

PROCESSO - A. I. Nº 210765.0608/10-5
RECORRENTE - ELGIN S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO – Acórdão nº 0141-04/11
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 21/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0256-12/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Para que se legitime a redução da base de cálculo pleiteada pelo sujeito passivo (RICMS/BA, art. 87, V), é necessário que a operação seja interna e que os equipamentos sejam de uso exclusivo em informática, o que não se verifica com CD-R, DVD-R e DVD-RW, posto que podem ser destinados a fins outros, a exemplo de leitura em aparelho de som convencional, armazenagem áudio-visual etc. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário impugnando a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 20/06/2010, que exigiu o ICMS no valor de R\$ 10.877,06, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de retenção a menos do imposto, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 18/1997, Cláusula 11ª).

Refere-se às mercadorias (CD-R, DVD-R e DVD-RW) acobertadas pelas Notas Fiscais Eletrônicas nºs 19.236, 19.240, 19.241, 19.081, 19.127, 50.056 e 50.059, emitidas pelo recorrente, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências 210765.0608/10-5, de fls. 4 e 5. Demonstrativos acostados às fls. 6 e 7.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“O art. 87, V do RICMS/BA determina a redução da 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 do RICMS/BA, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% (redação atual dada pela Alteração nº 117 (Decreto nº 11.470, de 18/03/2009, DOE de 19/03/09), efeitos a partir de 01/04/2009).

O Anexo 5-A foi acrescentado pela Alteração nº 87 (Decreto nº 10.316, de 11/04/2007, DOE de 12/04/2007), efeitos a partir de 12/04/2007, e designa os aparelhos e equipamentos de processamento de dados de uso em informática e suprimentos beneficiados com a redução da base de cálculo do tributo prevista no art. 87, V do RICMS/BA.

O Protocolo ICMS 18/1997 dispõe sobre a adesão dos Estados da Bahia, Sergipe e Distrito Federal ao Protocolo ICMS 19/1985, de 25/07/1985, que trata da substituição tributária nas operações com discos fonográficos, fita virgem ou gravada.

Já o Protocolo ICMS 19/1985 determina que nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, 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, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso

ou consumo do estabelecimento destinatário. O valor do imposto retido corresponderá à diferença entre o calculado de acordo com o estabelecido na cláusula segunda (responsabilidade por substituição) e o devido pela operação própria realizada pelo contribuinte que efetuar a antecipação tributária (cláusula oitava).

Das normas acima transcritas, verifica-se que, para que se legitime a redução da base de cálculo pleiteada pelo sujeito passivo (RICMS/BA, art. 87, V), é necessário que os equipamentos sejam de uso exclusivo em informática, o que não se verifica com CD-R, DVD-R e DVD-RW, posto que podem ser destinados a fins outros, a exemplo de leitura em aparelho de som convencional, armazenagem áudio-visual etc.

Aliás, este foi o entendimento esposado nos Pareceres DITRI / GECOT 01430/2007 e 02681/2007, que reformaram o de número 7909/2006. Tal fato, por si só, demonstra a improcedência da impugnação, sem olvidar o aspecto de que o benefício está restrito às operações internas, e a presente operação é interestadual.

O Convênio ICMS 81/1993 trata de normas gerais sobre substituição tributária, e sua cláusula oitava não serve de fundamento para as argumentações de defesa. Quanto ao art. 352-A do RICMS/BA, mencionado pelo impugnante, em nada se relaciona com a presente situação, de vez que trata do instituto da antecipação parcial.

Nos levantamentos de fls. 06 e 07 foram levantadas as bases de cálculo, com a utilização da margem de valor adicionado de 40,06% (cláusula terceira, Protocolo ICMS 19/1985), assim como foram concedidos os respectivos créditos, computando-se os valores destacados nas notas fiscais, somados ao imposto retido em favor da Bahia.

Concluo, portanto, que o autuado, de fato, reteve e recolheu a menos o imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, infringindo as normas do art. 87, V do RICMS/BA, bem como dos Protocolos ICMS 19/1985 e 18/1997, incorrendo na penalidade do art. 42, II, 'e' da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fisco, interpôs Recurso Voluntário, requerendo a aplicação, no presente caso, da redução da base de calculo prevista no inciso V, do art. 87, RICMS, de forma que a carga tributaria resulte em 7%.

De acordo com a peça recursal, o recorrente aplicou a redução da base de cálculo para os produtos constantes dos DANFES, objeto do Auto de Infração, sendo incontestável, uma vez que se tratando de produtos de informática, teria carga tributaria de 7%, no Estado da Bahia, conforme previsto no art. 87, V, do RICMS/1997. Esclareceu que efetivamente quem paga o ICMS é o adquirente da mercadoria, sendo que o vendedor exerce a obrigação de reter, recolher antecipadamente o imposto e cobrança na própria duplicata, não infringindo desta forma qualquer norma legal.

Arguiu que as justificativas esposadas pelo julgador de que o Convenio ICMS 81/93 refere-se às normas gerais sobre substituição tributaria, não servindo de fundamento para argumentações de defesa, carecendo assim, de qualquer embasamento consistente e questionou: "a) *Se o recorrente não observasse as normas da legislação do Estado da Bahia, já que era para essa unidade da Federação que as mercadorias estavam sendo destinadas, deveria observar a legislação de qual Estado?* b) *Outra questão pertinente é se as normas específicas não decorrem das norma gerais? Como descartar o convenio ICMS 81/93 como fundamento para as argumentações de defesa?*". Ressaltou que o contribuinte que suporta o ônus fiscal é o baiano e que o fato de se aplicar à carga tributaria interna de 7%, não invalida o cumprimento do protocolo, tanto pelo Estado, como pelos contribuintes, substitutos ou não.

Trouxe à baila que o próprio Protocolo em sua Cláusula Terceira, Parágrafo Terceiro, ajusta o MVA, conforme a alíquota interestadual e a alíquota ou carga tributaria da unidade federativa do destino e informou que cobrar a diferença contida no Auto de Infração reflete um decerto, revelando uma injustiça fiscal, eis que o destinatário da mercadoria, contribuinte do Estado da Bahia, é o que deve suportar o ônus da exação sendo que existe um beneficio fiscal, que ele deve fazer jus.

Argumentou que a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal foi exarada de forma equivocada, tendo em vista que o Protocolo ICM 19/85 e o inciso V, do art. 87, RICMS/BA, não mencionam qualquer distinção se o produto em questão seria ou não para armazenamento de material audiovisual, referindo-se exclusivamente sobre suprimimento de informática, sendo esse também o

entendimento jurisprudencial. Ressaltou que, inegavelmente, a norma jurídica tributária foi deturpada quando da criação pelo julgador de outras possibilidades de utilização das mídias, além do uso exclusivo em informática, dando à lei interpretação extensiva, o que não é permitido na seara tributária.

Por fim, frisou que a Decisão exarada da primeira instância é carente da mais frágil fundamentação, devendo ser desconsiderada na sua integralidade por ferir os princípios básicos da ciência jurídica, bem como por desvirtuar a legislação atinente à substituição tributária.

Em seguida os autos foram encaminhados para Parecer opinativo da PGE/PROFIS. De acordo com o Parecer da i. Procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, os cálculos realizados pelo contribuinte autuado para fins de retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária estão corretos, pois segundo as regras do Convenio ICMS 81/93, que dispõe sobre as regras gerais da substituição tributária, o substituto deve observar a legislação dos estados destinatários. Desta forma, o recorrente aplicou a redução da base de cálculo prevista no RICMS/BA para as mercadorias em questão, quando a retenção do ICMS por substituição tributária, reduzindo à 7%.

Esclareceu que o procedimento realizado pelo contribuinte esta de acordo com as regras gerais de ICMS-ST e com o art. 87, V do RICMS, também ressaltou que a Decisão da primeira instância já foi objeto de Recurso de Ofício, tendo sido confirmada na sessão do dia 20/09/11, exarado pela d. 1ª CJF.

Por fim, opinou pelo Provimento ao Recurso Voluntário, encaminhando o presente feito à i. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, que se manifestou de acordo com a i. Procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, e encaminhou para CONSEF para por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Da análise dos autos, verifico que não existem preliminares a serem apreciadas. No mérito entendo estar correta a aplicação da redução da base de cálculo para o equivalente à alíquota de 7% para fins de retenção de ICMS ST em relação às mercadorias CD-R, DVD-R e DVD-RW, acobertadas pelas Notas Fiscais eletrônicas 19.236, 19.240, 19.241, 19.081, 19.127, 50.056 e 50.059, de sua emissão.

Ora, é de meridiana clareza que a redução da base de cálculo está prevista no inciso V, do art. 87, RICMS, de forma que a carga tributária fique equivalente à alíquota de 7%. Tal benefício fiscal é concedido, em última análise, ao contribuinte substituído do estado da Bahia, na medida em que é ele que o contribuinte que suporta o ônus fiscal.

A aplicação deste benefício está preceituado no Convenio ICMS 81/93, que deve ser atendido por todas as partes da relação tributária, ou seja, pelo Fisco e pelos Contribuintes, substitutos ou não. Trata-se, portanto, de dispositivo legal que estabelece as normas gerais, estando expresso na sua cláusula oitava que nos Convênios e Protocolos a serem aplicados a regimes de ICMS ST, os sujeitos passivos por substituição ou substitutos devem observar as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria. Portanto, isto se aplica ao caso em tela, prevalecendo à redução da base de cálculo para o equivalente à alíquota de 7%. Por conseguinte, o Protocolo ICMS 18/1997, que dispõe sobre a adesão dos Estados da Bahia, Sergipe e Distrito Federal ao Protocolo ICMS 19/1985, de 25/07/1985, que trata da substituição tributária nas operações com discos fonográficos, fita virgem ou gravada, estão ambos sujeitos a Norma Geral estabelecida no Convenio ICMS 81/93.

Nesta esteira, merece ressaltar que tanto o inciso V, do art. 87, RICMS/BA, quanto o Protocolo ICMS 19/85 não fazem qualquer distinção acerca da utilização do produto, apenas tratando de “suprimento de informática”. Como bem asseverou o recorrente, as considerações trazidas na Decisão da 4ª JJF estão equivocadas, ao suscitar outras possibilidades de utilização das mídias,

além do uso exclusivo em informática, dando à lei interpretação extensiva, o que não é permitido na esfera do Direito Tributário.

Vale registrar o correto entendimento exarado no opinativo da nobre PGE/PROFIS acerca da matéria em lide. Ao seu ver, o procedimento tributário do sujeito passivo foi correto, pois se respaldou no Convenio ICMS 81/93, que dispõe sobre as regras gerais da substituição tributária, ou seja, o contribuinte substituto deve observar a legislação dos estados destinatários, tal como procedeu o recorrente ao aplicar a redução da base de cálculo prevista no RICMS/BA para as mercadorias em questão, quando a retenção do ICMS.

Isto posto, entendo que os argumentos do recorrente merecem guarida e voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para julgar IMPROCEDENTE a autuação.

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 como **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.0608/10-5**, lavrado contra **ELGIN S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIO - REPR. DA PGE/PROFIS