

A. I. N° - 299166.0290/06-7
AUTUADO - WORKS EDITORES ASSOCIADOS LTDA.
AUTUANTE - WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 24.10.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0328-01/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO DE VENDA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS (DVD's) TENDO COMO DESTINATÁRIO CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E DO CONSEQUENTE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A apreensão constitui prova material da ocorrência da irregularidade. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/05/2006, exige ICMS no valor de R\$729,14, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes, na venda de mercadorias (DVD's), realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos n° 135018 (fl. 05).

O autuado, através de representante legalmente constituído, impugnou o lançamento de ofício às fls. 19 a 25, argüindo, a princípio, que atua no comércio e distribuição de produtos fonográficos, visuais e cinematográficos. Argumentou não haver conseguido distinguir qual o motivo que ensejou a apreensão das mercadorias, ressaltando que a ação fiscal está eivada de nulidades.

Salientou que o autuante não cumpriu o disposto na transcrita Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 07/00, que dispõe sobre a atribuição ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, da responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativamente às saídas subseqüentes, nas operações interestaduais com disco fonográfico, fita virgem ou gravada e outros suportes para reprodução ou gravação de som ou imagem.

Observou que já recolhera o ICMS na saída da mercadoria, não havendo a figura do substituto tributário na operação, de acordo com o citado protocolo, concluindo que, desse modo, não praticou a infração, pois é substituto tributário de si mesmo. Ressaltou que a jurisprudência dos tribunais estaduais tem adotado esse entendimento, conforme ementas relativas aos processos 70009502527 e 70012019824, oriundas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tratando-se os dois casos da cobrança do ICMS referente à antecipação tributária, quando da entrada da mercadoria no estabelecimento. Afirmou que não havendo embasamento legal para aplicação da multa em questão, o Auto de Infração é nulo.

O autuado afiançou que a fiscalização praticou verdadeiro confisco, o que é proibido pela Constituição Federal de 1988, acrescentando não haver qualquer causa que justifique a apreensão das mercadorias e a restrição ao exercício do seu pleno direito de propriedade. Aduziu que a

cobrança do tributo foi feita de forma indireta, através da apreensão, o que é vedado pelo Superior Tribunal Federal, conforme a Súmula 323, que transcreveu. A defesa versou, ainda, a respeito de votos correspondentes aos processos 70001427590 e 70004324539, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que tratam sobre a apreensão de mercadorias. Asseverou que o ato de apreender as mercadorias implica em privar quanto à possibilidade de sua utilização.

Requeru a improcedência do Auto de Infração, com seu cancelamento e posterior arquivamento, assim como a liberação das mercadorias apreendidas e do encargo de fiel depositário, atribuído à Transportadora Itapemirim S/A.

O autuante, ao prestar a informação fiscal às fls 47/48, anexou, como elemento auxiliar de sua explanação, cópia do Acórdão CJF nº 0149-11/06 (fl. 49/50), que se refere a julgamento de recurso voluntário não provido, que fora apresentado contra o resultado do julgamento pela procedência, proferido pela 1ª JFJ deste Conselho, em relação a matéria idêntica à do presente caso.

Argüiu que a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 19/85 determina que o remetente dos produtos elencados em seu Anexo Único deverá efetuar a substituição tributária, podendo ser o industrial ou o importador, como também o distribuidor, o depósito ou o atacadista. Disse que no caso da lide, o sujeito passivo exerce a função de distribuidor dos DVD's e, por isso, deveria recolher o ICMS referente à substituição tributária em favor do Estado da Bahia, onde encontra-se o destinatária das mercadorias.

Argumentou que o DVD gravado com 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, como “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”. Acrescentou 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 multi citado protocolo a incidência da substituição tributária nas operações com “... outros suportes para reprodução ou gravação de som ou de imagem, relacionados no Anexo Único ...”.

Asseverou que o DVD está gravado com um filme, que não é brinde nem serve para facilitar a leitura e entendimento 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. Salientou que o conteúdo da revista, cuja cópia da capa e contracapa anexou à fl. 13, é totalmente diverso do teor do DVD, se tratando este de um filme cinematográfico, conforme cópia acostada à fl. 12 do PAF.

Referindo-se ao crédito fiscal, argüiu 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. Asseverou que o autuado não recolheu o ICMS relativo à alíquota interestadual, pois pretendeu enquadrar o produto como “revista”, para beneficiar-se da imunidade tributária, como se vê no campo “dados adicionais” da nota fiscal, porém não sendo aplicável à operação com as mercadorias objeto da ação fiscal.

Alegou que a lavratura do Termo de Apreensão ocorreu apenas para documentar a prática da infração e embasar o Auto de Infração e que o autuado poderia solicitar a qualquer momento a transferência de fiel depositário dos produtos, para sua guarda ou do destinatário das mercadorias. Manteve a ação fiscal na íntegra.

VOTO

No caso em lide, o fulcro da exigência fiscal está fundamentado no fato do autuado ter deixado de efetuar a retenção do ICMS e o seu conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo

por substituição, relativo às operações subsequentes, em venda realizada para contribuinte localizado neste Estado, de mercadorias (DVD's) sujeitas ao regime de substituição tributária, por força de acordo entre os estados envolvidos na referida operação.

Inicialmente cumpre-me tratar das arguições de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, estando a primeira delas baseada na argumentação de ilegitimidade passiva. Observo que o Protocolo ICMS 19/85, em sua Cláusula Segunda e parágrafos, que transcrevo abaixo, atribuem ao estabelecimento distribuidor a condição de substituto tributário, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, além de estabelecer as formas de ressarcimento por parte do remetente.

“Cláusula Segunda. No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que se refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

§ 1º. Na hipótese desta cláusula, o distribuidor, depósito ou o estabelecimento atacadista emitirá nota fiscal para efeito de ressarcimento, junto ao estabelecimento que tenha efetuado a primeira retenção do valor do imposto retido em favor do Estado de destino, acompanhada de cópia do respectivo documento de arrecadação.

§ 2º. O estabelecimento que efetuou a primeira retenção poderá deduzir, do próximo recolhimento ao Estado de origem, a importância do imposto retido a que se refere o parágrafo anterior, desde que disponha dos documentos ali mencionados.”

Noto que o próprio autuado declara ser distribuidor dos produtos objeto da ação fiscal. Verifico, ainda, que o destinatário das mercadorias se refere a estabelecimento atacadista, fato que comprova que a atividade do autuado está compatível com a distribuição dos referidos produtos. Assim, resta caracterizada a sua condição de responsável por substituição tributária, na comercialização das mercadorias para este Estado.

Ressalto, ademais, que a disposição contida no referido protocolo está em conformidade com o § 7º do art. 150, CF/88, que transcrevo abaixo, não havendo o que se falar em nulidade do Auto de Infração, com base em pretensa falta de embasamento legal.

“Art. 150. ...

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.”

Quanto às alegações de que a exigência tributária seria confiscatória e que o fisco estadual teria incorrido em ilegalidade ao apreender as mercadorias objeto da autuação, afianço que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade. Saliento, entretanto, ter sido aplicada à infração, de forma correta, a multa prevista na Lei 7.014/96 (art. 42, inciso II, alínea “e”). No que se refere à apreensão das mercadorias, verifico que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos foi lavrado de acordo com o previsto na legislação tributária (art. 940 a 945 do RICMS/97), tendo servido para embasar o lançamento, não se apresentando no processo qualquer impedimento para que o recorrente conhecesse a acusação que lhe foi imputada e exercesse o seu direito de defesa. Além do mais, nada obsta que o sujeito passivo, a qualquer tempo e de acordo com a previsão contida no art. 947, do mesmo diploma regulamentar, pleiteie a liberação das referidas mercadorias.

Desta forma, também não acatado esta segunda arguição de nulidade levantada pelo sujeito passivo.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo autuado, considerando, ademais, que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara, estando embasada em cópias e vias de documentos que embasaram a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal, descabendo as suas alegações quanto à falta de compreensão dos motivos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

No mérito, atribui-se ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente da falta de retenção do imposto e o seu conseqüente recolhimento relativo às operações subseqüentes, 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. Concordo plenamente com esse entendimento, mesmo porque existem registros de discussões na Assembléia Constituinte de 1988, sobre propostas de extensão da imunidade aos denominados livros eletrônicos, propostas estas que foram vetadas, permitindo-me concluir que não quis o legislador constitucional ampliar a imunidade existente para os livros impressos.

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 a afirmativa feita pelo autuado de que recolhera o ICMS na saída da mercadoria, pois consta da nota fiscal que acompanhava as mercadorias, que estas estariam amparadas pela não incidência desse imposto, já que o seu emitente, que vem a ser o próprio autuado, pretendeu considerar que a operação gozaria de imunidade, por consignar no referido documento que a venda seria de revistas acompanhadas de DVD's, quando, na realidade, está evidenciado que os produtos objeto da autuação são filmes comerciais, gravados em DVD, acompanhados de revistas utilizadas em sua divulgação. Ademais, o produto comercializado – DVD gravado com obra cinematográfica – é compatível com o código NBM/SH 8524.39.00, constante do item VI, do Anexo Único do Protocolo ICMS 19/85, correspondendo a “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”.

Vale salientar, por precaução, não caber aqui uma pretensa arguição de ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, desde quando na operação de comercialização para este Estado não houve imposto a ser compensado, haja vista que a operação foi considerada como amparada por não incidência do ICMS, com base em dispositivo legal editado no estado de origem (art. 7º, inciso XIII, do RICMS/2000), não havendo, portanto, crédito fiscal referente à operação de venda realizada para este Estado, desde quando a Nota Fiscal 011.049, que acobertou a citada operação, não contem o destaque do imposto pelo remetente, não estando prevista a concessão de crédito nessa situação, conforme disposição do art. 93, § 4º, do RICMS/97.

Para reforçar este meu entendimento, valho-me de trecho do voto proferido pelo eminente relator Fernando Antonio Brito de Araújo, quando através do Acórdão CJF nº 0149-11/06, a 1ª Câmara deste CONSEF recusou provimento a recurso referente a questão idêntica à presente:

“Portanto, constatado que não se trata o DVD de acessório, mas, sim, de objeto principal, como também sua sujeição legal à substituição tributária, cuja responsabilidade é do distribuidor, resta evidente a subsistência da exigência fiscal, cuja base de cálculo encontra-se demonstrada à fl. 13 do PAF, sendo descabida a tese recursal de afrontar o princípio da não-cumulatividade, por não compensar o imposto devido quando da substituição tributária, visto que não houve imposto cumulado, por se tratar de uma suposta operação de imunidade tributária, sem oferecimento à tributação.”

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, agregou o percentual de 25% e, em seguida, aplicou a alíquota interna prevista para o produto (17%).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299166.0290/06-7**, lavrado contra **WORKS EDITORES ASSOCIADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 729,14**, 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, 09 de outubro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR