

A. I. Nº - 299166.0359/05-9  
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 06.04.2006

## 1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0098-01/06

**EMENTA.** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/12/2005, exige ICMS no valor de R\$10.513,23, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (DVD's), realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos 134363 (fl. 05).

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.23/41), suscitando preliminares de nulidade, sendo a primeira sob o argumento de que o Protocolo 19/85 atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, por substituição tributária, ao industrial ou importador, ocorrendo no caso em lide ilegitimidade passiva, por se tratar o remetente de uma editora de livros e revistas, que realizou operação de comercialização de revistas para contribuinte deste Estado, credenciado pela Portaria 114/2004.

A segunda preliminar se baseia no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, considerando que ocorreu erro de fato no Auto de Infração, por ter classificado a mercadoria objeto da imposição fiscal, como “DVD's títulos diversos”, quando se trata na realidade de revistas, acompanhadas de DVD's “grátis”. Enfatiza o autuado que ao comercializar as mercadorias “revistas”, disponibiliza gratuitamente um DVD como “brinde”, para facilitar a leitura pelo consumidor. Que se trata de uma adaptação à nova era eletrônica, pois praticamente todo consumidor dispõe de um aparelho de DVD e o futuro pertence à era eletrônica.

Afirma que não se trata de venda de DVD's e sim de revistas, hipótese alcançada por imunidade de imposto, conforme disposto na legislação vigente e entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência pátrias. Diz que as notas fiscais revelam a descrição da mercadoria como “revista DVD SN-3” fato não observado pelo preposto fiscal.

Argüi que não pode ser responsabilizado como substituto tributário, tendo em vista que a mercadoria “revista” é imune de imposto e DVD com o conteúdo de livros e revistas não se enquadra nas hipóteses previstas pelo Protocolo ICMS 19/85. Acrescenta que também não se justifica a imposição fiscal, considerando que o destinatário das mercadorias é credenciado pela Portaria 114/2004, estando autorizado a recolher o imposto por antecipação até o dia 25 do mês subsequente.

Sustenta que, mesmo se as mercadorias fossem classificadas como DVD, não estariam enquadradas no referido protocolo, pois a exigência recairia sobre o industrial ou o importador. Observa que o cálculo do imposto foi realizado sem a concessão do crédito fiscal, que é um direito constitucional do contribuinte, fazendo jus, no caso, a uma dedução no valor de R\$1.349,83.

No mérito, ressalta ser parte ilegítima, por não ser sujeito passivo da relação tributária, por não ser industrial nem importador de DVD, não sendo, portanto, contribuinte substituto. Alega também a não-incidência sobre o preço do produto objeto da autuação (revistas) em todo o País e especificamente no Estado de origem do remetente. Cita dispositivos que tratam da não-incidência referente a operações e prestações relativas a livros, jornais ou periódicos.

Prosegue, citando e transcrevendo a Cláusula Primeira e o Anexo único do Protocolo 19/85, argüindo que por ter a atividade de editor e em razão do produto relacionado no Auto de Infração não estar relacionado no referido Anexo único, descabe a imposição fiscal. Transcreve, de igual modo, o art. 3º, “b”, das Regras de Interpretação do Sistema Harmonizado, para enfatizar que a mercadoria não está classificada para fins de enquadramento no regime de substituição tributária.

Afirma que nada impede que a regra do art. 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal de 1988, que confere imunidade a livros, jornais, periódicos e papéis destinados à sua impressão, seja extensiva a valores (cultura, educação, divulgação de idéias, etc), existindo tendência de predominância do livro eletrônico. Para defender essa linha de entendimento transcreve trechos de obras dos tributaristas, José Souto Maior Borges, Hugo de Brito Machado e Aliomar Baleeiro. Acrescenta que a imunidade está endereçada à proteção de meios de comunicação de idéias, conhecimentos, informações, em suma, de expressão do pensamento como objetivo precípua. Que não se exclui da análise os sujeitos e a relação jurídica que entre eles se estabelece.

Argui que a vedação ao poder tributante, de instituir, por lei, tributo sobre determinados objetos, cria a imunidade objetiva, específica, que protege e garante imunidades genéricas – liberdades públicas. Diz que as normas de vedação do art. 150 da CF/88 visam impedir a ocorrência de comportamentos contrários ao seu preceito, proteger liberdades individuais e atingir certos objetivos programáticos.

Apresenta um breve histórico sobre o tratamento da imunidade referente a livros, jornais e periódicos nas Cartas Magnas do País, afirmando que inclusive o Supremo Tribunal Federal tem apresentado decisões no sentido de que em se tratando de imunidade genérica, o preceito constitucional admite interpretação ampla.

Prosegue, dizendo que a imunidade do papel destinado à impressão não pode excluir outros instrumentos técnicos que, pela evolução, passem a integrar o livro ou o periódico ou o jornal. Cita Edvaldo Brito, para acrescentar que a distinção entre o meio de comunicação (o veículo) e o seu suporte material e imaterial (*hardware* e *software*) tem uma importante consequência tributária e que a questão que se coloca está na imunidade do *software* utilizado especificamente para livro, periódico ou jornal e integrado ao *hardware* com esse destino. Diz que, da mesma maneira que alguém que compra um livro impresso não adquire papel separado do material impresso, quem adquire um livro eletrônico, não adquire, separado dele, um software integrado ao disquete. Sustenta, em síntese, que quando se fala em livros, jornais, periódicos, se trata de mídia escrita, que pode ser mecânica, com suporte em papel, tinta, etc, ou eletrônica, com suporte e programas fixados em disquete, na memória morta (ROM) ou em fitas magnéticas.

Aduz que os tribunais têm acolhido a tese de que a expressão **livro**, contida no art. 150, inciso VI, alínea “d”, da CF/88 deve alcançar também o livro em CD-ROM. Para ilustrar esse entendimento, transcreve pareceres do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do STF - Supremo Tribunal Federal.

Assevera que se impõe a improcedência da autuação, por não ter sido concedido o crédito fiscal de R\$ 4.349,34, correspondente a alíquota interestadual, no momento da apuração do imposto, em respeito ao princípio da não-cumulatividade e controle da legalidade, já que a base de cálculo foi acrescida de 25% e por ter sido concedido o crédito fiscal referente ao frete. Alerta que o art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88, determina que o ICMS será não-cumulativo, compensando-se para tanto, os valores devidos em cada operação. Que, no mesmo sentido, o transcritio art. 114 do RICMS/97 dispõe sobre a não-cumulatividade do imposto.

Cita e transcreve José Eduardo Soares de Melo, Paulo de Barros Carvalho e José Afonso da Silva, para argumentar que a não-cumulatividade é uma diretriz constitucional imperativa e que “na apuração do movimento tributável, realizada de ofício, a fiscalização não pode agir unilateralmente, nem que ressalve eventual direito do contribuinte de apropriar os aludidos créditos”.

Conclui, requerendo a nulidade do Auto de Infração, por ilegitimidade de parte e por erro de fato, ou a sua improcedência, por considerar que “revistas” têm imunidade constitucional, ou ainda porque DVD’s com conteúdo de revistas não seriam alcançados pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo ICMS 19/85; ou a concessão do crédito fiscal de R\$ 1.349,83. Requer, também, que na hipótese de manutenção do Auto de Infração, seja excluída a multa de 60% ou a sua redução, de acordo com a competência deste CONSEF, considerando a boa fé e a importância social do autuado. Protesta por todos os meios de prova permitidos em direito.

Na informação fiscal apresentada (fls.53/54), o autuante esclarece inicialmente que anexou cópias da capa e contra-capa do estojo de um DVD (fls.55/56), retirado como amostra do lote de mercadorias apreendidas, da revista que acompanhava o referido DVD (fls. 57/64), do extrato da situação cadastral do remetente dos DVD’s junto à Receita Federal (fl. 65) e das páginas 22 a 24 da revista ITS, de maio de 1999 (fls. 66/68), como elementos auxiliares da informação apresentada.

Afirma que a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 19/85 determina que o remetente dos produtos relacionados no seu Anexo Único deverá efetuar a substituição tributária, podendo ser o industrial ou importador, como também o distribuidor, o depósito ou o atacadista. Acrescenta que, conforme se observa na contra-capa do estojo do DVD, o autuado é distribuidor dos produtos, reforçando esse entendimento, a sua atividade cadastrada na Receita Federal, compatível com a de distribuidor de DVD’s.

Argumenta que o DVD gravado como obra cinematográfica enquadra-se perfeitamente com a descrição do item VI do Anexo Único do referido protocolo, classificado com o código NBM/SH 8524.39.00. Prossegue, dizendo que a intenção do protocolo é fazer incidir a substituição tributária na comercialização dos suportes físicos gravados com obras fonográficas ou cinematográficas, não cabendo a referência à imunidade tributária de livros e periódicos, estando prevista na Cláusula Primeira do multicitado protocolo a incidência da substituição tributária nas operações com outros suportes para reprodução ou gravação de som ou de imagem, relacionados no Anexo Único.

Sustenta que o DVD é um filme, que não é brinde nem serve para facilitar a leitura da revista, ocorrendo na realidade o oposto, pois é a revista que acompanha o DVD, uma vez que o que interessa ao consumidor é assistir o filme, passando a revista à condição de brinde. Que o conteúdo da revista é totalmente diverso do constante do DVD, se tratando este de um filme cinematográfico.

Relativamente ao crédito fiscal, argüi que o mesmo não poderia ser concedido desde quando o ICMS não foi destacado na documentação fiscal que acompanhava as mercadorias e como provavelmente o tributo não foi recolhido, não havia como beneficiar o autuado com um crédito inexistente, considerando apenas o crédito referente ao frete, conforme determinação da Cláusula

Terceira do Protocolo ICMS 19/85. Anexa cópia de Parecer da GECOT/SEFAZ (fls. 66/68), de autoria da Auditora Fiscal Cristiane de Sena Cova, que versa sobre matéria semelhante.

Finaliza, mantendo a autuação.

Considerando que o autuante na informação fiscal anexou novos documentos ao PAF, o autuado foi intimado (fl.69), para se manifestar, em querendo, no prazo de 10 (dez) dias.

Na manifestação (fl.73), o autuado reitera os termos da peça defensiva inicial e pede pela improcedência do Auto de Infração

Verifico que à fl. 76 dos autos foi juntado o extrato de pagamento gerado pelo SIDAT, que confirma que em 14/12/2005 foi efetivado o pagamento do débito referente ao Auto de Infração em lide.

#### VOTO

O autuado ao reconhecer o débito indicado no presente Auto de Infração e efetuar o respectivo pagamento, desistiu da defesa apresentada, tornando-a ineficaz, conforme previsto pelo Art. 122, inciso IV do RPAF/BA. Em consequência, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do Art. 156, inciso I do CTN e **prejudicada** a defesa apresentada, devendo os autos ser remetido à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e arquivamento do processo.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº **299166.0359/05-9**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo os autos ser encaminhado a repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR