

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0357/05-6
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0098-04/06
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 15/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0456-11/06

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 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 ao resarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária. Infração caracterizada. Não acolhidas às argüições de nulidade. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário relativo ao Auto de Infração, lavrado em 09/12/2005, exigindo ICMS no valor histórico de R\$1.347,08, e multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Julgamento efetuado pela ilustre 4ª JJF, ao inicio afasta a preliminar de nulidade de ilegitimidade passiva, pois a cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85 deixa clara sua condição de contribuinte, ao atribuir à responsabilidade tributária, em operação interestadual, ao distribuidor ou estabelecimento atacadista.

Da mesma forma, não acolhe as preliminares de nulidade em relação à imunidade da mercadoria e ao erro na sua identificação, por entender que o 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 nº 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.

Observa que o sujeito passivo, apesar de ter apresentado Impugnação ao lançamento do crédito tributário em 21.12.05 e Recurso Voluntário em 26.04.2006, recolheu integralmente o imposto exigido e parcialmente as demais cominações legais, conforme extrato de pagamento à fls. 51 e 52.

O Recurso Voluntário apresentado por advogado preposto, revela a principal tese defensiva 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.

E 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.

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 19/85.

O ilustre representante da PGE/PROFIS pronuncia-se nos autos, asseverando 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. 24, o mesmo tem como atividade inserta no seu objeto social a distribuição das mercadorias em apreço, 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 RAIO LASER*”, código NBM/SH 8524.39.00, se moldura perfeitamente na caracterização de um DVD (Digital Vídeo 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

Da análise dos autos, ao início rejeito as preliminares de nulidade do Auto de Infração quando 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 subsequentes de discos para sistemas de leitura por raio laser, característica do DVD, conforme consta previsto na cláusula segunda e no anexo único, item VI, do Protocolo ICM 19/85.

Não podem os DVDs ser, contrariamente ao alegado, acessórios de revistas, pois que o conteúdo e as informações nelas impressas denotam clara incongruência com o conteúdo cinematográfico dos DVDs. Revela este fato, uma 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, e dentro dos objetivos sociais contratuais do recorrente.

Assim está constatado que o DVD não é elemento acessório, mas sim principal, em decorrência resta vista a sua sujeição legal à substituição tributária, cuja responsabilidade é do distribuidor, com evidente subsistência da exigência fiscal, cuja base de cálculo encontra-se demonstrada à fl nº 15 do PAF, deitando por terra 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 acumulado, por se tratar de uma suposta operação de imunidade tributária, sem oferecimento à tributação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração, devendo homologar-se os valores já recolhidos, conforme DAE a fls. 51 e 52 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 299166.0357/05-6, lavrado contra SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.347,08, 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 já efetivamente recolhido.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

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