

A.I. Nº - 299166.0128/05-7
AUTUADO - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 08/11/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0324-03/06

EMENTA: ICMS. 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. 373 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 às arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias em 10/10/2005, conforme Termo de Apreensão nº 133926, à fl. 05 dos autos, exige ICMS no valor de R\$1.647,79, acrescido da multa de 60%, em virtude de o autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O sujeito passivo, em sua impugnação ao Auto de Infração, apresentada às fls. 17 a 35, alega preliminarmente, a nulidade por ilegitimidade passiva tendo em vista o Protocolo 19/85, que atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, por substituição tributária, ao industrial ou importador. Alega que o remetente é uma editora de livros e revistas, que realiza operação de comercialização de revistas para contribuinte neste estado credenciado pela portaria nº 114/2004.

Argüi, ainda, em suas preliminares a nulidade por erro de fato nos termos do art. 18, IV, a, do RPAF, uma vez que a revista está impressa em papel que é acompanhada de um DVD “grátis” para facilitar a leitura do seu conteúdo. Entretanto, o Auto de Infração foi lavrado considerando as mercadorias “DVDs TÍTULOS DIVERSOS COM ENCARTE”.

No mérito, alega ilegitimidade de parte, uma vez que não é industrial ou importador de DVD, conforme previsto no Protocolo 19/85, não sendo assim, contribuinte substituto.

Argüi, também, não haver incidência, tendo em vista que a mercadoria comercializada é revista,

impressa em papel, que vem acompanhada como brinde um DVD (produto acessório), não havendo, segundo ele, a incidência do imposto sobre o preço da revista. Traz como amparo legal às suas alegações o art. 7º LC 87/96, art. 3º da lei 6374/89, art. 4º da lei nº 10619/00, art. 1º, III; Convênios: ICM 12/75, ICMS-37/90, ICMS 124/93.

Entende que a mercadoria, objeto do Auto de Infração, não está relacionada no anexo único do referido Protocolo 19/85, e, portanto, descabe a imposição fiscal.

Interpreta extensivamente a imunidade tributária aos chamados “livros eletrônicos” nos termos do art. 150, inc. VI, letra “d”, da Constituição Federal, que confere imunidade tributária a livros, jornais e periódicos e de papel destinado a sua impressão, trazendo os pensamentos do Prof. José Souto Maior Borges e Aliomar Baleeiro, além da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, o Tribunal de Justiça de São Paulo e o STF, para ratificar o seu entendimento.

Amparando-se no princípio da não comutatividade, o impugnante requer o crédito fiscal de R\$683,41 (9.763,00 x 0,07- alíquota interestadual), uma vez que foi concedido o crédito do frete.

Conclui, requerendo que este Conselho:

- a) julgue nulo o auto de infração por ilegitimidade de parte e erro de fato;
- b) julgue improcedente o auto de infração, considerando que revista tem imunidade constitucional;
- c) julgue improcedente a exigência fiscal, considerando que DVDs com conteúdo de revista, não estaria alcançando pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo 19/85;
- d) conceda o crédito fiscal de R\$ 683,41 (seiscentos e oitenta e três reais e quarenta e um centavos);
- 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 desse CONSEF, considerando a boa fé e a importância social do contribuinte.

O autuante, às fls. 50 e 51 dos autos, informa que o Protocolo ICMS 19/85, em sua cláusula segunda, atribui à condição de sujeito passivo por substituição tributária ao industrial, importador, distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, e pelo que consta do rodapé da contracapa dos DVD's (SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA) o impugnante é distribuidor dos DVD's em questão.

Afirma o autuante, que o DVD está gravado como obra cinematográfica, enquadrando-se perfeitamente na descrição do item VI do Anexo único do Protocolo ICMS 19/85: “OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS LASER” com o código da NBM/SH 8524.39.00.

Quanto ao crédito fiscal pleiteado pelo impugnante, o autuante alega que a documentação que acompanha as mercadorias não vem com o imposto destacado na operação normal, não tendo sido, portanto, recolhido este imposto. Dessa forma, não havendo razão para beneficiar o autuado com um crédito tributário inexistente. Apenas o ICMS sobre o frete das mercadorias foi considerado com crédito tributário, pois o valor do frete foi componente da Base de Cálculo do imposto como determina a cláusula terceira do Protocolo 19/85.

Submetido à julgamento pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão 0001/01-6) em 23/01/2006, o Auto de Infração foi extinto sem julgamento do mérito, tendo em vista a prejudicialidade da defesa por pagamento total do débito tributário pelo autuado, entendendo os nobres julgadores que houve a desistência formal da impugnação apresentada.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que recolheu o imposto e os acréscimos legais para liberar as mercadorias que se encontravam apreendidas. Afirma que os prepostos da IFMT/METRO emitiram o DAE sabendo que o contribuinte desejava continuar com o processo até a Decisão final. Diz que esse fato está comprovado pela correspondência protocolada na referida INFAZ, cuja fotocópia foi acostada às fls. 91 e 92 dos autos.

Salienta que pagou o débito tributário sem o benefício da Lei nº 9.650/2005, uma vez que o fato gerador do imposto foi posterior a 31/07/05. Sustenta que o DAE foi emitido sem qualquer observação de que a multa tivesse sido reduzida de acordo com a citada lei. Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que o mérito da defesa venha a ser apreciado e o Auto de Infração julgado improcedente.

Ao exarar o Parecer de fls. 98 a 103, o ilustre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, afirma que no caso em lide o pagamento do imposto estava acompanhado de uma declaração expressa do contribuinte, manifestando o seu desejo de ver apreciada a defesa. Assim, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que seja anulada a Decisão prolatada pela 1ª JFJ, retornando os autos à Primeira Instância para exame do mérito da defesa interposta.

Considerando a hipótese de ser mantida a Decisão recorrida, o ilustre procurador passa a abordar o mérito da lide, afirmando que o recorrente se encaixa na regra da substituição tributária prevista na cláusula segunda do Protocolo ICM 19/85, pois o mesmo atua no ramo de distribuição das mercadorias em questão, fato esse evidenciado pelos encartes apreendidos pela fiscalização e acostados ao processo. Portanto, não há como ceder à tese da ilegitimidade passiva do autuado.

Sustenta que o Protocolo ICM 19/85, no seu Anexo Único, item “VI”, cita a mercadoria “*OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIOS LASER*”, código NBM/SH 8524.39.00, a qual se moldura perfeitamente na caracterização de um DVD (Digital Video Disc ou Digital Versatile Disc). Assim, opina pelo não acolhimento da tese recursal de que DVD não estaria alcançado pela substituição tributária.

Frisa que o conteúdo dos DVDs apreendidos não guarda qualquer similitude com conteúdo da revista a eles acopladas, tratando-se, portanto, de filmes cinematográficos. Logo, não há como se aderir à tese recursal. Para embasar seu entendimento, transcreve a Súmula nº 662 do STF, a qual diz que se aplica por analogia à questão em epígrafe. Ao finalizar, o ilustre procurador opina pelo provimento do Recurso Voluntário, para que seja decretada a nulidade da Decisão recorrida, retornando os autos à Primeira Instância para apreciação da defesa interposta.

Em despacho às fls. 104 e 105, o Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, procurador do Estado, diverge do posicionamento externado pelo Dr. José Augusto Martins Júnior, por entender que o pagamento é forma de extinção do crédito tributário, consoante o disposto no art. 156, I, do CTN.

Destaca o ilustre procurador que o § 3º do art. 136 da Lei nº 3.596/81 estabelece que havendo o pagamento total do débito autuado, cabe à Repartição Fazendária homologar o recolhimento e arquivar os autos. Diz que foi conferido ao recorrente vantagem para que ele efetuasse o pagamento do débito sem discutir a exigência fiscal.

Afirma que não se justifica o pagamento do débito para liberar as mercadorias, pois o recorrente poderia utilizar a ação judicial própria para esse fim. Sustenta que a apreensão de mercadorias deve durar apenas o tempo necessário à lavratura do Auto de Infração. Frisa que o pagamento do débito sob a condição de apreciação da defesa não possui respaldo legal. Ao finalizar, o ilustre procurador opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão 0236/12-06 em 05/06/2006, anulou a decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por inexistência da apreciação da defesa interposta.

Em voto proferido pelo ilustre relator da aludida CJF (fl. 110), foi acolhida a preliminar suscitada pelo autuado, sendo considerada a decisão recorrida nula, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF, e por consequência deixou de apreciar o mérito da lide.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada, uma vez que nas operações interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes é atribuída ao remetente dos produtos, nos termos do art. 373 do RICMS-BA, o qual transcrevo:

“Art. 373. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (Conv. ICMS 81/93).”

Trata-se de mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária através do Protocolo 19/85 (DVD), acobertadas pelas notas fiscais n°s 000579 e 000600, de emissão do defendente, e destinadas a contribuintes baianos. Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva para o caso em comento.

O presente Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias em 10/10/2005, reclama ICMS, em virtude de o autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de mercadorias (DVD) enquadradas no referido instituto, amparadas pelo Protocolo 19/85.

O autuado irrisignado, argüi a nulidade do auto de infração por ilegitimidade de parte e erro de fato. No mérito requer a improcedência da autuação considerando que revista tem imunidade constitucional, que DVDs com conteúdo de revista, não estaria alcançando pela substituição tributária, por falta de classificação nos códigos NBM/SH, nos termos do Protocolo 19/85. Outrossim, requer a concessão do crédito fiscal de R\$ 683,41 (seiscentos e oitenta e três reais e quarenta e um centavos), exclusão da multa de 60%, ou, sua redução na forma autorizada, de acordo com a competência desse CONSEF, considerando a boa fé e a importância social do contribuinte.

Quanto ao mérito, verifico que a mercadoria objeto da autuação (DVD) está gravado como obra cinematográfica, enquadrando-se perfeitamente na descrição do item VI do Anexo único do Protocolo ICMS 19/85: “OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIO LASER” com o código da NBM/SH 8524.39.00.

O autuado argumentou a imunidade para o produto, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal de 1988. Entendo ser inconcebível a idéia de restringir-se a hipótese de imunidade apenas a livros, revistas e periódicos elaborados em papel, tendo em vista o caráter subjetivo da referida imunidade, cujo fundamento é tornar menos dispendioso o preço da cultura, independentemente do meio de divulgação, se em papel ou por meio eletrônico. Ao meu ver, o que deve ser observado para a extensão ou não da imunidade a essa mídia eletrônica é o caráter de complemento à publicação, e no caso em apreço, o complemento do encarte não guarda qualquer similitude com conteúdo da revista a ela acoplada, tratando-se, portanto, de filmes cinematográficos e por isso tributados pelo ICMS.

Ainda quanto ao mérito, atribui-se ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente da falta de retenção do imposto e o seu consequente recolhimento relativo às operações subsequentes, em operação interestadual realizada para contribuinte localizado no Estado da

Bahia, infringindo o disposto nas Cláusulas Primeira, Terceira, Quarta e Quinta do Convênio ICMS 19/85, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Apesar de se tratar de uma matéria bastante discutida no campo doutrinário, jurisprudencial e técnico tributário, observo que no âmbito da SEFAZ/BA, já existe manifestação de entendimento do órgão consultivo competente, publicado no Informativo Técnico da SEFAZ, no sentido de que operações com filmes gravados em DVD, fitas magnéticas de áudio, filmes gravados em discos de vídeo laser ou em fitas para videocassete, programas para computador, livros eletrônicos, etc., são tributados normalmente pelo ICMS.

Por outro lado, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pelo autuante, o qual caracteriza a infração de forma detalhada.

Ressalto não ter pertinência o pleito apresentado pelo autuado, no sentido de concessão do crédito fiscal referente à operação de venda realizada para este Estado, desde quando as Notas Fiscais 0579 e 0600, que acobertaram a citada operação, não contém o destaque do imposto pelo remetente, não estando prevista a concessão de crédito nessa situação, conforme disposição do art. 93, § 4º, do RICMS/97. Diante disso, não há que se falar em ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, desde quando na operação de comercialização para este Estado não houve imposto a ser compensado.

Verifico que, para compor a base de cálculo, o autuante seguiu as regras previstas na Cláusula Quarta do Protocolo 19/85, pois ao valor dos produtos constante das notas fiscais, somou o valor do frete, agregou o percentual de 25% e, em seguida, aplicou a alíquota interna e deduziu o ICMS correspondente ao serviço de transporte, destacado no documento correspondente.

Descarto o pleito do autuado concernente à exclusão ou redução da multa de 60%, pois foi aplicada à infração penalidade prevista na Lei 7014/96 (art. 42, inciso II, alínea “e”), sendo cabível sua aplicação nesta autuação.

Verifico, também que o crédito tributário, lançado no presente Auto de Infração, foi pago pelo impugnante, juntamente com a multa e acréscimos moratórios, conforme documentos de baixa por pagamento do sistema de informações da administração tributária (SIDAT) às fls. 70 e 71.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com homologação do valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0128/05-7**, lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$ 1.647,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR