

A. I. N° - 299166.0355/05-3
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 21. 03. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-04/06

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 as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2005, 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, folhas 24/42, preliminarmente suscitou 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 n° 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.

Alega 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.

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

Diz 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.

Argumenta 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 ($R\$ 3.174,50 - R\$ 1.307,14$).

Reitera 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, reitera o argumento de imunidade tributária, citando doutrina e jurisprudência de outros tribunais sobre o tema.

Ao finalizar, requer:

- a) Julgar nulo o 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, requer, 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, às fls. 56/57, o autuante informa que está anexando cópia da capa e 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.

Quanto a ilegitimidade passiva, diz que a Cláusula segunda do Protocolo 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.

Salienta que o DVD gravado com obra cinematográfica enquadra-se perfeitamente com a descrição do item VI do Anexo Único do Protocolo ICMS 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, diz 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.

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

Ao finalizar, opina 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.

VOTO

Analizando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor imputa ao autuado, remetente de outro Estado, a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de DVD's realizadas para contribuinte localizado neste Estado.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que, no caso em lide, não se poder falar em ilegitimidade passiva. 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, 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.

Também não pode ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação ao erro de fato, uma vez 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 caso em tela, analisando as cópias dos materiais promocionais, na folha 58 consta que o título do filme é "SOBERANO DAS DROGAS"; folha 60 consta que o título do filme é "BATAMAN BEGINS" e na folha 63 consta que o título do filme é "RAZÕES PARA MATAR", entre outros filmes do gênero. Assim, entendo que efetivamente tratam-se de filmes em DVD's que são os elementos essenciais na formação do produto comercializado e não simples brindes que acompanham revistas, como alega o autuado. Logo, as mercadorias objeto da presente lide encontram-se enquadradas na substituição tributária.

Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação da nulidade da autuação.

Em relação a alegação de improcedência, por entender o autuado que encontra-se amparado pela imunidade, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que consta do Protocolo 19/85, em sua Cláusula primeira que:

"Cláusula primeira Nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único com a respectiva classificação na NBM/SH, realizadas entre contribuintes situados nos Estados signatários deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na

qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às saídas subseqüentes, bem como à entrada destinada a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, exceto em relação às operações que destinem o produto ao Estado de São Paulo.”

No mesmo sentido, no item VI, do Anexo Único encontra-se relacionado:

ITEM	ESPECIFICAÇÃO	CÓDIGO NBM/SH
VI	OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS "LASER"	8524.39.00

O tema, também, já foi analisado pela Diretoria de Tributação – DITRI, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, mediante PARECER GECOT Nº 757/99, tendo 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.” Assim, 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.

Em relação a solicitação da concessão do crédito fiscal de R\$1.307,14, a mesma não pode ser atendida, pois o referido valor não se encontra destacado nas notas fiscais objeto da apreensão, o que impossibilita a sua concessão, conforme legislação tributária em vigor.

Quanto ao pedido de isenção ou redução da multa, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0355/05-3**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR