadamente a fase de tributação, vale dizer, eliminando a fase de tributação nas saídas internas posteriores.

Uma vez que a carga tributária incidente é de 7% do valor da operação, não cabe cobrar qualquer valor divergente daquele que corresponda à carga tributária prevista, ou seja, de 7%, carga tributária esta que, tal como afirmam Fisco e contribuinte, corresponde àquela que o sujeito passivo apurou e recolheu antecipadamente nas operações objeto da autuação que gerou a presente lide.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, reformando a Decisão recorrida para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232114.0502/10-9, lavrado contra **ELGIN S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA MACIE BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS