

A. I. N° - 278868.0002/04-8
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTES - ANDRÉS MIGUEL ESTEVEZ MOREIRA e JOSÉ MARCELO PONTES
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26/04/2005

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0120-03/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMPACT DISK (CD) SEMPRE LIVRE MIX. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL ATACADISTA. 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. Entretanto, a obrigatoriedade de retenção do imposto para as mercadorias acima mencionadas somente passou a ocorrer a partir 04/04/00, com a edição do Protocolo ICMS 07/00. Como as operações foram realizadas pelo autuado em data anterior a 04/04/00, descabe a exigência do tributo. Infração não caracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/11/04, para exigir o ICMS no valor de R\$14.213,96, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas de discos fonográficos (CD) para contribuintes localizados no Estado da Bahia (fevereiro e março de 2000).

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 29 a 38), alegando que, na época dos fatos geradores desta autuação, o Protocolo ICM 19/85 previa a obrigatoriedade de retenção do ICMS apenas em relação aos discos fonográficos. Apresenta a definição, segundo o Novo Dicionário Aurélio, de:

1. fonógrafo – a) antigo aparelho destinado a reproduzir sons gravados em cilindros ou discos metálicos; b) aparelho que reproduz os sons gravados em discos sob a forma de sulcos espiralados; gramofone;
2. disco – ...chapa redonda, de ebonite ou de outro material, onde se gravam os sons para reproduzi-los nos fonógrafos; gravação.

Argumenta que, tanto isso é verdade, que a partir de 03/04/00, e até a presente data, a legislação sobre a retenção antecipada do ICMS foi alterada pelo Protocolo ICMS 07/00, diferenciando o disco

fonográfico do COMPACT DISK (CD). Salienta que as operações, objeto do presente lançamento, foram realizadas antes da alteração promovida pelo citado Protocolo ICMS 07/00, consoante a redação que transcreve.

Alega que a legislação somente passou a exigir a retenção do imposto nas operações com compact disk (CD) a partir de 03/04/00, época em que passou a mencioná-los, além dos discos fonográficos.

Ressalta que o disco fonográfico, também conhecido como disco de vinil, a que se referia a legislação anterior, era confeccionado com ebonite (substância negra obtida pela vulcanização de borracha com excesso de enxofre) e somente era reproduzido pelo sistema de agulhas, sendo classificado na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM) com o código 8524.10.10. Afirma que o compact disk é lido pelo sistema a laser e é classificado na NBM com o código 8524.39.00.

Argumenta que “se não existisse diferenças não haveria razões para se alterar a legislação sobre a retenção antecipada desses tipos de materiais elétrico e eletrônico” e, ainda, que “o Compact Disk (CD) Sempre Livre Mix (‘Mix na língua inglesa quer dizer ‘MISTURA’, o qual é mais um indicativo de não tratar-se de reprodução fonográfica exclusiva), DA REQUERENTE, NÃO ERA, COMO NUNCA FOI EXCLUSIVAMENTE UM DISCO FONOGRÁFICO, pois se assim o fosse, o FORNECEDOR NÃO TERIA CLASSIFICADO O PRODUTO em suas notas fiscais, no código NBM 8524.32.00 que se refere a discos fonográficos para sistema de leitura por raios ‘laser’”.

Em seguida, reproduz os códigos correspondentes às mercadorias envolvidas, conforme previsto no Decreto nº 2.092/96, que trata da Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI, a qual vigorou até 2001, sendo substituído pelo Decreto nº 7.777/01.

Salienta que a TIPI trabalha com os mesmos códigos da NBM; que, na época dos fatos geradores, a legislação não mencionava os compact disks e que estes são classificados no código 8524.39.00, que se refere a outros produtos que não sejam a reprodução exclusiva de som.

Finaliza aduzindo que, como os CDs “Sempre Livre Mix” por ele comercializados são materiais utilizados também na reprodução de imagens e não exclusivamente para a reprodução de sons, entende que é indevido o valor exigido e pede a improcedência do Auto de Infração.

A informação fiscal foi prestada pelo auditor fiscal José Marcelo Pontes (fls. 60 e 61), afirmando que, em seu entendimento, a mercadoria CD “reveste-se das características de disco fonográfico: é uma chapa de formato circular, portanto, redonda, onde são gravados sulcos espiralados capazes de emitirem sons quando submetidos a leitura de um aparelho específico, definido como fonógrafo”.

Argumenta que o próprio Dicionário Aurélio prevê a hipótese de o disco ser confeccionado em outro material que não o ebonite. Afirma que o aparelho de som por agulhas e o sistema ótico utilizado na leitura dos CDs são fonógrafos, divergindo apenas no processo de leitura.

Lembra que o CD é uma abreviação de compact disk, ou seja, disco compacto, sendo, portanto, disco e que a empresa que fornece o produto chama-se NOVODISC DO BRASIL INDÚSTRIA FONOGRÁFICA LTDA.

Conclui que “o produto CD e o disco de vinil são espécies do gênero disco fonográfico, estando ambos atingidos pela figura jurídica da substituição tributária como previsto no Protocolo 19/85 (redação anterior dada pelo Protocolo 04/98) no período da ocorrência dos fatos”. Pede a manutenção do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração exige o ICMS por falta de retenção e recolhimento do imposto de

contribuinte localizado no Estado da Paraíba, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na venda de “CD SL*MIX” destinado a contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme as Notas Fiscais acostadas às fls. 11 a 21 e o demonstrativo de fl. 9 dos autos, referentes ao período de fevereiro e março de 2000.

O autuado impugnou o lançamento, alegando, em síntese, que: a) na época dos fatos geradores o Protocolo ICM 19/85 previa a obrigatoriedade de retenção do imposto apenas em relação aos discos fonográficos; b) a partir de 03/04/00, e até a presente data, é que a legislação foi alterada pelo Protocolo ICMS 07/00 passando a ser exigida a retenção do imposto nas operações com compact disk (CD), uma vez que aquela mercadoria sequer era mencionada anteriormente; c) ressalta as diferenças existentes entre o disco fonográfico (código de NBM nº 8524.10.10) e o compact disk (código de NBM nº 8524.39.00); d) “se não existisse diferenças não haveria razões para se alterar a legislação sobre a retenção antecipada desses tipos de materiais elétrico e eletrônico”; e) o Compact Disk (CD) Sempre Livre Mix, comercializado por seu estabelecimento, foi classificado pelo seu fornecedor no código NBM 8524.32.00 e pode ser utilizado para a reprodução de imagens e de sons.

Os autuantes, por outro lado, manifestaram o entendimento de que: a) a mercadoria CD “reveste-se das características de disco fonográfico”; b) o aparelho de som por agulhas e o sistema ótico utilizado na leitura dos CDs são fonógrafos, divergindo apenas no processo de leitura; c) “o produto CD e o disco de vinil são espécies do gênero disco fonográfico, estando ambos atingidos pela figura jurídica da substituição tributária como previsto no Protocolo 19/85 (redação anterior dada pelo Protocolo 04/98) no período da ocorrência dos fatos”.

Como se trata de uma questão de interpretação da legislação que rege a matéria, creio ser importante que se faça um histórico dos Protocolos que regeram sucessivamente a obrigatoriedade de retenção do imposto estadual nas operações interestaduais com as mercadorias objeto desta autuação.

O Protocolo ICM 19/85 foi primeiro acordo firmado entre as unidades federadas sobre a matéria e tinha a seguinte redação, vigente até 25/03/98:

*“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com **disco fonográfico, fita virgem ou gravada**, entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias relativo às operações subsequentes, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista. (grifos não originais)”*

De 26/03/98 a 03/04/00 a redação da Cláusula primeira do Protocolo ICM 19/85 foi alterada pelo Protocolo ICMS 05/98 estabelecendo o seguinte:

*“Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com **disco fonográfico, fita virgem ou gravada** entre contribuintes situados nos Estados signatários deste Protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e de Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subsequentes, 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. (grifos não originais)”*

A partir de 04/04/00, a redação da Cláusula primeira do Protocolo ICM 19/85 passou a ser a seguinte, consoante a alteração promovida pelo Protocolo ICMS 07/00:

“Cláusula primeira. *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. (grifos não originais)”*

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”.

O Protocolo ICMS 07/00 introduziu, ainda, em seu Anexo Único os seguintes códigos NBM/SH:

ANEXO ÚNICO

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	CÓDIGO NBM/SH
IV	DISCOS FONOGRÁFICOS	8524.10.00
V	DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS “LASER” PARA REPRODUÇÃO APENAS DO SOM	8524.32.00
VI	OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS “LASER”	8524.39.00

Verifico, também, pelas notas fiscais anexadas pelo autuado às fls. 48 e 49 e emitidas pelo fornecedor das mercadorias, que os “Compact Disk (CD) Sempre Livre Mix” estão classificados na NBM/SH com o código 8524.39.00, o que significa dizer que se trata de “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”, isto é, além de servirem para reprodução de som também podem ser utilizados para gravação de imagens em sistemas de processamento de dados.

Assim, inobstante a inteligente argumentação dos autuantes, não há como aceitar o entendimento de que os mencionados CDs podem ser confundidos com os discos fonográficos ou “que o produto CD e o disco de vinil são espécies do gênero disco fonográfico”. Se tal assertiva fosse verdadeira, os códigos NBM/SH de “discos para sistemas de leitura por raio laser para reprodução apenas do som” e de “outros discos para sistemas de leitura por raio laser” seriam subdivisões do código NBM/SH de “discos fonográficos”. Entretanto, tal não acontece, tratando-se de produtos claramente distintos.

Ademais, até 03/04/00 a redação do Protocolo ICM 19/85 e do Protocolo ICMS 05/98 previam a necessidade de retenção do imposto nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada entre contribuintes situados nos Estados signatários dos Protocolos. Somente a partir de 04/04/00 é que foram introduzidos, no regime de substituição tributária, “outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem”, demonstrando um claro acréscimo de mercadorias ao regime e não uma interpretação da legislação então vigente, mesmo porque, à

época em que foram firmados os acordos interestaduais entre os Estados não havia tal tecnologia.

A alteração promovida no Protocolo ICM 19/85 objetivou justamente a adequação da legislação aos avanços tecnológicos então ocorridos.

Concluo, portanto, que a mercadoria – Compact Disk (CD) Sempre Livre Mix – não estava enquadrada no regime de substituição tributária, para efeito de retenção do ICMS nas operações interestaduais entre as unidades da Federação signatárias do Protocolo ICM 19/85, até 03/04/00, sendo indevido, assim, o débito exigido neste lançamento.

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 278868.0002/04-8, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR