

A. I. N° - 299166.0356/05-0
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 04. 04. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0093-04/06

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, lavrado em 09/12/2005, exige ICMS e multa, totalizando o valor histórico de R\$ 3.157,78, e multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa às fls. 24 a 42, na qual tece os seguintes argumentos:

Preliminarmente, requer a nulidade do presente Auto de Infração tanto sob a alegação de ilegitimidade passiva da empresa com base no que dispõe o Protocolo 19/85 quanto na afirmação de que houvera erro de fato, uma vez que a mercadoria objeto da imposição fiscal é “revista” e não “DVD”.

Informando que, nos termos do referido Protocolo de nº 19/85, cabe ao contribuinte substituto, somente quando este for industrial ou importador, proceder à retenção do imposto, explica que a empresa, que é editora de livros e revistas, também desenvolve atividade de comercialização de mercadorias, ressaltando que as revistas que vende são acompanhadas de DVD, produto que é oferecido somente como brinde.

Ressalta que, conforme indicação da documentação fiscal, a mercadoria é denominada “Revista DVD SN-3”, que não há incidência de imposto sobre revistas, a teor do que dispõe a alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da vigente Constituição Federal, assim como que em nenhuma das hipóteses se justificaria a imposição fiscal, tendo em vista que o contribuinte destinatário

Supermercado G. Barbosa Comercial LTDA é credenciado pela Portaria de nº 114/2004, o que lhe autoriza a recolher o tributo por antecipação até o dia 25 do mês subsequente.

Assevera, ademais, que o valor do imposto fora calculado sem considerar o crédito fiscal a que tem direito a empresa, afirmando que, se fosse observado esse direito assegurado ao contribuinte, consoante prescreve o inciso I do §2º do artigo 155 da Carta Magna e o artigo 114 do RICMS/BA, o valor do tributo seria, no máximo, equivalente a R\$ 1.867,36, bem como que o crédito fiscal destacado no Auto de Infração em tela é referente ao frete das mercadorias.

Com suporte nas doutrinas de Aliomar Baleeiro, Hugo de Brito Machado e José Souto Maior Borges e na jurisprudência pátria, defende que a imunidade conferida a livros, jornais e periódicos deve ser estendida aos produtos da moderna tecnologia, como o CD-ROM e os softwares, os quais são, assim como aqueles, meios de comunicação de idéias, conhecimentos e informações.

Ante o exposto, requer, com base no que fora articulado preliminarmente, seja o presente Auto de Infração julgado nulo; como pleito subsidiário, propugna pela sua improcedência, salientando ainda o direito que tem a empresa ao crédito fiscal correspondente a R\$ 1.307,14 ou a exclusão da multa de 60% ou a sua redução.

O autuante presta informação fiscal às fls. 56 e 57 nos seguintes termos:

Inicialmente, informa ter acostado aos autos cópias da capa e contra-capas do estojo de um DVD retirado como amostra de todo o lote das mercadorias apreendidas, bem como da revista que acompanhava aquele, do extrato que demonstra a situação cadastral junto à Receita Federal do remetente dos DVD's e das páginas 22 a 24 da revista ITS de maio de 1999.

Alega, conforme indicado no rodapé da contra-capas do estojo do DVD constante da página 2 do anexo, que o autuado é empresa distribuidora, condição que lhe obriga a efetuar a substituição tributária, destacando que a atividade está inclusive inscrita no cadastro da empresa junto à Receita Federal, bem como que não há por que se fazer referência a imunidade, uma vez que a mercadoria apreendida se enquadra no item VI do anexo único do aludido Protocolo 19/85.

Aduz que, ao contrário do que afirma o autuado, é a revista que acompanha o DVD, salientando que o conteúdo do filme nada tem a ver com o da revista, além de o DVD ser mais atraente para o público.

Por fim, além de informar a juntada de cópias do parecer da Gecot às fls. 12 a 14 do anexo da informação fiscal, assevera que o autuado não possui direito a crédito tributário, posto que não destacou na documentação fiscal que acompanhava as mercadorias o valor do ICMS relativo à operação normal de venda interestadual dos produtos.

Sendo assim, opina pela procedência de todos os termos da ação fiscal.

O autuado se manifesta à fl. 76 acerca da informação fiscal prestada pelo autuante, embasado nas seguintes razões:

Alegando que do conteúdo da informação prestada pelo autuante resta evidenciado que não há segurança jurídica nos procedimentos de exigência fiscal, assinala que o que fora referido como encarte é, na realidade, uma revista, assim como sustenta que a mercadoria “DVD” não se enquadra no regime de substituição tributária, consoante termos das especificações dos produtos constantes do anexo único do já referido Protocolo 19/85.

Reitera também que se trata de “revista acompanhada de DVD”, segundo atesta a descrição contida nos próprios documentos fiscais.

Com fundamento nas alegações supra, refaz o pedido de improcedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração decorreu do fato de o remetente de outro Estado, não ter efetuado a 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, como bem salientou 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.

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 questão, verifico que trata-se de DVD's acompanhados por revistas, discriminados na nota fiscal nº 00811 de fls. 07 a 14, material que se enquadra no item VI do Anexo Único do Protocolo ICMS 19/85: "outros discos para sistema de leitura por raio laser", código NBM/SH 8524.39.00. Logo, as mercadorias objeto da presente lide encontram-se enquadradas na substituição tributária.

Quanto à alegação de improcedência, por entender o autuado encontrar-se amparado pela imunidade, o mesmo não pode ser acolhido, uma vez 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, 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.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.0356/05-0, 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, devendo ser homologado o valor já efetivamente recolhido.

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

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA