

A. I. Nº - 299166.0414/05-0
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 03/05/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-05/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E O CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DVD. 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 nº 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 resarcimento do imposto já recolhido por substituição tributária. Infração caracterizada. Não acolhidas às argüições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2005, exige ICMS no valor de R\$2.771,37, acrescido da multa de 60%, pela falta de retenção do imposto, 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.

Foi lavrado o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 136870, apreendendo 16 cx de DVD's acompanhados por revistas.

O autuado, através de seu advogado, apresenta impugnação às fls. 23/41, inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

1. Illegitimidade Passiva – alega que o Protocolo nº 19/85, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias (São Paulo), atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em questão ao industrial ou importador. Afirma que a exigência em tela não lhe pode ser imputada por se tratar de uma editora de livros e revistas que realizou operação de comercialização de revistas para contribuinte localizados neste Estado, credenciado pela Portaria 114/2004;

2. Erro de Fato – cita o art. 18, IV, do RPAF/99, dizendo que a mercadoria objeto da imposição fiscal é revista impressa em papel que vem acompanhada por um DVD grátis para facilitar a leitura de seu conteúdo. Alega que o Auto de Infração foi lavrado classificando a mercadoria apenas como discos, marca/modelo DVD's.

No mérito expõe que mesmo se a mercadoria apreendida for considerada como DVD, a mesma não está enquadrada no anexo único do Protocolo nº 19/85 e nos termos do art. 3º, "b", das regras de interpretação do sistema harmonizado. Reafirma, no entanto, que a mercadoria comercializada é uma revista, alcançada pela imunidade, e que a própria descrição na nota fiscal confirma tal fato (Revista DVD SN-3). Acrescenta que o destinatário das mercadorias (G. Barbosa Comercial Ltda) é credenciado pela Portaria nº 114/2004, estando autorizado a recolher o imposto, em tela, por antecipação até o dia 25 do mês subsequente. Reclama que o cálculo do imposto efetuado pelo autuante não concedeu o crédito fiscal, e que na pior das hipóteses o valor do imposto a pagar seria de R\$ 1.624,13 (2.771,37 – 1.147,24). Diz que o crédito destacado no Auto de Infração se refere apenas ao frete das mercadorias. Transcreve parte do Protocolo nº 19/85, e o art. 3º, "b", das regras de interpretação do sistema harmonizado, com o intuito de demonstrar que a mercadoria em questão não está enquadrada no referido Protocolo. Volta a insistir que as mercadorias são revistas acompanhadas de DVD gratuito, sendo imunes, de acordo com o art. 150, VI, "d", da C.F. Faz breve explanação a respeito do assunto, transcreve trechos de publicações de renomados doutrinadores do Direito, bem como de decisões de alguns tribunais, visando amparar seu entendimento. Transcorre também sobre os princípios da não cumulatividade do imposto, citando mais uma vez o posicionamento de alguns renomados tributaristas, concluindo com as seguintes solicitações:

1. julgar nulo o Auto de Infração por ilegitimidade passiva e erro de fato;
2. julgar a autuação improcedente, considerando que as revistas têm imunidade constitucional, ou porque também não estão alcançadas pela substituição tributária elencadas no Protocolo nº 19/85;
3. conceder o crédito fiscal de R\$1.147,24;
4. exclusão da multa de 60%, ou a sua redução na forma autorizada, considerando a boa fé e a importância social do contribuinte.

Ao final, esclarece que pagou o imposto exigido somente com a finalidade de liberação de suas mercadorias, reservando-se ao direito de prosseguir com a lide.

O autuante em informação fiscal (fls. 54/55), diz estar anexando aos autos, como amostra as seguintes cópias: da capa e contra-capa do estojo de um DVD, retirado do lote das mercadorias apreendidas; da revista que acompanhava o DVD; do extrato da situação cadastral do remetente junto a Receita Federal e das páginas 22 a 24 da revista ITS de maio 1999 como elementos auxiliares de sua informação.

Cita que a Cláusula segunda do Protocolo ICMS 19/85 determina que, ao remetente dos produtos elencados no Anexo Único daquele Protocolo, que além do industrial ou importador, também se inclui o distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, caberá efetuar a substituição tributária. Acrescenta que no rodapé da contra-capa do estojo do DVD está impresso que o mesmo é distribuído pela Spectra Nova Produções Edições e Comércio Ltda (autuado). Conclui que a referida empresa é a distribuidora dos DVD's, e reforçando tal entendimento diz que sua atividade cadastrada na Receita Federal está plausível com essa função.

Aduz 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. Expõe que 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. Acrescenta que na Cláusula primeira do Protocolo está escrito que incidirá a substituição tributária nas operações com "... outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem, relacionados no Anexo Único".

Afirma que os DVD's estão gravados com filmes que não são brindes e que não facilitam a leitura e entendimento das revistas que o acompanham. Entende que na verdade é a revista que acompanha o DVD, dizendo que para o consumidor o que interessa é assistir o filme, sendo a revista um brinde. Acrescenta que o conteúdo das revistas, é completamente diferente do conteúdo dos DVD's.

Informa que como não foi destacado na documentação fiscal que acompanhava as mercadorias o valor do ICMS da operação normal de venda interestadual dos produtos, e certamente não foi recolhido este tributo, entende que não há porque beneficiar o autuado com um crédito tributário inexistente. Diz que apenas o ICMS incidente sobre o frete das mercadorias foi considerado como crédito tributário, pois o valor do frete foi componente da Base de Cálculo do imposto como determina a Cláusula terceira do Protocolo 19/85.

Ao final, pede o julgamento pela procedência da autuação.

O autuado ao tomar conhecimento da informação fiscal, bem como dos documentos anexados pelo autuante nessa ocasião, se manifestou à fl. 72, dizendo que da informação prestada pelo autuante depreende-se que não há segurança integral da exigência fiscal. Alega que o que é caracterizado como encarte, em verdade se trata de uma revista. Acrescenta que o DVD não se enquadra no regime da substituição tributária e, que a descrição da mercadoria demonstra se tratar de uma revista acompanhada de DVD, com preço razoável. Ao final, reitera todos os termos de sua defesa inicial e pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração exige ICMS, em virtude do autuado, empresa remetente localizada em outra unidade da Federação, não ter efetuado a retenção e o consequente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de DVD's para contribuinte localizado neste Estado.

Inicialmente não acato a preliminar de nulidade argüida pelo impugnante por entender que, na situação em tela, não há do que se falar em ilegitimidade passiva. De acordo com o que dispõe o 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. Nesse mesmo sentido, a Cláusula segunda do Protocolo 19/85, deixa clara a condição de contribuinte do autuado ao também atribuir a responsabilidade tributária, em operação interestadual, ao distribuidor, depósito, ou estabelecimento atacadista.

Também fica indeferida a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em que alega erro de fato, uma vez que as mercadorias apreendidas estão enquadradas no Protocolo 19/85, e a classificação do produto no sistema harmonizado, pela regra relativa a reunião de artigos diferentes, deve classificar pelo artigo que lhe confira a característica essencial.

Na situação em exame, constato que se trata efetivamente de comercialização de DVD's acompanhados por revistas, discriminados na nota fiscal nº 001117 às fls.07 a 13, referente ao espelho do pedido nº 000876-00, (fls.14 a 16). O referido produto se enquadra no item VI do Anexo Único do Protocolo ICMS 19/85, que assim dispõe: "outros discos para sistema de leitura por raio laser", código NBM/SH 8524.39.00. Portanto, conluso que as mercadorias objeto da presente lide encontram-se enquadradas no regime da substituição tributária.

No que diz respeito à alegação defensiva de improcedência, por entender o autuado que se encontra amparado pela imunidade, entendo que tal pretensão também não pode ser acolhida, uma vez que não se trata de comercialização de revistas, e sim de DVD's, cuja tributação já foi acima esclarecida. Ademais, tal entendimento também se encontra consubstanciado através do

PARECER GECOT Nº 757/99, emitido pela Diretoria de Tributação – DITRI, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que assim se pronunciou sobre assunto correlato: “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.” Dessa forma, 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.

No que tange à solicitação da concessão do crédito fiscal, também não pode ser atendida, pois o imposto relativo à operação normal de venda interestadual dos produtos não se encontra destacado nas notas fiscais objeto da apreensão, o que impossibilita a sua concessão, conforme legislação tributária em vigor.

Finalmente, quanto ao pedido de isenção ou redução da multa, devo dizer que não há previsão legal para tal concessão, uma vez que 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, não se aplicando a situação em exame.

De tudo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299166.0414/05-0, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.771,37, 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 recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR