

PROCESSO - A. I. Nº 299166.0128/05-7
RECORRENTE - SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0324-03/06
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 19/03/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0040-11/07

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 artigo 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 ICM 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. Dedução, no cálculo do imposto devido, do valor referente ao ICMS à alíquota de 7%, considerando que pertence ao Estado de origem, e não à Bahia, não obstante não ter sido destacado na nota fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em decorrência da falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias (DVDs) para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

A Junta de Julgamento Fiscal, invocando o art. 373, do RICMS, afastou as preliminares de ilegitimidade passiva e nulidade da autuação por erro de fato, argüidas pelo autuado. No mérito, aduziu que a mercadoria transportada enquadra-se perfeitamente na descrição contida no item VI do Anexo único do Protocolo ICMS 19/85, qual seja: “*OUTROS DISCOS PARA SISTEMAS DE LEITURA POR RAIO LASER*” com o código da NBM/SH 8524.39.00, não se estando, de outro lado, frente a qualquer hipótese de imunidade, pois, “*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*”.

Patenteou a regularidade do lançamento no fato de que cabia à autuada promover a retenção e o recolhimento do imposto incidente sobre a mercadoria transportada, consoante dispõem as cláusulas Primeira, Terceira, Quarta e Quinta do Convênio ICMS 19/85, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Afirmou que os filmes gravados em DVD devem ser submetidos ao regime normal de tributação do ICMS e que o autuado não faz jus a qualquer crédito decorrente da operação, pois não houve o destaque do imposto pelo remetente.

Afastou o pedido de redução da multa, porquanto aplicada de acordo com as disposições da Lei nº 7.014/96.

Em seu Recurso Voluntário, o autuado pugna pela reformada da Decisão recorrida, reiterando as preliminares de nulidade do lançamento por ilegitimidade passiva e por erro de fato da autuação.

Com espeque no princípio da não cumulatividade, afirma ter direito ao crédito fiscal de 7%, tendo em vista que a mercadoria teve origem de outro Estado da Federação.

Aduz que o Protocolo ICM 19/85 atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ao industrial ou importador, qualificação na qual o autuado não se enquadra, pois está inscrita como editora de livros e revistas, tendo realizado operação de comercialização de revista impressa em papel, acompanhada de DVD gratuito, cujo escopo seria exclusivamente o de facilitar a leitura do conteúdo da revista.

Alega que o DVD representa um acessório da revista impressa, à qual a Lei Maior atribuiu imunidade tributária (art. 150, VI, “d”, da CF) e, bem assim, tal mídia não está relacionada no Anexo Único do Protocolo ICM 19/85, não havendo falar-se, portanto, em substituição tributária.

Ao final, pede a nulidade ou, alternativamente, a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 148/152, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto, sob os seguintes fundamentos:

1. como distribuidor das mercadorias, o autuado se encaixa na cláusula segunda, do Protocolo ICM 19/85, o que evidencia a sua legitimidade;
2. o DVD está na regra da substituição tributária, pois o item VI, do Protocolo ICM 19/85, engloba “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”;
3. quanto à imunidade, os DVD's não guardam similitude com o conteúdo das revistas, logo, não facilitam uma leitura. Os DVD's referem-se a filmes cinematográficos, sendo, pois, passíveis de tributação, conforme entendimento cristalizado na Súmula 662, do Pretório Excelso;
4. tratando-se de substituição tributária, não há que falar-se em crédito fiscal.

VOTO

Consoante relatado, o autuado argui, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e a nulidade da autuação, por erro de fato.

Sobre a ilegitimidade passiva, a matéria prefacial abordada no Recurso Voluntário não pode ser acolhida, pois a Cláusula segunda, do Protocolo ICM 19/85, ao dispor que “*no caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com mercadoria a que refere este Protocolo, a substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente*”, atribui induvidosamente a contribuinte o dever de reter e recolher o imposto incidente sobre as mercadorias transportadas, sendo, portanto, sujeito passivo legítimo na relação jurídico-tributária.

No que concerne ao alegado erro de fato, não vislumbro o vício apontado pelo autuado, muito menos qualquer equívoco na identificação da mercadoria objeto do Auto de Infração, pois os documentos que instruem o lançamento promovido comprovam que os DVD's apreendidos

veiculam filmes cinematográficos comerciais, acompanhados de material impresso (revistas) utilizado na divulgação das mídias. A par disso, o item VI, do Anexo Único, do Protocolo ICM 19/85 ao incluir no seu âmbito de incidência “outros discos para sistemas de leitura por raio laser”, com código NBM/SH 8524.39.00, abarcou, sem sombra de dúvidas, os DVD's de filmes cinematográficos, mostrando-se correta a autuação que visa à cobrança do ICMS por substituição tributária nas operações entre Estados signatários do Protocolo.

Sobre a imunidade tributária invocada pela contribuinte, o fato de se tratar de filmes cinematográficos autoriza a regular cobrança do imposto, conforme, inclusive, dispõe a Súmula 662, do STF: “*É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravados em fitas de videocassete*”

Por derradeiro, quanto ao crédito fiscal, impõe-se a sua concessão, não sendo óbice ao reconhecimento do direito do contribuinte o fato de não ter promovido o destaque do imposto, pois assim agiu por acreditar tratar-se de operação imune. Além do mais, o cálculo do imposto desconsiderando a dedução de 7% representa inegável apropriação indébita por parte do Fisco baiano, já que este montante de imposto é devido ao estado de origem das mercadorias transportadas.

Nas circunstâncias, o valor do imposto deve ser calculado levando em consideração o crédito fiscal de 7%, como se faz a seguir:

Valor das mercadorias	R\$7.640,00
(+) Frete	R\$170,40
Subtotal	R\$7.810,00
(+) MVA (25%)	R\$1.952,60
Base de Cálculo	R\$9.763,00
ICMS devido (17%)	R\$1.659,71
(-) Crédito de ICMS (7% de R\$7.640,00).....	R\$534,80
(-) Crédito de ICMS – frete	R\$11,92
ICMS a recolher ao Estado da Bahia.....	R\$1.112,99

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor do débito fiscal para R\$1.112,99, homologando-se os valores porventura recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299166.0128/05-7 lavrado contra **SPECTRA NOVA PRODUÇÕES, EDIÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (SPECTRA NOVA COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.112,99**, 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 efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2007.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS