

PROCESSO - A.I. Nº 299166.0131/05-8
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0006-01/06
ORIGEM - IFMT - DAT METRO
INTERNET - 28/06/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0232-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DA DEFESA INTERPOSTA TEMPESTIVAMENTE. NOVA DECISÃO. O pagamento efetuado não impede que seja a defesa apreciada, pois o contribuinte expressamente declarou que o pagamento destinava-se apenas à imediata liberação das mercadorias. A falta de apreciação da impugnação cerceou o direito de defesa do contribuinte. A Decisão recorrida é nula, devendo o processo retornar à Primeira Instância, para novo julgamento, apreciando a defesa interposta tempestivamente. Acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0006/01-06, que julgou pela Extinção do Auto de Infração em epígrafe, por considerar prejudicada a defesa apresentada, em razão do pagamento realizado pelo contribuinte.

O Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias em 10/10/2005, conforme Termo de Apreensão nº 133888, às fls. 05 dos autos, exige ICMS no valor de R\$11.822,45, acrescido de multa de 60%, em virtude de o autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O sujeito passivo, em sua defesa apresentada às fls. 20 a 38, alegou preliminarmente, a nulidade por ilegitimidade passiva, tendo em vista o Protocolo 19/95, que atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, por substituição tributária, ao industrial ou importador. Alegou que o remetente é uma editora de livros e revistas, que realiza operação de comercialização de revistas para contribuinte neste estado credenciado pela Portaria nº 114/2004.

Argüiu, ainda, em sede preliminar a nulidade por erro de fato, nos termos do art. 18, IV, a, do RPAF, uma vez que a revista está impressa em papel e é acompanhada de um DVD “grátis” para facilitar a leitura do seu conteúdo, tendo o Auto de Infração, entretanto, sido lavrado considerando as mercadorias como “DVDs TÍTULOS DIVERSOS COM ENCARTE”.

No mérito, alegou ilegitimidade de parte, uma vez que não é industrial ou importador de DVD, conforme previsto no Protocolo 19/85, não sendo, assim, contribuinte substituto.

Argüiu, também, não haver incidência, tendo em vista que a mercadoria comercializada é revista, impressa em papel, que tem acompanha como brinde um DVD (produto acessório), não havendo, segundo ele, a incidência do imposto sobre o preço da revista. Trouxe para amparo

legal às suas alegações o art. 7º LC 87/97, art. 3º da lei 6374/89, art. 4º da Lei nº 10619/00, art. 1º, III; Convênios: ICM 12/75, ICMS-37/90, ICMS 124/93.

Entendeu que a mercadoria, objeto do Auto de Infração, não está relacionada no anexo único do referido Protocolo 19/85, e, portanto, descabe a imposição fiscal.

Interpretou extensivamente a imunidade tributária aos chamados “livros eletrônicos” nos termos do art. 150, inc. VI, letra “d”, da Constituição Federal, que confere imunidade tributária a livros, jornais e periódicos e de papel destinado a sua impressão, trazendo os pensamentos do Prof. José Souto Maior Borge e Aliomar Baleeiro, além da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do STF, para ratificar o seu entendimento.

Amparando-se no princípio da não comutatividade, o impugnante requereu o crédito fiscal de R\$4.891,92 (69.884,70x0,07- alíquota interestadual), uma vez que foi concedido o crédito do frete.

Concluiu, requerendo que este Conselho de Fazenda:

- a) julgue nulo o Auto de Infração, por ilegitimidade de parte e erro de fato, ou
- b) julgue improcedente o Auto de Infração, considerando que revista tem imunidade constitucional, ou
- c) julgue improcedente a exigência fiscal, considerando que DVDs com conteúdo de revista, não estaria alcançado pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo 19/85, ou
- d) conceda o crédito fiscal de R\$ 4.891,92 (quatro mil, oitocentos e noventa e um reais e noventa e dois centavos) e;
- e) na hipótese remota de ser mantida a infração, que fosse procedida a exclusão da multa de 60%, ou sua redução na forma autorizada de acordo com a competência desse CONSEF, considerando a boa fé e a importância social do contribuinte.

O autuante, às fls. 50 e 51 dos autos, informou que o Protocolo ICMS 19/85, em sua cláusula segunda, atribuiu a condição de sujeito passivo por substituição tributária ao industrial, importador, distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, e pelo que consta do rodapé da contracapa dos DVD's (SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA), a impugnante é distribuidora dos DVD's em questão.

Afirmou o autuante que o DVD está gravado com obra cinematográfica, enquadrando-se perfeitamente na descrição do item VI, do Anexo único, do Protocolo ICMS 19/85: “OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIO LASER” com o código da NBM/SH 8524.39.00.

Quanto ao crédito fiscal pleiteado pelo impugnante, o autuante alegou que a documentação que acompanha as mercadorias não vem com o imposto destacado na operação normal, não tendo sido, portanto, recolhido este imposto. Dessa forma, não inexistente razão para beneficiar o autuado com um crédito tributário inexistente. Apenas o ICMS sobre o frete das mercadorias foi considerado com crédito tributário, pois o valor do frete foi componente da Base de Cálculo do imposto como determina a cláusula terceira do Protocolo 19/85.

Através do Acórdão JJF Nº 0006-01/06, a 1ª JJF julgou prejudicada a defesa apresentada, declarando extinto o processo administrativo fiscal, sob o entendimento de que:

- a) *“O crédito tributário, lançado no presente Auto de Infração, foi pago pelo impugnante, juntamente com as multa e acréscimos moratórios, conforme documentos de baixa por pagamento do sistema de informações da administração tributária (SIDAT) às fls. 72 e 73 dos autos”, razão pela qual entendeu a primeira instância que “a defesa fica prejudicada, inclusive em relação às preliminares de nulidades, tendo em vista que as questões ali suscitadas*

remetem à apreciação do mérito, de onde emergem as discussões sobre a condição de distribuidora da impugnante e a própria incidência do imposto sobre os DVD's";

- b) *"considerando que o autuado desistiu formalmente da defesa apresentada, ao efetuar o pagamento total do imposto exigido, conforme extratos do de fl. 198 a 211, fato que ensejou a baixa do presente processo por pagamento, tal procedimento importa na extinção do processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso I, do artigo 122, do RPAF/99".*

Inconformado com a Decisão prolatada pela 1ª JF, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, alegando que *"recolheu o imposto com acréscimos legais só com o intuito de liberar suas mercadorias que se encontravam apreendidas pela SEFAZ".* Aduz que o *"DAE foi emitido por prepostos da IFMT/METRO com pleno conhecimento que, o contribuinte desejava continuar o processo até Decisão final."* Assevera que tal fato pode ser facilmente comprovado mediante correspondência protocolada na referida INFAZ, antes mesmo da emissão dos DAE's, cujo teor transcreveu, acostando a missiva em anexo à sua peça recursal. Prossegue afirmando, em relação à Lei nº 9.650/2005, que *"não recolheu o imposto com o benefício da referida Lei, uma vez que, o fato gerador do imposto foi posterior a 31/07/2005, ou seja, 05/10/2005, portanto, legalmente seria impossível ele ter pago o imposto com os benefícios da anistia, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.650/2005"*. Argumenta, ainda, que *"De acordo com o § 2º do art. 1º da Lei nº 9.650/2005, para ter direito à redução da multa seria necessário o RECONHECIMENTO EXPRESSO DA PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO e, isso o contribuinte não fez, ao contrário, declarou sua intenção de dá prosseguimento à defesa"*, não constando, do DAE emitido, qualquer observação de que a multa reduzida está de acordo com a Lei nº 9.650/2005. Alegou que lhe foi informado que a redução da multa tinha como base o recolhimento do imposto dentro do prazo de 10 (dez) dias da ciência do Auto de Infração. Ao final, em face dos argumentos acima expendidos, requereu a reconsideração da Decisão proferida em Primeira Instância, devendo ser julgado o mérito da defesa, a fim de que seja declarada a improcedência do Auto de Infração em discussão.

Em seu Parecer, o representante da PGE/PROFIS, inicialmente, entende que o Direito pátrio assumiu uma posição dualista em relação à idéia de obrigação tributária e crédito tributário, dividindo-os em duas etapas de surgimento, diferentemente da solução encontrada no direito civil em que a obrigação ou débito tem como elemento correlato a responsabilidade. Assevera que a responsabilidade tributária não está acoplada à obrigação tributária, surgindo tão-somente quando da constituição do crédito tributário (lançamento). Daí porque, prossegue, é possível a extinção do crédito tributário sem a extinção de sua obrigação correlata, como sói ocorrer na hipótese da prescrição. Entende que se afigura perfeitamente viável a extinção do crédito tributário, por intermédio do pagamento, conforme estatui o art. 156, I, do CTN, sem que isto encerre o término da discussão na seara administrativa. Aduz que o pagamento do imposto, modalidade de extinção do crédito tributário, deve estar adstrito a uma declaração expressa do contribuinte do desejo em obter o exame do mérito da lide administrativa, como aconteceu expressamente no caso em apreço (fls. 93/94), ou, ao sentido inverso, não haja declaração expressa de anuência ao direito da Fazenda Pública. Por tal razão, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto, no sentido de que seja anulada a Decisão prolatada pela referida 1.ª JF, retornando a lide ao juízo originário para exame do mérito da demanda administrativa.

Prossegue o seu opinativo, entretanto, no que se refere ao mérito da presente autuação, esteado nos princípios da economia processual e da celeridade e, principalmente, no princípio da eventualidade, na hipótese de rejeição do opinativo supra elencado.

Quanto ao mérito, entende o Parecerista que não merece guarida a alegação de ilegitimidade passiva formulada pelo recorrente, em face do quanto prescrito na Cláusula Segunda, do Protocolo ICM 19/85, cujo teor transcreveu. Assevera que o recorrente se encaixa perfeitamente na regra de substituição tributária, à luz da documentação acostada aos autos, em especial o seu

contrato social (fl. 40), tendo a mesma a atividade de distribuição das mercadorias fustigadas. Além disso, a condição de distribuidora está claramente demonstrada pela formatação dos encartes dos DVD's apreendidos, que demonstram a condição de distribuidora do recorrente.

Enfrentando a tese recursal de que o recorrente estaria alcançado pela substituição tributária, manifesta-se o Parecerista no sentido de que não se pode emprestar qualquer guarida à tese recursal, visto que, após breve análise do Protocolo acima referido que a conceituação expressa no Anexo único daquele, relativo ao item VI, com discriminação "OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIO LASER", Código NBM/SH 8524.39.00, se emoldura perfeitamente na caracterização de um DVD. Após discorrer tecnicamente acerca da natureza do DVD, consigna que não há como aceder à tese recursal em relação ao mencionado argumento.

Quanto ao argumento recursal de que estaria albergado pelo manto da imunidade, entende o nobre Parecerista que os DVD's não guardam qualquer similitude com o conteúdo da revista a eles acoplada, razão pela qual não prospera a tese de facilitação à leitura, invocada pelo recorrente. Aduz que, conforme se verifica dos títulos dos DVD's acostados aos autos, os mesmos se referem a filmes cinematográficos, portanto, passíveis de comercialização absolutamente independente, devendo ser rechaçada a tese de que as mercadorias transportadas não eram propriamente DVD's, mas sim revistas periódicas. Entende que o DVD somente pode ser alcançado sob o espectro da imunidade constitucional concedida às revistas e periódicos somente e tão-somente quando não puderem ter a sua comercialização efetivada de forma autônoma, ou seja, se não possuírem "vida própria" sem a adesão ao periódico, o que não é o caso dos autos. Invoca a Súmula nº 662, do STF, para asseverar que resta clara a incongruência do conteúdo das informações veiculadas nos periódicos e o conteúdo cinematográfico dos DVD's.

Ao final, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário apenas no sentido de que seja anulada a Decisão prolatada em primeira instância, devendo os autos retornar à Primeira Instância para exame do mérito da demanda administrativa.

Através de Despacho, manifesta-se o ilustre Procurador Assistente Rogério Leal Pinto Carvalho, no sentido de discordar, em parte, do Parecer exarado pelo eminente Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Júnior, vez que, no seu entendimento, o pagamento é forma de extinção do crédito tributário, consoante dispõe o art. 156, I, do Código Tributário Nacional, estatuinto o art. 113, § 1.º, do mesmo Diploma Legal, ainda, que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Outrossim, destaca que o § 3.º, do art. 136, da Lei nº 3.596/81, estabelece que havendo o pagamento total do débito autuado ou notificado, cabe à repartição fazendária a homologação do recolhimento e o conseqüente arquivamento dos autos. Assevera que ao contribuinte são conferidas vantagens para que efetue o pagamento do débito sem discutir a exigência fiscal, o que foi aproveitado pelo mesmo, conforme confessa no seu Recurso Voluntário à fl. 92. Quanto à alegação recursal de que efetuou o pagamento para que houvesse a liberação das mercadorias apreendidas, não assiste razão ao contribuinte, posto que poderia utilizar a ação própria para esse fim. Prossegue afirmando que é pacífico o entendimento jurisprudencial de que a apreensão de mercadorias é meio coercitivo de cobrança de tributos, devendo ser realizada, apenas, pelo tempo necessário a lavratura do Auto de Infração, ou em hipóteses restritas, a exemplo de prova material de ilícitos penais. Alega que a ressalva de que o pagamento do Auto de Infração foi efetuado sob a condição de apreciação da defesa administrativa não encontra espeque no ordenamento jurídico. Impende salientar que o contribuinte sequer aponta o dispositivo da legislação estadual que garante suposto direito. Logo, opina no sentido de Negar Provimento do Recurso Voluntário interposto.

No que se refere ao mérito da autuação, entende o Parecerista, melhor sorte não teria o recorrente caso a sua defesa fosse apreciada, como bem demonstrou o Dr. José Augusto Martins em seu Parecer anteriormente exarado.

VOTO

Permissa venia, entendo que laborou em equívoco o órgão julgador de Primeira Instância ao decidir pela prejudicialidade da defesa apresentada e, consequentemente, pela extinção do crédito tributário.

Isso porque, no caso em apreço e sem desconsiderar os argumentos expostos pelo Procurador Assistente, Dr. Rogério Leal Pinto, a despeito do pagamento realizado pelo recorrente, deve-se levar em consideração, *ab initio*, o desiderato ou *animus* do contribuinte.

Ora, de forma expressa e buscando se resguardar justamente da alegação de que a sua defesa poderia ser julgada prejudicada, protocolou o recorrente petição ressaltando, de forma clara e cristalina, que estava efetuando o pagamento do débito, única e exclusivamente, para que a sua mercadoria pudesse ser liberada por parte do Fisco Estadual, bem como que iria questionar o cometimento da infração no âmbito do processo administrativo!

É de corriqueira sabença que, como bem asseverou o primeiro Parecerista, “*a responsabilidade tributária não está acoplada à obrigação tributária, surgindo tão-somente quando da constituição do crédito tributário (lançamento)*”. Evidente, assim, que é possível a extinção do crédito tributário sem a extinção de sua obrigação correlata, sendo perfeitamente viável a extinção do crédito tributário, por intermédio do pagamento, conforme estatui o art. 156, I, do CTN, sem que isto encerre o término da discussão na seara administrativa.

Assim é que, o pagamento do imposto, indiscutivelmente uma modalidade de extinção do crédito tributário, deve estar adstrito a uma declaração expressa do contribuinte do desejo de não obter o exame do mérito da lide administrativa, o que inocorreu no caso em apreço, que, ao revés, manifestou-se no sentido de que continuaria a discutir a questão na seara administrativa (fls. 93/94).

Inquestionável que na letra fria da legislação estadual inexistia qualquer dispositivo que autorize tal comportamento do recorrente, mas outra saída não se lhe restava, senão o pagamento, tendo em vista a absurda “condição” imposta pela fiscalização para liberação das mercadorias. Ademais, entendo que acima de qualquer dispositivo legal, o direito deve nortear-se pelo “BOM SENSO”, presente no caso vertente, ante a robusta documentação apresentada pelo contribuinte demonstrando o seu intuito de prosseguir com a demanda administrativa, sem prejuízo do fato de que decidir-se em sentido contrário seria violentar, mortalmente, o princípio da ampla defesa e do contraditório consagrado na Carta Magna de 1988.

Acresça-se a isso o fato de que não recolheu o imposto com o benefício da Lei nº 9.650/2005, uma vez que o fato gerador do imposto foi posterior a 31/07/2005, ou seja, 05/10/2005. Portanto, legalmente seria impossível ele ter pago o imposto com os benefícios da anistia, nos termos do art. 1.º da referida Lei. Outrossim, inexistia nos autos qualquer documento que ateste o RECONHECIMENTO EXPRESSO DA PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO, à luz do quanto exigido no § 2.º, do art. 1.º, da lei supra mencionada, ao contrário, encontra-se colacionado aos autos, como já ressaltado, petição do recorrente, através do qual, antes do pagamento do imposto, declarou sua intenção de dar prosseguimento à defesa. Além disso, no próprio DAE emitido não há qualquer observação ou referência de que a multa reduzida está de acordo com a Lei nº 9.650/2005.

Quanto à alegação de que o recorrente efetuou o pagamento do imposto com os descontos atinentes aos encargos legais, se julgado procedente, por parte da Junta de Julgamento Fiscal, o

presente Auto de Infração, caberá àquele órgão análise do acerto, ou não, do montante realmente pago, homologando-se o valor efetivamente recolhido e remanescendo a inscrição na dívida de eventual débito que venha a ser encontrado.

Destarte, com espeque no brilhante Parecer emitido pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, como se o mesmo estivesse aqui literalmente transcrito, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, a fim de ANULAR a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à 1ª Junta de Julgamento para realização de novo julgamento, desta feita com enfrentamento da questão meritória atinente ao presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **2991660131/05-8**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo os autos retornar para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal para realização de novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR –REPR. PGE/PROFIS