

A. I. Nº - 299166.0294/05-4
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 23.03.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-02/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (DVD). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. A mercadoria objeto da autuação encontra-se enquadrada no regime de substituição tributária devendo, portanto, seu imposto ser retido e recolhido pelo sujeito passivo. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas na defesa fiscal, e os requerimentos de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 29/11/2005, pela IFMT, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, no valor de R\$ 9.934,26, na qualidade de sujeito passivo por substituição (sem inscrição neste Estado), relativo às operações subsequentes, nas vendas de diversas “REVISTA DVD SPECTRA NEWS”, realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia através das notas fiscais nºs 2402, 2403, 2401, 24400, 2399, 2398 e 2397, conforme documentos às fls. 05 a 18.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu arrazoado defensivo às fls. 24 a 42, argüi a nulidade da autuação com base nas seguintes preliminares.

1. Illegitimidade passiva – aduz que o Protocolo ICM nº 19/85, 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, de acordo com os códigos NBM/SH constantes no seu anexo único. No caso, diz que as mercadorias se tratam de revistas adquiridas de editora de livros e revistas comercializada pelo seu estabelecimento, e não pode ser considerada como DVD, ressaltando que mesmo se fosse DVD não estaria enquadrado no Anexo Único do Protocolo citado.
2. Erro de fato – com fulcro no artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, diz que houve classificação errônea da mercadoria objeto da autuação como DVD, ao invés de revista (Revista DVD Spectra News), impressa em papel que acompanha um DVD “grátis” para facilitar a leitura do conteúdo.

Prosseguindo, esclarece que o estabelecimento é uma editora de livros e revistas impressos em papel, e que ao comercializar as mercadorias “revistas” disponibiliza gratuitamente um DVD como brinde para facilitar a leitura do consumidor, e que inclusive consta no corpo da revista a expressão “Acompanha um DVD como brinde”.

Nestes termos, argumenta que na condição de remetente das mercadorias não pode ser responsabilizado como contribuinte substituto das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por acordos interestaduais, pois a mercadoria trata-se de revista que é imune de imposto, e que DVD com conteúdo de livro e revistas não se enquadra em nenhuma das

hipóteses previstas no Protocolo ICM 19/85, com entendimento consolidado da doutrina e jurisprudência pátria.

Além disso, salienta que descabe a imposição fiscal ao remetente das mercadorias, uma vez que o estabelecimento destinatário está credenciado pela Portaria nº 114/2004, para recolher o imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente.

No mérito, reiterando seus argumentos anteriores quanto a nulidade, alega que é uma editora de livros, e não pode ser considerada como parte legítima para figurar no pólo passivo da obrigação tributária por não ser industrial ou importador de DVD relacionado no anexo único do Protocolo ICM 19/85, e também porque a mercadoria trata-se de revista que é imune de imposto, conforme art. 7º, XIII do RICMS/97.

Transcreveu a cláusula primeira do Protocolo ICM 19/85 e seu Anexo Único, com o fito de mostrar que a mercadoria objeto da autuação não se enquadra no citado diploma legal.

Sobre imunidade tributária, citou o artigo 150, VI, “b”, de CF/88, e recorreu ao princípio da eventualidade para evidenciar a imprecisão do fato descrito no auto de infração, com base no entendimento da autuação está na hipótese de livros e periódicos não serem impressos em papel, e, assim chamados eletrônicos.

Citou a jurisprudência no TRF 2ª Região e no TJ - SP, e a doutrina na visão de tributarista de renome nacional, sobre questões relacionadas com livros, periódicos e jornais.

Concluindo, requer:

- a) A nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade de parte e erro de fato;
- b) A improcedência da autuação sob o fundamento de que revista é imune do ICMS, e DVD não seria alcançado pela substituição tributária, nos termos do Protocolo ICM 19/85, por não está relacionado no seu Anexo Único por falta de classificação nos códigos NMB/SH;
- c) A concessão do crédito fiscal de R\$4.109,89;
- d) Se mantida a infração, a exclusão da multa de 60%, ou a sua redução de acordo com a competência do órgão julgador.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 54 a 55), trouxe aos autos cópia da capa e da contracapa 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 da mercadoria junto à Receita Federal; e cópias das páginas 22 a 24 da Revista ITS do mês de maio/1999 como elementos auxiliares de sua informação.

Salienta que a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 19/85 determina que, ao remetente dos produtos elencados no Anexo Único daquele Protocolo, podendo ser, além do industrial ou importador, o distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, caberá efetuar a substituição tributária.

Aduz que o DVD gravado com obra cinematográfica enquadra-se perfeitamente com a descrição do item VI do Anexo Único do citado protocolo, qual seja: “outros discos para sistemas de leitura por raio laser” com código NBM/SH 8524.39.00, e que na Cláusula Primeira do Protocolo está previsto que incidirá a substituição tributária nas operações “...outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem relacionados no Anexo Único...”

Esclarece, ainda, que o DVD está gravado com um filme que não é brinde, e que não facilita a leitura e entendimento da revista que o acompanha pelo consumidor. Explica que é a revista que acompanha o DVD, e que seu conteúdo, páginas 3 a 10 do anexo, é completamente diferente do conteúdo do DVD de filme cinematográfico.

Discorda do pleito do autuado no sentido de se beneficiar do crédito fiscal, por entender que como não foi destacado no documento fiscal que acompanha a mercadoria, não houve o devido recolhimento. Esclarece que apenas o ICMS incidente sobre o frete das mercadorias foi

considerado como crédito tributário, pois o valor do frete compôs a base de cálculo como determina a Cláusula Terceira do Protocolo 19/85.

Destaca que anexou à sua informação fiscal cópia das páginas 12 a 14, relativas a um parecer da GECOT/DITRI, transscrito na Revista ITS, emitido pela Auditora Fiscal Cristiane de Sena Cova.

Conclui pela manutenção integral de sua ação fiscal.

O sujeito passivo foi intimado a se manifestar sobre os documentos anexados aos autos por ocasião da informação fiscal, sendo interposta nova impugnação à fl. 75, com base no argumento de que não há segurança jurídica integral por parte da Fazenda Estadual na exigência fiscal, ante a falta de enquadramento nos códigos NBM/SH, pois a mercadoria que está sendo caracterizada como encarte, trata-se de revista.

Assevera que o DVD não se enquadra no regime de substituição tributária, nos termos das especificações de produtos constantes do Anexo Único do Protocolo ICM 19/85, ressaltando que a descrição da mercadoria nos documentos fiscais demonstra se tratar de revista acompanhada de DVD, com preço razoável conforme informação fiscal.

Finalizou reiterando os termos de sua defesa anterior, e reafirma seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

VOTO

A exigência fiscal de que cuida os autos refere-se a falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento pelo remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição (não estando inscrito no Cadastro do Estado), relativo às operações subsequentes, na venda das mercadorias para contribuinte localizado neste Estado, através das notas fiscais nº^{os} 2396 a 2402, e CTRC nº 139350, conforme documentos às fls. 06 a 18.

Rejeito o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, com fulcro no artigo 147, I, “a”, do RPAF/99, por considerar que os autos contêm todos os elementos necessários para o deslinde da questão posta.

O autuado em sua defesa argüiu duas preliminares, quais sejam: **ilegitimidade passiva**, por se considerar não ser responsável pela retenção do ICMS, tendo em vista que a sua empresa, por ser uma editora de livros e revistas que também vende mercadorias, não seria um estabelecimento industrial ou importador, em face do Protocolo ICM 19/85, e **por erro de fato**, por entender que as mercadorias não são DVDs, e sim revistas acompanhadas de DVDs, que são inseridos gratuitamente com a revista para facilitar, ao adquirente, a leitura de seu conteúdo.

Analizando a preliminar de ilegitimidade passiva, observo que não assiste razão ao autuado, visto que conforme determinação contida no artigo 372 do RICMS/97, nas operações interestaduais com mercadorias sujeita 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.

Igualmente, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, de que houve erro de fato, haja vista que a mercadoria objeto da lide (DVD) está enquadrada no Protocolo ICM 19/85, e recepcionada no RICMS/BA, no artigo 353, II, 20.

De acordo com o Protocolo ICM 19/85, nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionado no Anexo Único com a respectiva classificação na NBM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários do referido acordo, foi atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade de efetuar a substituição tributária do ICMS, relativo às saídas subsequentes.

A tese defensiva é de que a mercadoria não está sujeita ao regime de substituição tributária, por se tratar de “revista” e não de “DVD”. Se considerada como “revista”, realmente não seria devida a exigência de imposto, tendo em vista que se trata de produto imune de imposto, conforme art. 7º, XIII, do RICMS/97. Se, por outro lado, for considerado como DVD, a questão deve ser levada em consideração se tal produto está enquadrado no regime de substituição tributária interestadual, e relacionado no Anexo Único do Protocolo ICM nº 19/85.

Portanto, a questão deve ser dirimida levando em conta se a mercadoria objeto da autuação está relacionada no Anexo Único do protocolo mencionado. Analisando-se as notas fiscais às fls. 08 a 17, verifica-se que embora a mercadoria esteja descrita nas notas fiscais como “Revista DVD Spectra News”, no espelho do pedido às fls. 16 a 17, e nos documentos às fls. 56 a 65, depreende-se que se trata efetivamente de DVD de filmes cinematográficos, servindo a revista que acompanha cada DVD como mero veículo divulgador do conteúdo do mesmo.

Assim ficam rejeitadas as preliminares argüidas pelo sujeito passivo, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

No tocante a alegada improcedência da autuação, a pretexto do autuado de que se encontra amparado pela imunidade, o entendimento do CONSEF em casos análogos, a exemplo do Acórdão JJF nº 0423-04/05, com base na manifestação da Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (Parecer GECOT nº 757/99), é que os DVD's em meio magnéticos que tem a finalidade das fitas cassete, sendo uma solução mais moderna, devem ser tributados normalmente pelo ICMS. Por isto, as mercadorias objeto dos presentes autos encontram-se enquadradas na substituição tributária.

Nesta circunstância, é devido atribuir ao autuado na condição de remetente das mercadorias a obrigação de efetuar a retenção do imposto, uma vez que se trata de mercadoria que está relacionada no Anexo Único do Protocolo ICM nº 19/85.

Com relação ao crédito fiscal, constato que somente foi concedido o crédito no valor de R\$ 46,91, correspondente ao imposto sobre o frete, tendo em vista que nas notas fiscais não encontra-se destacado nenhum imposto.

Quanto ao pedido do sujeito passivo no sentido de que seja excluída a multa de 60% pelo descumprimento da obrigação principal, deixo de acatá-lo, tendo em vista que a previsão contida no artigo 158 do RPAF/99, faculta às Juntas de Julgamento Fiscal a redução ou o cancelamento apenas de multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que, fique evidenciado que o cometimento da infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação, e que não tenha implicado na falta de recolhimento do tributo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278007.0165/05-3, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 9.934,26, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR