

PROCESSO - A.I. Nº 299166.0355/05-3
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0067-04/06
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 29/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0353-12/06

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 art. 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 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 ressarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária. Infração caracterizada. Não acolhidas às arguições de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JF 0067/04-06, que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide exige imposto no valor de R\$3.157,78, em decorrência da falta de retenção do ICMS e o seu conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado apresentou defesa, suscitando, preliminarmente, a nulidade do lançamento, por considerar que o Protocolo 19/95, celebrado entre a Bahia e o estado de origem das mercadorias, atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, por substituição tributária, ao industrial ou importador, porém, no presente caso, é indevida a exigência do imposto do remetente, por ilegitimidade passiva, uma vez que se trata de uma editora de livros e revistas que realizou operação de comercialização de revistas para contribuinte neste Estado credenciado pela Portaria nº 114/2004. Requereu, ainda, a nulidade nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF, considerando que a mercadoria objeto da imposição fiscal é revista, impressa em papel que acompanha um DVD “GRÁTIS” para facilitar a leitura do seu conteúdo.

Alegou que, se fosse DVD, não estaria enquadrado no anexo único do Protocolo 19/85 e nos termos do art. 3º, “b” das Regras de Interpretação do Sistema Harmonizado.

Aduziu que não se trata de operação de vendas de DVDs, como se pretende imputar, sendo a hipótese alcançada pela imunidade, considerando que revista é imune de imposto face a legislação e entendimento consolidado da doutrina e jurisprudência.

Disse que, em qualquer das hipóteses, não se justificaria a imposição fiscal, já que o contribuinte destinatário, supermercado G. Barbosa Comercial Ltda., é credenciado pela Portaria nº 114/2004, estando autorizado a recolher o imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente.

Argumentou que o cálculo do imposto foi efetuado sem considerar o crédito fiscal que é um direito constitucional do contribuinte, ou seja, R\$1.307,14 ($R\$18.673,57 \times 0,07$), por conseguinte, na pior das hipóteses o valor do imposto seria de R\$1.867,36 ($R\$ 3.174,50 - R\$1.307,14$).

Reiterou que, da simples análise do anexo único do Protocolo 19/85, que serviu de base legal para a fundamentação do lançamento fiscal, se constata o não enquadramento das mercadorias comercializadas objeto do lançamento de ofício.

Prosseguindo, reiterou o argumento de imunidade tributária, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais sobre o tema.

Ao finalizar, requereu:

- a) A nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade de parte e erro de fato, ou;
- b) Improcedência, considerando que revista tem imunidade constitucional, ou;
- c) Improcedência da exigência fiscal, considerando que DVD's como conteúdo das revistas, não estaria alcançado pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo 19/85, ou;
- d) Concessão do crédito fiscal de R\$1.307,14 e
- e) Na hipótese remota de ser mantida a infração, requereu a exclusão da multa de 60%, ou sua redução na forma autorizada de acordo com a competência dessa CONSEF, considerando a boa fé e a importância social do contribuinte.

Na informação fiscal, o autuante informou que está anexando cópia da capa e contra-capas do estojo de um DVD retirado como amostra de todo o lote das mercadorias apreendidas, cópia da revista que acompanha o DVD da amostra, cópia de extrato da situação cadastral do remetente.

Quanto à ilegitimidade passiva, disse que a Cláusula segunda do Protocolo nº 19/85, deixa claro a sua condição de contribuinte ao atribuir a responsabilidade tributária, em operação interestadual, ao distribuidor, depósito, ou estabelecimento atacadista, mesmo que o imposto já houvesse sido recolhido anteriormente, caso em que estes deverão proceder no sentido de ressarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária.

Salientou que o DVD gravado com obra cinematográfica enquadra-se perfeitamente com a descrição do item VI do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 19/85: “*outros discos para sistemas de leitura por raio laser*” com código NBM/SH 8524.39.00. A intenção do referido Protocolo é de fazer incidir a substituição tributária na comercialização dos suportes físicos gravados com obras fonográficas ou cinematográficas, não havendo porque se referir a imunidade tributária de livros e periódicos. Na Cláusula primeira do Protocolo está escrito que incidirá a substituição tributária nas operações com “... *outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagens, relacionados no Anexo Único...*”. O DVD está gravado com um filme que não é brinde e que não facilita a leitura e entendimento.

Em relação ao pedido do crédito tributário, disse que o problema foi criado pelo próprio autuado, não destacando o imposto devido na operação interestadual. Se ele não o fez, este imposto não existe, pois deveria ter tributado normalmente e o crédito seria também normalmente concedido, porque é obrigação tributária do remetente trazê-lo ao mundo jurídico.

Ressaltou que a GECOT já emitiu Parecer o qual está anexando, transcrito na revista ITS, sobre o tema semelhante.

Ao finalizar, opinou pela manutenção da autuação.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos documentos acostados, tendo se manifestado à folha 76, argumentando que se trata de uma revista, que o DVD não se enquadra no regime de substituição tributária.

Através do Acórdão JJF nº 0067-04/06, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que no caso vertente não há que se cogitar de ilegitimidade passiva; em verdade, *“Conforme determinação contida no art. 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”*; além disso, como ressaltou o autuante, *“a Cláusula segunda do Protocolo 19/85, deixa clara a sua condição de contribuinte ao atribuir a responsabilidade tributária, em operação interestadual, ao distribuidor, depósito, ou estabelecimento atacadista, mesmo que o imposto já houvesse sido recolhido anteriormente, caso em que estes deverão proceder no sentido de ressarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária”*;
- b) não há como prosperar a preliminar de nulidade em face da existência de erro de fato, visto que *“as mercadorias apreendidas estão enquadradas no Protocolo 19/85, tendo em vista que a classificação do produto no sistema harmonizado, pela regra relativa à reunião de artigos diferentes, devem ser classificados pelo artigo que lhes confira a característica essencial”*;
- c) ainda em sede de preliminar, entendeu que *“Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação da nulidade da autuação”*;
- d) as mercadorias, objeto da presente autuação, são DVD's acompanhados por revistas, discriminados na Nota Fiscal nº 0648 de fls. 7 a 9, e espelho do pedido nº 00570-00, fls. 10 e 11, material que se enquadra no item VI, do Anexo Único do Protocolo ICMS nº 19/85, *“outros discos para sistema de leitura por raio laser”*, código NBM/SH 8524.39.00, razão pela qual as mercadorias objeto da presente lide encontram-se enquadradas na substituição tributária; quanto a alegação de improcedência, formulada pelo autuado, em razão de estar o mesmo albergado pelo manto da imunidade, carece de validade jurídica a sua argumentação, tendo em vista que *“o tema já foi analisado pela Diretoria de Tributação – DITRI, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, mediante PARECER GECOT Nº 757/99”*, através do qual ficou definido que *“As fitas de vídeo cassete comercializadas juntamente com livros e revistas não estão amparadas pela imunidade tributária prevista no art. 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal/88, sofrendo tributação normal do imposto”*, razão pela qual *“não resta dúvida que os DVD's, meio magnético que tem a mesma finalidade das fitas cassete, sendo uma solução tecnológica mais moderna, devem ser tributados normalmente”*;
- e) no que tange à solicitação da concessão do crédito fiscal de R\$ 1.307,14, deve a mesma ser rejeitada, vez que *“o referido valor não se encontra destacado nas notas fiscais objeto da apreensão, o que impossibilita a sua concessão, conforme legislação tributária em vigor”*;
- f) por fim, no tocante ao pedido de isenção ou redução da multa por falta de previsão legal, não logrou êxito o contribuinte em demonstrar que a infração fora praticada *“sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo”*, rechaçando, pois, o pedido do autuado.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, repisando, literalmente, todos os termos e pedidos da defesa pelo mesmo apresentada, acrescentando, ainda, que *“A falta de destaque do crédito fiscal não é condição válida para inviabilizar a sua concessão, considerando que não foi destacado por entender o contribuinte que as mercadorias objeto da autuação estavam amparadas por imunidade tributária”*, bem como que *“A situação de incidência de imposto sobre as referidas mercadorias foi imposta pelo autuado que apurou o imposto, sem contudo, conceder o crédito fiscal de 7% pertencente ao Estado de origem”*. Asseverou também que *“Na presente hipótese de não concessão do crédito*

fiscal, a fazenda estadual está ficando com o imposto que pertence ao Estado de São Paulo, ou seja, 7% sobre o preço das mercadorias”.

O ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, asseverando, inicialmente, 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 RAIOS 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.

No que se refere ao crédito fiscal, entende que *“existe realmente pertinência ao pleito, pois, considerando-se a tributação da operação de circulação de mercadorias tida como imune pelo autuado, há de conceder o crédito do contribuinte, sob pena de completa desorganização do sistema de abatimentos do regime constitucional da não-cumulatividade”.*

Ao final, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

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, estatuinte 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 conhecimento ao 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, discordando expressamente do Dr. José Augusto Martins no que concerne à concessão do crédito, visto que *“A operação é imune no Estado de São Paulo, inexistindo destaque de imposto nas notas fiscais respectivas”*. Ademais, prossegue, *“deve-se observar que a exigência fiscal é relativa à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, ou seja, o substituto, ao promover a saída das mercadorias, recolhe seu imposto próprio e retém o da operação subsequente, não havendo qualquer crédito a ser aproveitado por ele”*. Assim, na hipótese de apreciação do Recurso Voluntário interposto, opina pelo seu Improvimento.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, faz-se mister a apreciação da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente. Nesse envolver, entendemos que clara e cristalina, no particular, é a legislação aplicável à espécie, mais especificamente a Cláusula Segunda do Protocolo 19/85, que atribui ao distribuidor a obrigação de reter e recolher o ICMS nas remessas para a Bahia, em relação a mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Quanto à preliminar de nulidade em razão da existência de erro de fato, não há como prosperar, de igual forma, a tese recursal, eis que as mercadorias apreendidas estão enquadradas no Protocolo 19/85, tendo em vista que a classificação do produto no sistema harmonizado, pela regra relativa à reunião de artigos diferentes, devem ser classificados pelo artigo que lhes confira a característica essencial.

No âmbito meritório, razão alguma assiste ao recorrente. Isso porque as mercadorias objeto da presente lide estão enquadradas no regime de substituição tributária, não podendo ser consideradas imunes, à luz da Constituição Federal.

É de corriqueira sabença, no particular, como brilhantemente ressaltou a ilustre Parecerista da PGE/PROFIS, que *“A imunidade dos livros, revistas e periódicos se fundamenta no valor da cultura, do conhecimento”*. Ora, teve por escopo a nossa Carta Magna facilitar a divulgação da cultura e do saber, sendo imprescindível, para tanto, que fosse retirada toda a carga tributária sobre os meios que conduzem a esse objetivo. *In casu*, as publicações (revistas) que se fazem acompanhadas de meios tecnológicos (DVD's), não servem à finalidade de facilitar, viabilizar ou complementar o conteúdo constante no papel, razão pela qual não podem ser amparadas pelo manto da imunidade, ressaltando, inclusive, que esse é o posicionamento da Diretoria de Tributação – DITRI, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao se manifestar através do PARECER GECOT Nº 757/99.

Outrossim, no que tange à concessão do crédito fiscal, merece reparos a Decisão recorrida. Isso porque, considerando-se a tributação da operação de circulação de mercadorias tida como imune pelo autuado, há de conceder o crédito do contribuinte, sob pena de completa desorganização do sistema de abatimentos do regime constitucional da não-cumulatividade. Impende invocar, aqui, parte do Acórdão CJF nº 0180-11/06, lavrado pela Egrégia 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que teve como Relatora a insigne Conselheira Denise Mara de Andrade Barbosa, assim consignado:

“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 feito o levantamento do autuante, para deduzir o percentual de 7% do valor da nota fiscal, da seguinte forma:

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

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.”

Rejeito, por fim, o pedido de isenção ou redução da multa por falta de previsão legal, visto que não logrou êxito o recorrente em demonstrar que a infração fora efetivamente praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, inexistindo, portanto, os requisitos legais para o seu deferimento.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, com espeque no Parecer do ilustre Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, como se aqui estivesse literalmente transcrito, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, reformando a Decisão de primeira instância tão-somente para que seja concedido o crédito fiscal em favor do contribuinte, no montante de R\$1.307,14, valor que deverá ser abatido da autuação.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para divergir do ilustre relator no tocante apenas à concessão do crédito fiscal, no montante de R\$1.307,14, pelas razões a seguir expostas. No que se refere ao crédito fiscal perquirido pelo recorrente, entendo que a situação em análise vai além de uma mera falta de destaque do imposto no documento fiscal. Os autos provam que o ICMS devido ao Estado de São Paulo não foi pago e nem debitado nos livros fiscais próprios. Nessa situação, não pode haver apropriação de crédito fiscal, pois o recorrente não suportou o ônus do tributo, condição essencial para a utilização do crédito fiscal. É até admissível, nos termos da legislação tributária estadual, que houvesse a apropriação do crédito fiscal sem o destaque do imposto no documento fiscal, caso o recorrente comprovasse que efetivamente o imposto foi pago ou debitado na sua escrita fiscal. Porém, aceitar que o recorrente venha a se utilizar de um crédito fiscal que comprovadamente não pagou é uma forma de ensejar o seu enriquecimento sem causa.

Não há dúvida que o imposto que deveria ter sido destacado no documento fiscal era devido ao Estado de São Paulo. Todavia, ao que consta nos autos, esta unidade da Federação não tributa a operação em lide. Sendo assim, se em momento futuro houver mudança de entendimento, respeitando o prazo decadencial, e o fisco paulista exigir o imposto que não lhe foi pago, pode-se admitir que o recorrente deduza, do imposto devido ao Estado da Bahia, o crédito fiscal correspondente ao imposto que não foi pago àquela outra unidade da Federação, à alíquota de 7%. Em outras palavras: se o imposto em questão for um dia pago ao Estado de São Paulo, poderá o recorrente, de posse do competente documento probatório, solicitar ao fisco baiano a utilização extemporânea do crédito fiscal correspondente, nos termos da legislação vigente, o que poria por terra uma hipotética bitributação.

Pelo acima exposto, de forma contrária aos argumentos do Sr. relator, entendo que a Decisão recorrida está correta e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos (fl. 121 do PAF).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0355/05-3**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.157,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente pagos.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR/VOTO VENCIDO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS