

A. I. N° - 918413-9/04
AUTUADO - JOÃO DUDA ROCHA COMPONENTES (ME)
AUTUANTE - SANDOVAL DE SOUZA VASCONCELOS DO AMARAL
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 20.04.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-03/04

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MÍDIAS DE COMPUTADOR NÃO GRAVADAS (CD-R). OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL VAREJISTA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. O Protocolo ICMS 19/85 atribui ao fabricante e ao atacadista de discos para sistemas de leitura por raio *laser* a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas interestaduais que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. O autuado atua no comércio varejista de mercadorias, estando, portanto, desobrigado a reter e recolher o ICMS, por substituição tributária, ao Estado da Bahia. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/01/04, para exigir o ICMS no valor de R\$469,95, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme a Nota Fiscal n° 0743 e o Termo de Apreensão n° 232902.0012/04-5 acostados aos autos.

Às fls. 15 a 30 foram acostados documentos que comprovam que o destinatário das mercadorias constantes da Nota Fiscal n° 0743 - a empresa Infomídias Comércio e Serviços Ltda., inscrição estadual n° 54.831.694, situada no Estado da Bahia -, solicitou e teve deferido seu pedido de transferência de fiel depositário dos produtos apreendidos pela fiscalização.

O destinatário constante no documento fiscal apresentou defesa (fl. 33), alegando que as mercadorias não estão enquadradas no regime de substituição tributária, uma vez que se trata de CDs não gravados (CDR), enquanto que o item 20.6 – outros discos para sistemas de leitura por raio laser – NBM/SH 8524-39.00 (RICMS/97) – se refere a sistemas gravados. Por fim, cita o artigo 317, do RICMS/97.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 36 e 37), inicialmente impugna a peça defensiva acostada ao PAF, por ter sido elaborada por pessoa estranha aos autos, a qual não se faz representar através de instrumento de procuração (artigo 3º, do RPAF/99).

No mérito, explica que foram apreendidos, no Posto Fiscal Honorato Viana, CD-R's virgens, acobertados pela Nota Fiscal de Venda nº 00743, emitida pela empresa João Duda Rocha Componentes – ME, localizada no Estado de São Paulo, e destinada ao contribuinte Infomídias Comércio e Serviços Ltda., estabelecido no território baiano.

Afirma que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme o Protocolo ICM 19/85, e o seu remetente deixou de reter e pagar o ICMS devido, razão pela qual foram lavrados o Termo de Apreensão e o Auto de Infração, ora em lide.

Quanto às alegações da defesa, afirma que não são procedentes, pois o Protocolo ICM 19/85 deixa claro que discos, tipo CD, seja para reprodução de som ou imagem, virgens ou gravados, estão enquadrados na substituição tributária.

Com referência ao artigo 317, do RICMS/97, citado pelo defendente, diz que não tem relação com a matéria objeto desta autuação e, por fim, pede a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Da análise dos documentos acostados ao PAF, verifica-se que se trata de Auto de Infração lavrado contra uma empresa remetente de 21.600 CD-R's, a qual está situada no Estado de São Paulo (João Duda Rocha Componentes – ME), com destino a estabelecimento localizado no Estado da Bahia (Infomídias Comércio e Serviços Ltda., inscrição estadual nº 54.831.694), tendo sido o imposto apurado pela fiscalização, no trânsito de mercadorias, sob o fundamento de que tais produtos estão enquadrados na substituição tributária e o ICMS não foi retido nem pago pelo contribuinte situado na outra unidade da Federação.

Ocorre que, conquanto o autuado tenha sido o remetente constante na Nota Fiscal nº 00743, o destinatário é que apresentou a peça defensiva e, sendo assim, deve ser analisada a sua legitimidade para praticar tal ato.

O RPAF/99, em seu artigo 3º, elenca as formas como as petições e intervenções do sujeito passivo podem ser feitas no processo administrativo fiscal, dentre as quais a do inciso III, que prevê a representação realizada através de preposto, “assim entendido a pessoa que mantenha com o sujeito passivo vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado”.

Efetivamente, não há nos autos o instrumento de procuração do contribuinte autuado em favor da empresa Infomídias Comércio e Serviços Ltda. e, sendo assim, num primeiro momento, poder-se-ia declarar a ilegitimidade do defendente. Ocorre que o impugnante é o destinatário das mercadorias apreendidas e tem interesse mais do que legítimo na solução desta lide, haja vista que as mercadorias foram apreendidas e, conseqüentemente, encontra-se impedido de comercializá-las, o que está lhe trazendo óbvios prejuízos. Ademais, constata-se que o autuado assinou uma autorização para que o impugnante (Infomídias Comércio e Serviços Ltda.) pudesse retirar as mercadorias apreendidas (fl. 29) e este solicitou ao Inspetor Fazendário que o elegeisse fiel depositário das mesmas (fl. 15), responsabilizando-se, inclusive, pelo pagamento do tributo e demais cominações legais, conforme o artigo 947, inciso II, do RICMS/97.

O parágrafo único do artigo 3º do RPAF/99 determina que “Com a petição ou no ato da intervenção, será feita a prova da identificação do interessado, do instrumento de mandato ou do seu vínculo com o sujeito passivo”. Observa-se, ainda, que o inciso II do § 1º do artigo 10 do referido diploma legal estabelece que a petição será considerada viciada de ilegitimidade de parte, quando assinada por pessoa sem capacidade ou competência legal para fazê-lo, inclusive em caso de ausência de legítimo interesse ou de ilegalidade da representação”, o que não é o

caso dos autos, uma vez que o impugnante, embora não seja o próprio autuado, é parte interessada no deslinde da lide, razão pela qual entendo que deve ser acatada a peça de defesa.

Além disso, verifica-se também que o contribuinte autuado não foi cientificado do lançamento e intimado a se manifestar no prazo legal de 30 dias, como previsto no artigo 123, do RPAF/99, o que ensejaria a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de seu direito de defesa, não obstante a possibilidade de tal falha processual ser sanada por meio de diligência, a teor do § 1º do artigo 18, do mencionado RPAF/99.

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 155 do multicitado RPAF/99 prevê que “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” e é o que passo a fazer, ao apreciar o mérito, como a seguir.

No mérito, verifica-se que o presente Auto de Infração exige o ICMS por falta de retenção e recolhimento do imposto de contribuinte localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na venda de 21.600 CDR's virgens destinados a contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme a Nota Fiscal nº 0743 acostada à fl. 8 dos autos.

O Protocolo ICM 19/85 estabelece em sua Cláusula primeira 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 NBM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, 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, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo”.

A Cláusula segunda do citado Protocolo prevê, ainda, que “No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que se refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”.

Entretanto, de acordo com o documento do SINTEGRA juntado à fl. 11, verifica-se que o autuado é uma microempresa e tem como atividade econômica o “comércio varejista de máquinas, equipamentos e materiais de informática”.

Conseqüentemente, tendo em vista que o autuado é um comerciante varejista, não havia a obrigatoriedade de efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia, na operação em tela, sendo, portanto, indevido o valor exigido na presente autuação.

Ressalto, contudo, que as mercadorias – CD-R's – estão incluídas no Anexo Único do Protocolo ICM 19/85 como “outros discos para sistemas de leitura por raio *laser* - CÓDIGO NBM/SH 8524.39.00”, bem como no item 20.6 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, e, dessa forma, caberia ao destinatário (Infomídias Comércio e Serviços Ltda.) a obrigação de proceder ao pagamento do imposto por antecipação, o que deve ser verificado em novo procedimento fiscal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 918413-9/04, lavrado contra **JOÃO DUDA ROCHA COMPONENTES (ME)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA