

PROCESSO - A.I. Nº 206923.0043/00-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DINAP S/A - DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PUBLICAÇÕES
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0092-03/03
ORIGEM - IFEP - METRO
INTERNET - 21.11.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0603-11/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DISCOS, FITAS CASSETES, FITAS DE VIDEOCASSETE E CDs ACOMPANHADOS OU NÃO DE LIVROS, REVISTAS OU FASCÍCULOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado o caráter complementar da mídia que acompanhava as publicações, que lhe conferiam maior efetividade, deve ser estendida à imunidade a essa mídia eletrônica. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/11/2000, exige ICMS no valor de R\$ 539.858,38 e multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações interestaduais com discos, fitas cassete, fitas de videocassetes e CDs, para venda, acompanhados ou não, de livros, revistas ou fascículos destinados ao Estado da Bahia, na forma do Regime Especial – Parecer GETRI nº 976/97 e Parecer GECOT nº 757/99.

O autuado irresignado com a exigência tributária ingressa tempestivamente, com defesa, fls. 265 a 275, aduzindo que a autuação não deve prosperar, na medida em que a impugnante não descumpriu as exigências do RICMS e nem do Regime Especial, da qual é titular, devidamente averbado na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme Parecer GETRI 976/97, o que demonstra com os seguintes argumentos:

1. Inicialmente que há vício insanável na autuação, o que implicará em sua nulidade;
2. De acordo com a Cláusula Primeira do Regime Especial, Parecer GETRI nº 976/97, o autuado “é responsável como contribuinte substituto, pelo recolhimento antecipado do ICMS devido nas sucessivas saídas promovidas por distribuidores ou jornaleiros, estabelecidos no Estado da Bahia de produtos tributados pelo ICMS, sendo que a DINAP venderá em consignação produtos tributados adquiridos de terceiros, aos seus distribuidores e bancas de jornais e revistas, que revenderão aos consumidores finais”.
3. Que para controlar e fiscalizar as operações sujeitas ao referido Regime Especial, o fisco baiano inscreveu a impugnante no Cadastro de Contribuintes do ICMS, sob o nº 47.087.077 CS, ficando, ainda, consignado que mediante credenciamento prévio dos seus agentes junto à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, poderia fiscalizar o estabelecimento, desde que a fiscalização estivesse relacionada com as operações alcançadas pelo mencionado Regime Especial.
4. Contudo ao fiscalizar o autuado, o fisco baiano partiu da premissa de que todas as operações realizadas com distribuidores ou jornaleiros localizados no Estado da Bahia,

estariam sujeitas ao citado Regime Especial de Substituição Tributária, sem considerar o fato de que a impugnante havia realizado serviços de distribuição de produtos imunes.

5. Aduz que para encontrar a base de cálculo do tributo que entendeu devido, o autuante, simplesmente, adotou o preço de capa de uma das publicações (imune) distribuídas, infringindo o art. 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal.
6. Argumenta que, acaso estivesse correta a premissa na qual o atuante se baseou, desconsideraria o imposto devido ao Estado de São Paulo, onde se localiza a sede do autuado.
7. Aponta que os autuantes computaram em dobro as operações realizadas no mês de outubro/97 (doc. 55), fato que pode ser constatado no demonstrativo.
8. Esclarece que a impugnante tem dentre os seus objetivos sociais, a comercialização e distribuição de produtos imunes, quais sejam, livros fascículos, coleção de livros, jornais, revistas, impressos e publicações periódicas que podem ser acompanhados, na comercialização ou distribuição, de outros produtos tributáveis ou não, desde que seja mantida a preponderância do material impresso (livros, jornais ou revistas).
9. Assim, pelo fato de ter comercializado, ou distribuído, livros, jornais e revistas, acompanhados de outros produtos, formando um conjunto, cuja preponderância, inegavelmente, era do material impresso (livros, jornais ou revistas), aliado ao fato de haver celebrado Regime Especial, com o Estado da Bahia, para venda em consignação de produtos tributados, isto não quer dizer que as operações realizadas pela ora impugnante, objeto da fiscalização, fossem tributadas pelo ICMS, como agora pretendem os agentes fiscais.
10. Conclui que no caso em tela os produtos que circularam no Estado da Bahia não são tributados pelo ICMS, pois compreendem publicações imunes acompanhadas de outros produtos, que são embalados em conjunto, com aquelas e que lhes complementa o conteúdo editorial, estando com elas diretamente relacionados, e que a característica essencial e prevalecente da publicação, estende ao produto que a acompanha e que lhe é complementar, a imunidade prevista no art. 150, VI, “d” da Constituição Federal.
11. Cita que a doutrina e a jurisprudência admitem a extensão da imunidade aos produtos que acompanham as publicações imunes e que lhe são complementares.
12. Rebate que o Regime Especial celebrado com o Estado da Bahia, alcança apenas, operações com produtos tributados, conforme preconiza a sua cláusula primeira, e que se os autuantes entenderam, de modo arbitrário, que as operações imunes, constantes do demonstrativo que consubstancia o Auto de Infração, são tributadas; o que resta claro que houve invasão da esfera de competência de fiscalização do fisco Estadual de São Paulo, pois o Estado da Bahia, acabou por fiscalizar e autuar, sem qualquer fundamento e sem competência jurisdicional, operações com produtos imunes.
13. Assim, que se a operação possui tais características, não há que se falar em sujeição da Impugnante à retenção e recolhimento do ICMS, na condição de substituta tributária, e que, mesmo se o produto fosse tributado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto seria do Editor e não da peticionária.
14. Também que a impugnante fora contratada para uma prestação de serviços, distribuição de produtos imunes e das notas de envio (docs. 28 a 43) e dos Chamados de Encalhe

(docs. 44 a 53), e que os serviços especificamente prestados, foram o de distribuição, em regime de exclusividade para todo o território nacional, da totalidade das publicações de qualquer natureza editadas pelas contratantes. Portanto que somente distribui produtos de terceiros, por força de vínculo contratual.

15. Informa que a própria Prefeitura do Município de Osasco, onde está sediada, emitiu resposta a consulta formulada, no sentido de declará-la isenta do recolhimento do ISSQN, por considerar a extensão da imunidade constitucionalmente prevista, aos serviços de distribuição de produtos imunes (doc. 54).
16. Insurge-se ainda contra a base de cálculo do tributo, vez que foi utilizado o “valor de capa” das revistas, e que outro equívoco fora cometido com relação à base de cálculo, pois os autuantes aplicaram a alíquota vigente para as operações internas do Estado da Bahia, sem abater o valor do imposto devido ao Estado de São Paulo.
17. Requer que as intimações sejam efetuadas na pessoa do Dr. Mário Miguel Netto, inscrito na OAB sob nº 12.922 com endereço na Rua do Cabral nº 45, Nazaré, Salvador-Ba, e pede a nulidade da autuação em tela.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 492 a 494, e para rebater as teses trazidas pela defesa, citam cláusulas do Regime Especial número 1114/96 (fls. 10 a 20 do PAF), requerido pelo contribuinte e concedido pela SEFAZ-BA, bem como o Parecer GECOT número 757/99 (fls. 21 a 28), resposta ao objeto da consulta efetuada pelo Gerente da GESUT à época, nos seguintes termos: “Diante do exposto, e tendo em vista as razões acima aduzidas, concluímos que é inteiramente cabível a cobrança do ICMS nas operações com fitas de vídeo cassete, comercializadas juntamente com livros e revistas diversas, a exemplo do que se verifica nas operações efetuadas pela empresa ABRIL S/A, uma vez que as mesmas encontram-se fora do alcance da imunidade tributária prevista no art. 150 inc. VI, alínea “d” da Constituição Federal, sofrendo portanto, tributação normal do imposto.

Conseqüentemente está a empresa obrigada a efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado da Bahia, a título de substituição tributária, na forma prevista no Regime Especial concedido por esta Administração, sempre que efetuar operações de comercializações com os produtos acima referidos.

Quanto à base de cálculo, informam que utilizaram a base de cálculo prevista no Regime Especial, conforme cláusula segunda, que dispõe: “*A base de cálculo para efeito de substituição tributária,..., será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente, ou na falta desta, em catálogo ou listas de preços emitidos pelo remetente, acrescido em ambos os casos do valor do frete quando não incluídas no preço, ...*”, referendada no Parecer GECOT nº 757/99. Também que não abateram o ICMS que seria devido ao Estado de São Paulo, em virtude de não haver nenhum destaque deste imposto (até porque a empresa adota a tese de esta operação ser imune), e é vedado no RICMS/BA, direito a “crédito presumido de operações interestaduais”.

Refutam a alegação de que o fisco baiano invadiu a esfera de competência do Estado de São Paulo, com base na cláusula décima primeira do Regime Especial (fl.22 do PAF), condicionando apenas ao credenciamento prévio na SEFAZ-SP.

Salientam que o Regime Especial solicitado pela empresa atribui a esta a responsabilidade como contribuinte substituto, pelo recolhimento antecipado do ICMS, nas sucessivas saídas promovidas por distribuidores ou jornaleiros estabelecidos no Estado da Bahia, (cláusula primeira do PAF), fl.18 do PAF.

Retificam o item 4 do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração pois lançaram em duplicidade os produtos relativos ao mês de outubro, e reduzem o valor do débito neste mês para R\$41.619,70 e o valor total do Auto de Infração para R\$ 498.238,67 (valores históricos).

Esta 3^a JJF, em pauta suplementar, deliberou que o PAF fosse encaminhado à Douta PROFAZ, fl. 496, para que fosse emitido Parecer acerca da limitação constitucional do poder de tributar, especificamente quanto à imunidade dos livros e periódicos previsto no art. 150, inciso VI, alínea “d” da Constituição Federal, e no que se refere à extensão da imunidade aos produtos que acompanham os periódicos, objeto da autuação.

A Douta PGE/PROFIS emite Parecer de fls. 497 a 499, e entende que a resposta passa pela análise do conceito de imunidade, sua hermenêutica e o conteúdo e função dos discos, fitas, que acompanham os periódicos. Discorre que a imunidade dos livros, revistas e periódicos, se fundamenta no valor da cultura, e para isso, entenderam os constituintes ser imprescindível retirar-se toda a carga tributária sobre os meios que conduzem a este objetivo. Que a imunidade como princípio constitucional deve ser interpretado de forma ampla, para que efetivamente o valor escolhido seja protegido. Neste sentido o STF ao julgar o RE 102.141, Relator Min. Carlos Madeira se pronunciou:

“Imunidade tributária. Livro. Constituição, art. 19, III, alínea d. Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transParecerem os princípios e postulados nela consagrados”.

No presente caso, que trata de publicações (papel) que se fazem acompanhadas de meios tecnológicos (mídias eletrônicas) que as complementam, entende que tais meios servem unicamente para facilitar, viabilizar, complementar, o conteúdo constante no papel, e que essas mídias eletrônicas quando não são independentes, devem, necessariamente, ser entendidas como complementos do livro.

Cita posições doutrinárias favoráveis ao entendimento da extensão da imunidade tributária à mídia eletrônica e conclui que “o que deve ser observado para a extensão ou não da imunidade a essa mídia eletrônica é o caráter de complemento à publicação”.

Novamente o presente PAF é diligenciado, desta feita à DITRI- Diretoria de Tributação, para que seja anexado o Processo 701.486 de 28/06/93, da empresa Abril S/A, como subsídio para instrução deste processo, no que foi atendido, consoante cópias de fls. 503 a 516 do PAF.

Em 13 de outubro de 2001, esta 3^a JJF deliberou que os autos fossem remetidos à DITRI- Diretoria de Tributação, para que fosse esclarecido se mantém o posicionamento emitido em 1999, ou há modificação no entendimento anteriormente exarado.

Em resposta ao solicitado, é emitido o Parecer Intermediário, com o seguinte teor:

“Considerando a solicitação feita [...], temos a expor que esta DITRI já se pronunciou a respeito da matéria em questão, em conformidade com cópia do Parecer/GECOT nº 757/99, anexada às fls. 39 a 43 do presente PAF, em face da provocação da então Gerência de Substituição Tributária, tendo, inclusive, sido concedido regime especial à autuada em consonância com o entendimento manifestado no referido Parecer, entendimento este que se mantém inalterado, não cabendo outras considerações, de forma que sugerimos o retorno do presente processo ao CONSEF, para os devidos fins”.

O autuado, ao ser cientificado do Parecer acima, emite o seu pronunciamento, fls. 525 a 527, afirmindo que assiste razão à Douta Procuradora da Fazenda, ao afirmar, em seu Parecer, que a

imunidade tributária, estabelecida no art. 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal, deve ser interpretada de forma ampla, jamais restritiva, como pretendem alguns. Diz que é por demais evidente que o legislador constituinte de 1988, não pudesse ter mencionado expressamente, dentre outros produtores difusores de cultura e informação, o CD-Rom, o Compact-Disk (CD), etc. pois tais produtos da moderna tecnologia, ainda não eram, entre nós conhecidos. Ressalta que o próprio autuante não conseguiu distinguir, dentre os produtos que relacionou, quais seriam aqueles tributáveis e quais seriam merecedores da imunidade tributária, pois tomou como base de cálculo, o valor de capa de cada uma das publicações, tributando também a publicação que é produto imune de qualquer tributação.

Mais uma vez o PAF é diligenciado à INFRAZ de origem, com vistas às seguintes providências:

1. Para que a Inspetoria intimasse o autuado, para que apresentasse os catálogos ou as listas de preços, mencionadas na Cláusula 2, do “Termo de Acordo”, firmado no processo 034.110/96, relativo ao Regime Especial, Parecer GETRI 976/97, de fls. 17 a 25 do PAF.
2. Que os autuantes refizessem os demonstrativos de fls. 52 a 262, com base nos preços constantes nos catálogos ou nas listas de preços, fornecidos pelo autuado, e também retirassem do novo demonstrativo, os valores anteriores à concessão do Regime Especial nº 976/97, observando que o valor originariamente exigido foi retificado para R\$ 498.238,67.

O autuado ao ser intimado para cumprir o acima solicitado, deixa de fazê-lo, sob o argumento de que os produtos distribuídos no Estado da Bahia são imunes. Ressalta que não comercializou tais produtos neste Estado, apenas distribuindo-os, motivo pelo qual não há que se pretender que tal operação seja contemplada no Regime Especial acima mencionado.

Os autuantes, em atendimento ao requerido por esta 3^a JJF, declaram que o não atendimento pelo autuado ao solicitado, caracteriza desobediência ao órgão julgador e mostra a pretensão de postergar o pagamento do débito. Anexam novo demonstrativo de débito, em decorrência da exclusão das parcelas referentes ao período de 02/08/97 a 16/08/97, por ser anterior à concessão do Regime Especial, reduzindo o valor no mês de agosto de 1997 para 11.264,33 e eliminando também o valor histórico do mês de julho de 1997, R\$ 47,82, o que reduz o valor do Auto de Infração para R\$ 473.306,56.

O autuado cientificado da última manifestação dos autuantes, reclama que a assertiva deles não pode prosperar, pois não há pagamento de imposto a ser efetuado, já que os produtos distribuídos são imunes, nos termos do art. 150, inciso VI, “d” da Constituição Federal. Cita a Decisão proferida pela 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, quando do julgamento do Auto de Infração nº 206923.0042/00-5, que reconheceu a imunidade dos produtos distribuídos pela peticionária.

RECURSO DE OFÍCIO

Recurso de Ofício - face à determinação do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) – Lei nº 3.956/81, com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, consubstanciado nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, o presente processo foi encaminhado em grau de Recurso de Ofício para esta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, em virtude do Estado da Bahia ter sido sucumbente no julgamento que exarou o Acórdão 3^a JJF nº 0092-03/03, pela Improcedência do Auto de Infração em lide.

Para melhor embasar o entendimento e chegarmos com segurança ao desfecho da lide, torna-se necessário à transcrição integral do voto do relator de 1^a Instância na Decisão recorrida, o que fazemos:

VOTO DA RELATORA DA 3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

“Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que o Auto de Infração, em lide, foi lavrado com a estrita observância das formalidades previstas no art 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Trata-se de exigência referente à falta de retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações interestaduais com discos, fitas cassetes, fitas de videocassetes e CDs para venda, acompanhados ou não de livros, revistas ou fascículos, destinados ao Estado da Bahia, na forma do Regime Especial – Parecer GETRI nº 11146/96 e Parecer GECOT nº 757/99.

O cerne da questão, amplamente discutida e diligenciada nos autos, consiste na peremptória negativa do autuado, em cumprir ao manifestado pela DITRI, e referendado no Regime Especial, já mencionado, sob a alegação de que distribui produtos imunes, conforme a previsão constitucional contida no art. 150, VI, “d”.

Assim, o autuado declara que os produtos que circularam na Bahia não são tributados pelo ICMS, pois são publicações acompanhadas de outros produtos, formando um só conjunto, cuja preponderância, inegavelmente era do material impresso (livros, jornais e revistas), e que embora tenha celebrado Regime Especial, com o Estado da Bahia, para venda em consignação de produtos tributados, isto não quer dizer que as operações realizadas, objeto da fiscalização, fossem tributadas pelo ICMS.

A Douta PROFAZ, emitiu o Parecer, fls. 497 a 499, no qual entende que a pretensão do autuado, passa pela análise do conceito de imunidade, sua hermenêutica e o conteúdo e função dos discos, fitas, que acompanham os periódicos. Discorre que a imunidade dos livros, revistas e periódicos, se fundamenta no valor da cultura, e para isso, entenderam os constituintes ser imprescindível retirar-se toda a carga tributária sobre os meios que conduzem a este objetivo. Que a imunidade como princípio constitucional deve ser interpretado de forma ampla, para que efetivamente o valor escolhido seja protegido. Neste sentido o STF ao julgar o RE 102.141, Relator Min. Carlos Madeira se pronunciou:

“Imunidade tributária. Livro. Constituição, art. 19, III, alínea d. Em se tratando de norma constitucional relativa às imunidades tributárias genéricas, admite-se a interpretação ampla, de modo a transParecerem os princípios e postulados nela consagrados”.

No presente caso, que trata de publicações (papel) que se fazem acompanhadas de meios tecnológicos (mídias eletrônicas) que as complementam, entende que tais meios servem unicamente para facilitar, viabilizar, complementar, o conteúdo constante no papel, e que essas mídias eletrônicas quando não são independentes, devem, necessariamente, ser entendidas como complementos do livro.

Cita posições doutrinárias favoráveis ao entendimento da extensão da imunidade tributária à mídia eletrônica e conclui que “o que deve ser observado para a extensão ou não da imunidade a essa mídia eletrônica é o caráter de complemento a publicação”.

Esta Relatora, analisando o Acórdão CJF nº 380.12.02, da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, em relação a Auto de Infração lavrado contra Abril S/A, no qual o Recurso Voluntário foi provido e modificada a Decisão recorrida, para julgar Improcedente o Auto de Infração nº 206923.0042/00-5, constatou que o lançamento teve por fulcro a mesma infração, supostamente cometida pela empresa em lide. Naquele processo, após diligência realizada para verificação

da natureza literária dos periódicos e a finalidade dos meios eletrônicos, o diligente informou:

“a natureza literária dos periódicos e a finalidade dos meios eletrônicos encontram-se descritos no relatório fornecido pela Representante Comercial do autuado às fls. 213 a 228, e que anexou para análise os exemplares originais, que solicitou que fossem mantidos lacrados e devolvidos a DICA Distribuidora Castro Alves Publ. Ltda., após o julgamento. Elaborou, também, o resumo dos valores exigidos mensalmente por tipo de publicação/meio eletrônico, conforme demonstrativo à fl. 210.”

No mesmo PAF, também a representante da PROFAZ, em novo Parecer, concluiu que ficou demonstrado pelo autuado o caráter complementar da mídia que acompanhava as publicações, nos termos do Parecer anterior, e opinou pelo provimento do Recurso Voluntário.

Constatou que a diligência, realizada nos autos da Abril S/A, guarda relação de pertinência com a tese da defesa aqui esposada, e com o pronunciamento da Douta Profaz, manifestados no presente PAF, eis que fundados na mesma causa de pedir (fundamentação fática), desta lide, razão porque entendo que é pertinente a admissibilidade desta prova neste processo, pois produzida em processo semelhante, e os fatos provados e probandos são idênticos em ambos os processos.

Corroborando esta assertiva, os próprios autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 492 a 494, e rebaterem as teses trazidas pela defesa, citaram as cláusulas do Regime Especial número 1114/96 (fls.10 a 20 do PAF), requerido pelo contribuinte e concedido pela SEFAZ-BA, bem como o Parecer GECOT número 757/99 (fls.21 a 28), resposta ao objeto da consulta efetuada pelo Gerente da GESUT à época, nos seguintes termos:

*“Diante do exposto, e tendo em vista as razões acima aduzidas, concluímos que é inteiramente cabível a cobrança do ICMS nas operações com fitas de vídeo cassete, comercializadas juntamente com livros e revistas diversas, **a exemplo do que se verifica nas operações efetuadas pela empresa ABRIL S/A**, uma vez que as mesmas encontram-se fora do alcance da imunidade tributária prevista no art. 150 inc. VI, alínea “d” da Constituição Federal, sofrendo portanto, tributação normal do imposto.(grifos nossos).*

Admitida à prova emprestada, acato a diligência, realizada no processo administrativo fiscal, relativo ao AI nº, 206923.004/00-5, e faço minha as palavras manifestadas pelo Relator Sr. Ciro Roberto Seifert, no Acórdão CJF nº 380-12/02:

“Corroboro integralmente com o entendimento da digna Representante da PROFAZ quando asseverou ser inconcebível a idéia de restringir-se a hipótese de imunidade a apenas livros, revistas e periódicos elaborados em papel, e que o que deve ser observado para a extensão ou não da imunidade a essa mídia eletrônica é o caráter de complemento à publicação.”

Ressalto que neste PAF, a PROFAZ manifestou idêntico entendimento conforme Parecer de fls. 497 a 499.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Este relator conforme determinado pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, encaminhou os autos em diligência à ASTEC para dirimir dúvidas, com os seguintes quesitos:

O presente Auto de Infração exige imposto em decorrência da falta de retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações interestaduais com discos, fitas cassetes, fitas de videocassete e CDs para venda, acompanhadas ou não de livros revistas em fascículos, destinados ao Estado da Bahia, na forma do Regime Especial – Parecer GETRI nº 1114/96 e Parecer GECOT nº 757/99.

A principal tese defensiva é que os produtos que foram objeto da autuação são imunes, e que, de acordo com a cláusula primeira do Termo de Acordo do Regime Especial (Parecer GETRI nº 1114/96), é responsável, como contribuinte substituto, pelo recolhimento antecipado do ICMS devido nas sucessivas saídas promovidas por distribuidoras ou jornaleiros estabelecidos no Estado da Bahia de livros, revistas ou fascículos (mercadorias com imunidade tributária) acompanhados de discos, discos laser, fitas cassetes e fitas de videocassete (meios magnéticos e ópticos), em conjunto ou individualmente, mas que este Regime Especial só alcança as operações relacionadas com produtos tributados.

A representante da então PROFAZ, no seu pronunciamento, assevera ser inconcebível a idéia de restringir-se a hipótese de imunidade à apenas livros, revistas e periódicos elaborados em papel, e, ao ser ver, entende que o que deve ser observado para a extensão ou não da imunidade a essa mídia eletrônica é o caráter de complemento à publicação, e conclui opinando que devam ser excluídos da autuação os itens em que se verifique que a mídia está exercendo papel complementar ao livro, revista e periódico, conferindo-lhe maior efetividade.

Considerando que, no demonstrativo elaborado pelos autuantes (fl. 52 e seguintes), a descrição dos produtos não permite identificar o seu “caráter de complemento à publicação”, foi encaminhado pelo relator a 1ª CJF em Pauta Suplementar, a sugestão de diligência à ASTEC, tendo o colegiado deliberado à unanimidade que o PAF realmente devia ser encaminhado àquele órgão técnico do CONSEF, para que fiscal estranho ao feito realizasse a diligência junto ao autuado, seu representante (legal ou comercial – distribuidor) e patrono legalmente constituído, com o intuito de que fique esclarecido, para cada produto ali elencado, o seguinte:

1. Qual a natureza literária dos periódicos em que houve a juntada de meios eletrônicos (mídia)?;
2. Qual a natureza e fim destes meios eletrônicos?.

Deve, também, o diligente, efetuar um resumo dos valores exigidos, mensalmente, para cada tipo de publicação/meio eletrônico de mídia.

Lembro que, segundo a norma contida no art. 153 do RPAF/99, o órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à *apreciação das provas*, e que o seu art. 123 determina que o sujeito passivo tributário, ao fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, deverá fazê-la acompanhar das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

O recorrido e os autuantes deverão ser identificados do resultado da diligência levada a efeito para, querendo, se pronunciar ao seu respeito, no prazo de 10 (dez) dias, conforme preceitua o art. 149-A do RPAF/99.

A ASTEC forneceu Parecer de nº 0159/2003, nos termos:

“Em cumprimento a diligência requerida, o diligente foi à DICA – Distribuidora Castro Alves de Publicações Ltda., distribuidora exclusiva das publicações do autuado em Salvador. Na

oportunidade, foi atendido pelo Sr. Adenildo Cabral Ferreira Leal, sócio da DICA, que informou que seria impossível atender a intimação da ASTEC para apresentação dos periódicos da DINAT, distribuídos nos exercícios de 1997 a 1998, pelo fato de não mais dispor de qualquer publicação ou mídia destes produtos, tendo em vista que logo após um curto período depois da circulação, são devolvidos para a DINAP em São Paulo, não remanescendo em sua empresa sequer um fascículo.

Apesar de não aceitar a intimação, sob a alegação de ser, tão somente o distribuidor dos produtos do autuado, forneceu o telefone do advogado e representante do autuado Dr. Luiz Carlos Paschoalique (11) 3849-2156.

Contactado o Dr. Paschoalique por telefone diversas vezes, a empresa foi intimada através do fax (11) 3067-2115, por duas vezes, e não foi obtido o êxito de ter o diligente acesso às publicações, objeto do presente Auto de Infração, também, junto à intimação, foi enviada, uma cópia da relação das publicações, de fl 13, entretanto, o Dr. Paschoalique informou, por telefone, transcorridos alguns dias, que não encontrara nenhuma da publicações solicitadas.

Comprometeu-se, na ocasião, que, alternativamente, estava elaborando um resumo do conteúdo das publicações e das respectivas mídias e que enviaria por e-mail ao diligente. Mesmo após reiteradas solicitações, nada foi enviado até o presente momento.

Conclui o diligente, afirmando que por total inércia do autuado deixou de proceder o requerido exame para avaliação da natureza literária dos periódicos e de seus respectivos meios eletrônicos, na forma determinada pelo relator.

Dada ciência da conclusão da diligência ao autuante, este à fl. 588 deu ciente, contudo, não se pronunciou. A empresa autuado cientificado do mesmo teor, via AR (fl. 589), não se manifestou.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, mormente a conclusão da diligência requerida por este colegiado, verifiquei, entretanto, que infelizmente não foi possível a realização do suscitado na diligência requerida. Porém, este relator acredita que o lapso de tempo do período fiscalizado 01.08.1997 a 31/12/1998 até a data da intimação do diligente 08.09.2003 ocasionou dificuldades ao autuado para apresentar as publicações e as mídias eletrônicas, conforme relação de fl. 13 dos autos.

Entendo que por não serem as publicações e mídias eletrônicas, documentos fiscais, e face ao volume físico que constitui manter esses periódicos em guarda por muito tempo, o que por certo onera os custos operacionais da empresa, a mesma tenha tido dificuldade para manter esse material “morto” em estoque. Mesmo estando atento para o determinado pelo art. 153 do RPAF/99, não posso olvidar da norma instituída pelo art. 112 do CTN, que diz:

“IN DUBIO PRÓ CONTRIBUINTE”. ART. 112 – A Lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

II – à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Assim, acompanho e adoto pelos seus fundamentos o voto da relatora de 1^a Instância, que consta no relatório do qual este voto está incluído e concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do

Recurso de Ofício apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206923.0043/00-1, lavrado contra **DINAP S/A - DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PUBLICAÇÕES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2003.

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS