

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0129/05-3
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÃO E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0005-01/06
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 10/05/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0149-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DVD ACOMPANHADOS DE REVISTAS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A responsabilidade tributária pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária é atribuída ao remetente, na condição de distribuidor ou atacadista, por força da cláusula segunda do Protocolo 19/85. Não caracterizado o caráter acessório das mídias que acompanhavam as publicações, cabendo-lhes a incidência do imposto. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte, localizado no Estado de São Paulo, contra a Decisão da 1ª JF, Acórdão nº 0005-01/06, que julgou o presente Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir imposto, no valor de R\$784,89, em decorrência da falta de retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de DVD's realizadas para contribuinte localizado neste Estado da Bahia, por força do Protocolo ICM nº 19/85.

A Decisão recorrida inicialmente afasta a preliminar de nulidade de ilegitimidade passiva, pois a cláusula segunda do citado protocolo deixa clara sua condição de contribuinte, ao atribuir à responsabilidade tributária, em operação interestadual, ao distribuidor ou estabelecimento atacadista.

Também deixa de acolher as preliminares de nulidade em relação à imunidade da mercadoria e ao erro na sua identificação, pois os produtos objeto da autuação são filmes comerciais, gravados em DVD, compatível com o código NBM/SH 8524.39.00, constante do item VI, do Anexo Único do referido Protocolo 19/85, correspondente a “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”, os quais são acompanhados de revistas utilizadas na divulgação do referido produto e não o contrário, como pretende o autuado.

No mérito, concorda com entendimento do órgão consultivo da SEFAZ de que operações com filmes gravados em DVD, fitas magnéticas de áudio, filmes gravados em discos de vídeo laser ou em fitas para videocassete, programas para computador, livros eletrônicos, etc., são tributados normalmente pelo ICMS. Ressalta que foram vetadas propostas da imunidade aos denominados livros eletrônicos na Assembléia Constituinte de 1988.

Aduz que não há de se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, desde quando na operação de comercialização para este Estado não houve imposto a ser compensado.

O sujeito passivo apesar de ter apresentado Impugnação ao lançamento do crédito tributário em 21/11/2005 e Recurso Voluntário em 23/02/2006, recolheu, em 30/11/2005, integralmente o imposto exigido e parcialmente as demais cominações legais, conforme extrato de pagamento à fls. 66.

Em seu Recurso Voluntário a principal tese defensiva é de que os DVD são acessórios das Revistas, as quais possuem imunidade tributária, logo não cabe o enquadramento de DVD na substituição tributária, sendo o Auto de Infração nulo por ilegitimidade passiva e erro de fato.

Sustenta que do exame do art. 373 do RICMS e do próprio Protocolo ICM 19/85 se observa que os DVD não estão relacionados dentre aquelas mercadorias sujeitas à substituição tributária, pois para tanto deveria ter o NCM listado para obrigar o contribuinte a reter e recolher o imposto.

Quanto ao crédito fiscal, aduz que deveria concedê-lo independente de mero destaque no documento fiscal, sob pena de ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Assim, reitera a preliminar de nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva considerando que o referido protocolo atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, por substituição tributária, ao industrial ou ao importador, sendo o sujeito passivo uma Editora de Livros e Revistas que realizou operação de comercialização de revistas para contribuinte neste Estado credenciado pela Portaria nº 114/2004.

Por fim, requer a reforma do Acórdão e que seja declarado nulo o Auto de Infração por ilegitimidade de parte e erro de fato, ou a improcedência do lançamento do crédito tributário considerando que revistas é o produto principal e tem imunidade Constitucional, como também que DVD não estaria alcançado pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo ICM nº 19/85.

O representante da PGE/PROFIS, no seu pronunciamento, assevera que o recorrente se encaixa perfeitamente na regra da substituição tributária prevista na cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85, pois do exame do contrato social do contribuinte, à fl. 40, o mesmo tem como atividade inserta no seu objeto social a distribuição das mercadorias fustigadas, condição esta evidente pela formatação dos encartes apreendidos. Portanto, não há como ceder à tese da ilegitimidade passiva do autuado.

Também defende que no referido Protocolo ICM 19/85 que a conceituação expressa no seu Anexo Único, relativo ao item “VI”, com discriminação “OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS LASER”, código NBM/SH 8524.39.00, se moldura perfeitamente na caracterização de um DVD (Digital Video Disc ou Digital Versatile Disc). Assim, opina que descabe a tese recursal de que DVD não estaria alcançado pela substituição tributária.

Em relação à imunidade por ser os DVDs parte de revista comercializada, configurando como acessório, uma vez que seria um instrumento relacionado à facilitação da leitura da revista, o Parecer é de que o conteúdo dos DVDs apreendidos não guardam qualquer similitude com conteúdo da revista a eles acopladas, tratando-se de filmes cinematográficos. Logo, não há como se aderir a esta tese.

Por fim, traz à tona a Súmula nº 662 do STF, que se aplica por analogia à questão em epígrafe, na qual aduz que *“É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas videocassete”*.

Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, diante da incongruência do conteúdo das informações veiculadas nos periódicos e o conteúdo cinematográfico dos DVDs.

VOTO

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração decorrentes da arguição de ilegitimidade passiva ou de erro de fato, uma vez que é atribuído ao distribuidor, na qualidade de

sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às saídas subseqüentes de discos para sistemas de leitura por raio laser, característica do DVD, conforme previsto na cláusula segunda e no anexo único, item VI, do Protocolo ICM 19/85.

Quanto à alegação recursal de que os DVDs são acessórios de revistas as quais estão sujeitas à imunidade tributária, corroboro integralmente com o entendimento do digno representante da PGE/PROFIS, quando demonstra a incongruência do conteúdo das informações veiculadas nos periódicos com o conteúdo cinematográfico dos DVDs, numa prova inequívoca que não se trata de um acessório das revistas, mas, sim, de uma operação distinta de comercialização de filmes cinematográficos, sem qualquer similitude com conteúdo dos periódicos a eles acoplados.

Portanto, constatado que não se trata o DVD de acessório, mas, sim, de objeto principal, como também sua sujeição legal à substituição tributária, cuja responsabilidade é do distribuidor, resta evidente a subsistência da exigência fiscal, cuja base de cálculo encontra-se demonstrada à fl. 13 do PAF, sendo descabida a tese recursal de afrontar o princípio da não-cumulatividade, por não compensar o imposto devido quando da substituição tributária, visto que não houve imposto cumulado, por se tratar de uma suposta operação de imunidade tributária, sem oferecimento à tributação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos, conforme extrato à fl. 66 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0129/05-3**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÃO E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$784,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR –REPRES. PGE/PROFIS