

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0611/06-7
RECORRENTE - OFFICE SOLUTION COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0388-02/06
ORIGEM - IFMT -DAT/SUL
INTERNET - 27/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0202-11/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DVD's GRAVÁVEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A PARTIR DO PROTOCOLO ICMS 12/06. INFRAÇÃO INSUBSTANTE. Os DVD's graváveis só passaram a se submeter às regras de substituição tributária a partir do Protocolo ICMS 12/06, que inseriu os itens “X”, “XI” e “XII”, ao Anexo Único, do Protocolo ICM 19/85, com efeitos a partir de 01.09.2006. Auto de Infração lavrado anteriormente à previsão protocolar não deve subsistir. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em exame, lavrado para exigir ICMS em decorrência da “*Falta de retenção e do consequente recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia [por empresa estabelecida no Estado de São Paulo]. Imposto lançado: R\$ 2.773,05. Multa: 60%*”.

A Decisão recorrida manteve integralmente a autuação, sob o seguinte fundamento:

“*Discordo das considerações estranhas feitas pelo fiscal que prestou a informação. Se a lei não prevê determinada situação e sua consequência jurídica, só há dois caminhos: ou não se aplica a lei, ou muda-se a lei. Não existe “interpretação extensiva” ou analógica em matéria de reserva legal. Se as mercadorias objeto destes autos não correspondessem à descrição da norma que prevê a substituição tributária, a consequência seria a não exigibilidade de retenção do imposto. A “intenção do legislador” não tem a mais mínima importância. O fiscal considera que, se formos seguir a previsão legal, não haverá mais a possibilidade de cumpri-la. Ora, o fisco só tem um caminho: cumprir a determinação legal.*

Volto ao início: a defesa alega que DVDs não constam na listagem do anexo único do Protocolo ICM 19/85.

Não é esse o meu entendimento. O item VI do referido anexo, logo em seguida ao item que cuida dos discos para sistemas de leitura por raio “laser” para reprodução apenas do som (item V), estipula os outros discos para sistemas de leitura por raio “laser” – DVDs, portanto.

Sendo assim, concluo ser cabível a atribuição ao autuado, na condição de remetente das mercadorias, da obrigação de efetuar a retenção do imposto, uma vez que se trata de mercadoria que está relacionada no anexo único do Protocolo ICM 19/85. Esse protocolo prevê a faculdade de o Estado de destino atribuir a obrigação pela retenção do imposto ao remetente da mercadoria, nas operações interestaduais. A legislação baiana, com base no referido protocolo, prevê a retenção do imposto pelo remetente.

Está caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 58/59, reiterando, integralmente, a tese defensiva, segundo a qual o Protocolo 19/85 não prevê a substituição tributária de DVD, produto que foi criado posteriormente à norma protocolar e que, portanto, não se submete ao pagamento antecipado do ICMS.

Aduz, ainda, que o DVD não se encaixa na descrição de fitas magnéticas, disco fonográfico ou outras fitas magnéticas, consoante prevê o Anexo Único, do Protocolo 07/2000.

Afirma que, somente a partir de 01.09.2006, com a edição do Protocolo ICMS 12/06, é que o DVD foi inserido nas regras de substituição tributária, à medida que foram catalogados na NCM 8523.90.10.

Conclui que a autuação está incorreta, pois viola a norma editada pelo Confaz, razão pela qual deverá ser arquivada.

Emitiu, a PGE/PROFIS, o Parecer opinativo de fls. 63/65, por meio do qual rechaçou as argumentações expendidas em Recurso Voluntário, advogando pela manutenção da Decisão, sob o argumento de que o DVD se enquadra no Código NBM/SH nº 8524.39.00, previsto no item “VI – OUTROS DISCOS PARA SISTEMA DE LEITURA POR RAIO LASER”, do Anexo Único, do Protocolo ICM 19/85.

Assim sendo, aduz que a mercadoria está enquadrada nas regras da substituição tributária, o que conduz à subsistência da autuação.

VOTO

Consoante relatado, o contribuinte insurge-se contra a Decisão proferida pela JJF, ao argumento de que os DVD's, à época da autuação (20.06.2006), não estavam enquadrados nas regras do Protocolo ICM 19/85, escapando, portanto, da incidência do ICMS substituição tributária.

Com efeito, o Anexo Único, do mencionado protocolo, prevê, no seu item “VI”, a incidência do imposto por substituição tributária sobre “OUTROS DISCOS PARA SISTEMA DE LEITURA POR RAIO LASER”.

Entretanto, apesar de entender irrelevante para o presente PAF o fato de o DVD ter sido inventado posteriormente à edição do referido Protocolo, discordo do entendimento da JJF de que tal disco de mídia, quando comercializado sem qualquer gravação, ou seja, “virgem”, já estava inserido nas regras da substituição tributária.

É que, consoante se infere da leitura dos itens precedentes do Anexo Único, do Protocolo 19/85, as regras de substituição tributária incidiam sobre **fitas magnéticas e discos fonográficos já gravados**, ficando excluídas de sua incidência as mídias destinadas a gravação, à exceção das fitas magnéticas de largura superior a 6,5 mm, indicada no item “III”, que previu expressamente a incidência do imposto antecipado sobre “**cassetes para gravação de vídeo**”, NBM/SH 8523.13.20.

Tanto a ilação ora exposta é verdadeira, que o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) teve de editar o Protocolo ICMS 12/06, para fazer incidir as regras de substituição tributária sobre os chamados “**SUPPORTES NÃO GRAVADOS**”, que foram expressamente inseridos no Anexo Único do Protocolo 19/85, itens “X”, “XI” e “XII”. Ocorre que, o Protocolo ICMS 12/06 não pode ser aplicado à hipótese dos autos, porquanto o lançamento ocorreu em 20.06.2006 e a norma protocolar somente produziu efeitos a partir de 01.09.2006, como dispõe sua cláusula segunda.

Note-se que o Protocolo 12/06 fala, expressamente em “acrescer” os itens X, XI e XII ao Anexo Único do Protocolo 19/85, conferindo aos discos graváveis tratamento autônomo e exclusivo, deixando claro que tais mercadorias não estavam inseridas nas disposições anteriormente

existentes. Assim procedendo, o indigitado protocolo de 2006 converteu em linguagem jurídica uma realidade factual inafastável: discos gravados e graváveis são mercadorias distintas, por sua própria natureza, por sua destinação e pelos seus usuários.

Vale registrar que, após o referido Protocolo, os Estados de Sergipe e do Amapá, para conferir segurança jurídica a seus contribuintes, editaram despachos firmados por seus Secretários Executivos, postergando para 01.11.2006 a vigência das novas disposições, o que demonstra sentimento de parceria e lealdade frente aos interesses e necessidades de organização administrativa interna das empresas que são sujeitos passivos do ICMS.

Nas circunstâncias, considerando que as mercadorias objeto do presente PAF consistem em DVD's-R, no qual a letra R vem a significar "Recordable", ou seja, "gravável", entendo que a exigência do imposto por antecipação só poderia efetivar-se a partir de 01.09.2006, *ex vi* da cláusula segunda, do Protocolo ICMS 12/06. Considerando que o presente auto foi lavrado em 20.06.2006, antes, portanto, da previsão legal para a exigência veiculada, não pode subsistir a exação fiscal sob exame.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232939.0611/06-7, lavrado contra **OFFICE SOLUTION COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS