

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0125/05-8
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0013-01/06
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 06.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0180-11/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme determinação contida no artigo 372, do RICMS/97, nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária entre estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da unidade federada destinatária. No mesmo sentido, a Cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85, atribui a responsabilidade tributária, em operação interestadual, além do importador e industrial, ao distribuidor, depósito, ou estabelecimento atacadista, mesmo que o imposto já houvesse sido recolhido anteriormente, caso em que estes deverão proceder no sentido de resarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária. Dedução, no cálculo do imposto devido, do valor referente ao ICMS à alíquota de 7%, considerando que pertence ao Estado de origem, e não à Bahia, não obstante não ter sido destacado na Nota Fiscal. Reformada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou este Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF nº 0013-01/06 -, lavrado em decorrência da falta de retenção, e consequente recolhimento, do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na saída de mercadorias (DVDs) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos anexado à fl. 5 dos autos.

A Junta de Julgamento Fiscal indeferiu o pedido de apresentação posterior de provas, entendendo que os elementos processuais eram suficientes para o seu convencimento.

O órgão julgador rejeitou todas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, com a seguinte fundamentação:

1. de ilegitimidade passiva, porque o Protocolo ICM 19/85, em sua Cláusula segunda, atribui ao distribuidor (caso do contribuinte) a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto estadual, mesmo que já tenha sido retido anteriormente;
2. de existência de erro na autuação por incorreção na identificação da mercadoria, pois os documentos de fls. 50 a 59 evidenciam que os produtos, objeto da autuação, são filmes

comerciais gravados em DVD e acompanhados de revistas utilizadas na divulgação do referido produto e não o contrário, como pretende o autuado, sendo compatível com o código NBM/SH 8524.39.00 constante do item VI, do Anexo Único do citado Protocolo, e correspondente a “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”;

3. de imunidade do produto comercializado, considerando que o artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal se refere a livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão, não estando ali inclusos os demais meios de comunicação constituídos sob forma diversa do papel e, dessa maneira, o material objeto do presente lançamento não goza da pretendida imunidade.

No mérito, considerou procedente a infração apontada, porque concordou com a manifestação do órgão consultivo, publicada no Informativo Técnico da SEFAZ, “*no sentido 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*”.

Ressaltou que não tem pertinência o pleito do autuado, de concessão de crédito fiscal, já que não houve o destaque do ICMS na Nota Fiscal que acobertou a operação e rejeitou, finalmente, o pedido do contribuinte, de exclusão ou redução da multa, pois é a prevista na legislação para a situação em tela.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 98 a 106), o sujeito passivo pretende ver reformada a Decisão recorrida, preliminarmente, reiterando as preliminares de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva e por erro de fato da autuação.

Argumenta que o Protocolo ICM 19/85, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ao industrial ou importador e não se enquadra nessa condição, haja vista que está inscrito como editora de livros e revistas que realizou operação de comercialização de revista impressa em papel, acompanhada de um DVD gratuito para facilitar a leitura de seu conteúdo, para contribuinte credenciado pela Portaria nº 114/04.

Alega que o DVD é apenas um acessório da revista, a qual é imune de acordo com a alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal e, além disso, não está relacionado no Anexo Único do Protocolo ICM 19/85.

Acrescenta que o órgão julgador da Primeira Instância laborou em equívoco, ao não permitir que se deduzisse, do imposto devido por antecipação tributária, o crédito fiscal, violando o princípio da não cumulatividade do tributo. Aduz que a falta de destaque do imposto na nota fiscal não é condição válida para inviabilizar a sua concessão, considerando que ele não foi destacado pelo fato de o contribuinte ter entendido que as mercadorias, objeto da autuação, estavam amparadas pela imunidade tributária. Afirma, ainda, que, na hipótese de não concessão do crédito fiscal, a Fazenda Estadual baiana estará se apropriando de um imposto (7%) que pertence ao Estado de origem das mercadorias (São Paulo).

Conclui pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração ou, assim não entendendo este CONSEF, a concessão do crédito fiscal.

O representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, apresentou o seu Parecer (fls. 109 a 113) opinando pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto pelo autuado, apresentando os seguintes argumentos:

1. não há como ser acatada a preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, tendo em vista que a Cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85 prevê que a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao remetente das mercadorias, ainda que distribuidor, depósito ou atacadista, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente;
2. também deve ser rejeitada a alegação recursal, de que não há previsão de enquadramento do produto DVD na substituição tributária, porque o inciso VI do Anexo Único do mencionado

Protocolo - outros discos para sistemas de leitura por raio laser – código NBM/SH 8524.39.00 - se emoldura perfeitamente na caracterização de um DVD. Observa que tanto o DVD convencional como o CD contêm uma única trilha em espiral que começa junto ao centro do disco e se “desenrola” até próximo da borda, sendo formada por pequenas saliências separadas por trechos da superfície original, espelhada, da face refletora do disco. Acrescenta que, enquanto o disco gira e a trilha é varrida pelo laser, a célula fotoelétrica recebe um feixe de forma intermitente, gerando uma sucessão de pulsos de corrente elétrica, os quais são convertidos em *bits* agrupados oito a oito para formar os *bytes* que codificam os dados digitalizados. Por fim, aduz que a luz utilizada nos CDs e DVDs convencionais é de cor vermelha e com comprimento de onda de 0,65 micron, ou milésimo de milímetro.

Quanto à alegada imunidade, entende que não se aplica ao caso, considerando que, ao contrário do afirmado pelo recorrente, os DVDs não guardam nenhuma similitude com o conteúdo da revista a eles acoplada, não havendo como aderir à tese de que facilitariam a sua leitura. Ressalta, ainda, que os DVDs contêm filmes cinematográficos, passíveis de comercialização independente, e somente haveria a imunidade se eles não possuíssem vida própria sem a adesão do periódico, o que não é o caso dos autos.

Finalmente, aduz que, embora a revista traga informações de caráter cultural, nada mais é do que um veículo de propaganda de vídeos em DVD sobre os mais variados temas, como músicas, dramas e filmes, conforme informação nela própria contida. Traz a lume a Súmula nº 662, do Supremo Tribunal Federal, a qual se aplica por analogia à questão em epígrafe: “*É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas videocassete*”.

VOTO

O recorrente se limitou a apresentar as mesmas preliminares de nulidade já corretamente rechaçadas no julgamento da Primeira Instância.

Quanto à tese de ilegitimidade passiva por estar inscrito como distribuidor, não há como ser acatada, considerando que, consoante a Cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85, aplicável à situação em tela, “*no caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente*”.

Também não pode ser aceita a alegação recursal de incorreção na identificação da mercadoria, pois os documentos de fls. 50 a 59 demonstram, como foi apontado na Decisão recorrida, que os produtos, objeto da autuação, são filmes comerciais gravados em DVD, acompanhados de revistas utilizadas na divulgação do referido produto, e não o contrário. Por outro lado, o DVD com filme cinematográfico gravado está inserido no item VI do Anexo Único do Protocolo ICM 19/85 como “*outros discos para sistemas de leitura por raio laser*”, com código NBM/SH 8524.39.00, sendo devido o ICMS por substituição tributária nas operações interestaduais de circulação da mercadoria entre Estados signatários do referido Protocolo.

Por fim, também não pode ser aceita a tese de imunidade brandida pelo recorrente já que, como bem acentuado pelo representante da PGE/PROFIS, os DVDs contêm filmes cinematográficos, passíveis de comercialização independente, e somente haveria a imunidade se eles não possuíssem vida própria sem a adesão da revista, o que não é o caso dos autos.

Concordo com o excelente Parecer do digno representante da PGE/PROFIS quando afirma que, embora a revista traga informações de caráter cultural, ela se reveste da condição de um veículo de propaganda do DVD, e não o contrário, devendo ser aplicada, por analogia, a Súmula nº 662, do Supremo Tribunal Federal, de que “*É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas videocassete*”.

Entretanto, quanto ao crédito fiscal pretendido pelo recorrente para ser deduzido do valor devido em razão da substituição tributária, entendo que, embora não haja previsão expressa na legislação estadual, deve ser concedido, pelas razões seguintes:

1. o ICMS não foi destacado nos documentos fiscais, objeto deste lançamento, porque o contribuinte entendeu que a operação era imune;
2. se o entendimento é de que a operação de circulação das mercadorias (DVDs) é tributável pelo imposto estadual, a parcela que deveria ter sido destacada na nota fiscal é devida ao Estado de origem que, no caso, é São Paulo, e não à Bahia;
3. caso não seja deduzido o percentual de 7% no cálculo do ICMS devido por substituição tributária (considerando que as mercadorias foram oriundas da região Sudeste), a totalidade do imposto seria destinada à Bahia, o que implicaria apropriação indébita, tendo em vista que parte do imposto não pertence ao Erário baiano;
4. se o fisco do Estado de São Paulo resolvesse cobrar a parcela que lhe é devida, por entender que a operação é tributável pelo ICMS, haveria a bitributação, situação que deve ser evitada.

Por tudo quanto foi exposto, considero que deve ser refeito o levantamento do autuante, para deduzir o percentual de 7% do valor da nota fiscal, da seguinte forma:

Valor das mercadorias	R\$15.120,00
(+) Frete	R\$306,64
Subtotal	R\$15.426,64
(+) MVA (25%)	R\$3.856,66
Base de Cálculo	R\$19.283,30
ICMS devido (17%)	R\$3.278,16
(-) Crédito de ICMS (7% de R\$15.120,00).....	R\$1.058,40
(-) Crédito de ICMS – frete	R\$21,46
ICMS a recolher ao Estado da Bahia.....	R\$2.198,30

Em conclusão, considero que merece reparo a Decisão recorrida e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor do débito, de R\$3.278,16 para R\$2.198,30, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299166.0125/05-8 lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.198,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS