

PROCESSO	- A. I. Nº 279116.1205/11-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EMPRESA EDITORA A TARDE S.A.
RECORRIDOS	- EMPRESA EDITORA A TARDE S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0034-01/15
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/11/2015

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0339-12/15

EMENTA: ICMS. 1. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Esta acusação fiscal não se mostra verdadeira em razão da insegurança na determinação da base de cálculo efetuada através de mesclagem de operações vinculadas a atividades comerciais de caráter distintos e de incidência tributária distintas, cuja segregação apenas poderia acontecer por dedução, conforme verificada na diligência realizada, afastando a precisão e a segurança do lançamento fiscal. A falta de sintonia entre o fato típico e os fatos apurados conduz à nulidade da infração. Modificada a Decisão recorrida. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Fato demonstrado nos autos. Reduzida a multa, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Mantida a Decisão recorrida. 4. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Lançamento nulo. Falta de certeza e liquidez. Mantida a Decisão recorrida. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DO ATIVO PERMANENTE. b) MATERIAL DE CONSUMO. Imputações insubstinentes. Falta de clareza dos elementos que fundamentam a acusação fiscal em relação à determinação dos bens que lhe deram azo. Modificada a Decisão recorrida. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. INUTILIZAÇÃO INDEVIDA. MULTA. Não está claro em que consistiu efetivamente a conduta do sujeito passivo, haja vista que consta na acusação fiscal e na descrição dos fatos, que houve “*inutilização de documentos*” e “*cancelamento indevido/inutilização indevida*”, respectivamente. Trata-se de dois fatos típicos distintos, ou seja, duas acusações distintas, inseridas em uma única acusação fiscal, o que não se admite, nem por hipótese, eis que se assim for, restará cerceado o direito ao contraditório e à ampla defesa por parte do contribuinte, que terá que decidir sobre qual acusação se defenderá, inclusive com os esclarecimentos feitos derredor da natureza jurídica do cancelamento e de inutilização de documentos. Lançamento nulo, por incerteza quanto à natureza do fato infringente. Mantida a Decisão recorrida deste item. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Decisão unânime. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão não

unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, tudo a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração lavrado em 31/03/11 decorre de nove infrações, das quais, motivadoras do Recurso Voluntário são as infrações 5 e 6, enquanto as infrações 1, 2, 4 e 7 motivam o Recurso de Ofício, como segue:

Infração 1 - Omissão de saída de mercadoria tributável em virtude de utilização de documento fiscal inidôneo – omissão de saídas (prestações de serviços de telecomunicações) [sic] –, constatando-se falta de recolhimento de ICMS decorrente de prestações de serviços de telecomunicações tributáveis sem emissão de documentos fiscais, sendo lançado imposto no valor de R\$1.232.844,83, com multa de 100%; (Ro)

Infração 2. - Falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações não tributáveis [pelo ICMS], sendo por isso aplicada a multa de R\$471.415,64, equivalente a 1% das entradas não registradas; (Ro)

Infração 4. - Recolhimento de ICMS efetuado a menos nas importações de mercadorias do exterior, em virtude de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão de despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$4.599,15, com multa de 60%; (Ro)

Infração 5. - Falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento, sendo lançado tributo no valor de R\$15.568,63, com multa de 60%; (Rv)

Infração 6. - Falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, sendo lançado tributo no valor de R\$5.945,15, com multa de 60%; (Rv)

Infração 7. - Inutilização de documentos fiscais – cancelamento indevido/inutilização indevida –, sendo por isso aplicada multa de R\$4.600,00; (Ro)

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator, abaixo transrito, que é parcialmente procedente a infração 1, nulas as infrações 4 e 7, e subsistentes as infrações 2 (foi reduzida a multa para 10% do valor original), 3, 5, 8 e 9, como segue:

VOTO

Este Auto de Infração compõe-se de 9 lançamentos. O autuado impugnou apenas os itens 1º, 2º, 4º, 5º, 6º e 7º.

O Auto de Infração foi julgado procedente em Primeira Instância, com redução da multa do item 2º, em decisão não unânime, mediante o Acórdão JJF Nº 0047-03/12 (fls. 3.555/3.562).

Houve Recursos de Ofício e Voluntário.

A 1ª Câmara deu provimento ao recurso voluntário, pelo Acórdão CJF Nº 0135-11/13 (fls. 3.637/3.643), e anulou a decisão da Primeira Instância, por falta de fundamentação, implicando cerceamento de defesa, e devolveu os autos à primeira instância para novo julgamento. A Câmara observou que, conforme havia sido percebido no julgamento em Primeira Instância, o fiscal autuante, ao prestar a informação, não obedeceu aos comandos do art. 167, § 1º, do RPAF, que é uma norma cogente, não dando margem a conveniência ou oportunidade, e o próprio julgador de primeira instância havia reconhecido que os levantamentos fiscais não eram claros quanto à natureza de bens do ativo e materiais de consumo, padecendo de idêntico vício a conclusão a que se chegou a respeito do item 7º, já que o fiscal deveria ter informado em que consistiu efetivamente o fato verificado.

Para sanar esses vícios, esta Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu remeter o processo em diligência à repartição de origem (fls. 3.660/3.664), para obtenção dos esclarecimentos ali assinalados.

Vieram aos autos os esclarecimentos prestados (fls. 3.666/3.689).

O 1º lançamento diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação. Embora a descrição do fato se refira a omissão de “saída de mercadoria”, o fato concreto é este: prestações de serviços de telecomunicações efetuadas sem emissão de documentos fiscais.

A defesa alega que o fiscal não levou em consideração a redução de base de cálculo prevista no art. 86, VI, do RICMS, pois no período fiscalizado a empresa realizou serviço de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet e não utilizou o sistema normal de compensação do ICMS ou outros benefícios fiscais.

Embora haja essa previsão de redução da base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 5%, nas prestações de serviço de comunicação pela modalidade de provimento de acesso à internet realizadas por provedores de acesso, existe jurisprudência reiterada de que sobre tais serviços não incide o ICMS, haja vista que, por se tratar de serviço de valor adicionado, o serviço de telecomunicação já é tributado pelas empresas que prestam os serviços de telecomunicação. Sendo assim, se no levantamento fiscal houvesse também serviços de provimento de acesso à internet, o que se teria de fazer era excluí-los, e não reduzir a carga tributária, como pretende a defesa.

Tendo em vista que a informação fiscal não tinha sido prestada exatamente como manda o § 6º do art. 127 do RPAF, ou seja, pontuando os aspectos de fato e de direito, limitando-se a autoridade fiscal basicamente a transcrever dispositivos legais e a citar o ato da ANATEL que autorizou a Empresa Editora A Tarde S.A., a prestar serviços de comunicação, os autos foram remetidos em diligência, a fim de que o fiscal autuante (a) deixasse clara a natureza do fato apurado, haja vista ora falar em omissão de saídas, ora em prestação de serviços, (b) esclarecesse a razão da tipificação do fato em função da multa aplicada e (c) informasse qual o tipo de serviço que está sendo tributado neste caso e de que modo foi obtida e determinada a base de cálculo do imposto.

Em parte, os esclarecimentos solicitados na diligência já se encontrava implícitas nos autos. Tais esclarecimentos foram solicitados na diligência em razão da anulação da decisão anterior, na qual esta Junta foi levada a assinalar aspectos que, embora constassem nos autos, não tinham sido explicitados na acusação nem foram aclarados na informação fiscal. Porém havia aspectos que precisavam de fato ser esclarecidos. Consta às fls. 51-52 cópia do Ato nº 65.861/07 da ANATEL pelo qual o autuado foi autorizado a explorar o “Serviço de Comunicação Multimídia”. Não havia, contudo, quaisquer esclarecimentos quanto ao que viesse a ser o Serviço de Comunicação Multimídia. Como na acusação não constava referência expressa a esse tipo de serviço, por óbvio que a defesa também não abordou esse aspecto. Esse foi um dos pontos que deveriam ser esclarecidos na diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Para atender à diligência, o fiscal valeu-se das explicações prestadas pelo contribuinte no recurso voluntário dirigido à Câmara. As explicações do contribuinte, reproduzidas pelo autuante, são as seguintes:

- 1) o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) é explorado nas condições previstas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 614/13 e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações aprovado pela Resolução nº 73/98, e as empresas que utilizem equipamentos de radiocomunicação de radiação restrita devem operar em conformidade com o Regulamento aprovado pela Resolução nº 50608 e as condições de uso estabelecidas no Regulamento aprovado pela Resolução nº 397;
- 2) o Serviço de Valor Adicionado (SVA) é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações, e não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, sendo assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado;
- 3) o Serviço de Conexão à Internet (SCI), conforme definido na Norma do Ministério das Comunicações nº 4/95, é o nome genérico que designa o serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à internet a usuários e provedores de serviços de informações, sendo que o provimento do SCI não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel.

O autuante informou então que se baseou nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56, nas quais se pode observar o “Faturamento Geral”, o “Faturamento Provimento” (SCI) e o “Faturamento Telecom” (SCM) por ano-calendário e por mês. Informa que a empresa não está sendo obrigada a pagar ICMS pelo simples fato de ter sido autorizada pela ANATEL a prestar serviços de comunicação, mas porque ela efetivamente prestou serviços que estão no campo de incidência do ICMS a partir de agosto de 2007, depois de autorizada (julho/2007) a prestar tais serviços. Informa ainda o autuante que a mudança de SCI para SCM ocorreu gradativamente, como pode ser observado no levantamento efetuado a partir de agosto de 2007, e a autuação se deu apenas em relação ao SCM efetivamente prestado. Chama a atenção para o instrumento à fl. 55 e para os demonstrativos às fls. 72 e 73.

Quanto à base de cálculo, outro ponto objeto da diligência, o fiscal informou que ela foi obtida pela exclusão, do “Faturamento Global”, o “Faturamento Provimento” (SCI), ficando apenas o “Faturamento Telecom”, base de cálculo do ICMS.

Está clara, portanto, a natureza específica dos serviços objeto da autuação: o chamado “Faturamento Telecom”. Praticamente a autuação foi baseada no que a própria empresa havia declarado no instrumento à fl. 55. Tal declaração havia sido feita pelo Gerente de Internet do Grupo A Tarde. Porém, na sustentação oral feita pelo defensor do autuado perante esta Junta de Julgamento Fiscal, na sessão do dia 13.02.14, foi sustentado

que quem prestou a informação, embora fosse competente em informática, não cuidava da área de faturamento e não tinha conhecimento quanto à tributação dos serviços vendidos, e quem deveria ter prestado a informação seria o Gerente Financeiro, de modo que os dados declarados pela empresa nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56 foram informados de forma equivocada, pois todo serviço considerado como “Faturamento Telecom” (SCM – Serviço de Comunicação Multimídia) representa na verdade “Faturamento Provimento” (SCI – Serviço de Conexão à Internet), ou seja, o serviço identificado como SCM diz respeito é a serviço SCI. Em face disso, o processo foi naquela ocasião retirado de pauta e enviado à ASTEC em diligência, a fim de que fosse intimado o contribuinte para que, no prazo de 30 dias, apresentasse planilhas relativas às prestações de serviços SCM e SCI do período considerado no presente Auto de Infração, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar o que havia sido alegado na sustentação oral. Solicitou-se na mesma diligência que, em face dos elementos que viesssem a ser apresentados pela empresa, deveria o revisor fazer a conferência e, se fosse o caso, proceder à revisão do lançamento.

A ASTEC emitiu Parecer informando que, feita a intimação, o contribuinte apresentou a) descriptivos explicando os serviços comercializados, b) planilha das receitas do pacote de serviço “Avance Telecom”, designação dada aos produtos comercializados como provedor no período autuado (SCI – Disco Virtual; SCI – E-mail; SCI – Edição Digital Jornal A TARDE; SCI – Suporte Técnico; SCM – Tráfego de Dados); c) demonstrativo de apuração de margem/produto – serviço; d) balancetes contábeis da receita operacional líquida; e) Razão da conta “Telefonia Dados”; f) mídia eletrônica do material elaborado. O fiscal revisor informa que, analisando os documentos e explicações junto com o Gerente Financeiro da empresa, verificou que, em virtude da falta de entendimento quanto à tributação dos serviços vendidos, apenas foram emitidas faturas sem tributação, não sendo emitidos documentos fiscais, e o autuado produziu um demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance”, a fim de explicar o percentual relativo a cada produto comercializado e sua respectiva receita. O fiscal revisor declara que, em face da explicação escrita, anexa, em que pela primeira vez se estabeleceu um percentual médio de 13,5% como relativo ao serviço SCM da Rede Própria dos pacotes de serviços comercializados ao preço unitário de R\$54,90, indagado sobre os dados do referido demonstrativo de apuração do resultado da empresa “Avance” bem como acerca do “inter” definidor do percentual do faturamento que a empresa entende tributável pelo ICMS (SCM oriundo de serviços da Rede Própria), o preposto da empresa prestou os esclarecimentos que passa a especificar (fls. 3.723-3.724). O fiscal revisor conclui o parecer dizendo que, tendo em vista a efetiva apuração percentual periódica e não um único percentual médio para todos os períodos de apuração do ICMS, elaborou demonstrativo de débito (fl. 3.724) para o caso de serem acatados a justificativa do contribuinte e os documentos que foram apresentados, acostados ao parecer, totalizando o valor de R\$158.073,18.

Deu-se ciência do resultado da diligência ao contribuinte, e este não se manifestou.

O processo foi remetido à repartição de origem para que o fiscal autuante tomasse ciência do resultado da diligência, e, como este não se encontra mais em exercício na inspetoria de origem, foi designado para se manifestar fiscal estranho ao feito, o qual aduz uma série de considerações, questionando a revisão feita pela ASTEC.

O órgão julgador não tem acesso aos fatos, tem acesso à versão dos fatos. Foi determinada diligência a fim de que a ASTEC intimasse o contribuinte para que apresentasse comprovações das prestações de serviços SCM e SCI, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar os valores relativos ao chamado Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Em face das conclusões a que chegou a autoridade fiscal que cumpriu a diligência, no tocante à determinação do faturamento tributável pelo ICMS, que é o SCM oriundo de serviços da Rede Própria, tendo afinal elaborou demonstrativo de débito do imposto, no valor de R\$158.073,18, considero que está solucionada a dúvida. Acato o resultado da diligência da ASTEC, restando a ser lançado no item 1º o imposto no valor de R\$158.073,18.

Passo ao exame do item 2º.

No julgamento anterior proferido por esta Junta, mediante o Acórdão às fls. 3.555/3.562, este item foi julgado procedente, com redução da multa. O julgamento foi declarado nulo por falta de fundamentação, implicando cerceamento de defesa, ou seja, e sendo assim a anulação afetou outros itens, e não este. Sendo assim, limito-me a reiterar os fundamentos que aduzi no julgamento anterior.

Este item 2º acusa entrada de mercadorias sem registro no livro fiscal. O autuado pede a redução da multa, ao apelo do princípio de equidade, alegando que se trata do descumprimento de uma obrigação acessória, não tendo havido prejuízo ao erário, e não tendo a empresa agido com dolo ou má-fé, já que pagou os impostos devidos, tomando por fundamento o art. 148 do RPAF, c.c. o art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

O Estado não tem o intuito de apenar seus contribuintes de forma indiscriminada. O que ele espera é que as pessoas cumpram sua obrigação dita principal. É claro que o contribuinte não pode descuidar-se do cumprimento dos deveres de natureza acessória ou instrumental estabelecidos pela legislação relativos às prestações positivas ou negativas previstas para viabilização da arrecadação e da fiscalização dos tributos, porém em relação a esses deveres o legislador, atendendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atribui ao órgão julgador a faculdade de reduzir ou cancelar as multas pelo seu descumprimento, desde que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem

falta de recolhimento do imposto. Prevê, nesse sentido, o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96:

“§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

Existem, portanto, dois requisitos a serem observados para adoção da faculdade prevista na lei.

O primeiro requisito para que se possa reduzir ou cancelar a multa é que a infração considerada não tenha implicado falta de pagamento do tributo. Ou seja, não importa se o contribuinte, por outras razões, deixou de pagar o imposto – o que importa é se a infração objeto de exame deu ensejo à falta de pagamento do tributo.

No presente Auto de Infração, não consta que o descumprimento da obrigação acessória de que cuida o item 2º tenha implicado falta de pagamento do imposto. Houve outros lançamentos por falta de pagamento do imposto, mas não consta que tenham relação com o item 2º. Por conseguinte, está preenchido um dos requisitos fixados pelo supracitado § 7º.

O outro requisito é que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação. Como nestes autos sequer foi ventilada a existência de tais práticas, concluo que está também satisfeito este requisito legal.

Considero razável a redução da multa. O RPAF, ao inaugurar a regulação processual do contencioso administrativo fiscal, no título das disposições gerais, recomenda que se apliquem ao processo administrativo determinados princípios jurídicos, “sem prejuízo de outros princípios de direito” (art. 2º). Dentre esses princípios, no que concerne ao caso em tela, aflora o princípio da proporcionalidade, que se traduz na dosimetria da pena em função da gravidade da falta e da situação individual do infrator. Esse princípio reflete-se no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual admite que o órgão julgador cancele ou reduza a multa, se não tiver havido dolo, fraude ou simulação, e desde que o fato não tenha implicado falta de pagamento de imposto.

É procedente a autuação objeto do item 2º, porém, com base no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, proponho a redução da multa para R\$47.141,56, equivalente a 10% da pena originariamente aplicada, com fundamento no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O 3º item não foi impugnado.

O item 4º diz respeito a ICMS pago a menos nas importações. O autuado alega que não incide o imposto nesses casos, pois se trata de insumos e maquinários adquiridos para edição do jornal A Tarde, e portanto as operações estão imunes, por força do art. 150, VI, “d”, da Constituição.

Tendo em vista a forma dúbia como o fato foi descrito, não indicando de forma precisa se o erro na base de cálculo teria sido por falta de inclusão de despesas aduaneiras ou por utilização incorreta da taxa cambial, e ainda considerando-se que a planilha às fls. 138/142 não especifica quais os bens importados, impossibilitando-se saber se se configuraria a alegada imunidade, o processo foi remetido em diligência a fim de que a autoridade fiscal informasse se o erro na determinação da base de cálculo decorreu da falta de inclusão de despesas aduaneiras, ou se foi da utilização incorreta da taxa cambial, ou se houve as duas coisas; caso o erro tivesse consistido na falta de inclusão de despesas aduaneiras na base de cálculo, deveria ser informado quais as despesas aduaneiras que deixaram de ser incluídas; e, se o erro foi a utilização incorreta da taxa cambial, deveria ser informado qual a taxa aplicada pelo autuado e qual a taxa considerada correta, e por quê. Na mesma diligência, tendo em vista a alegação do autuado de que os bens são imunes, e considerando-se que na descrição do fato não é dito qual a natureza dos bens importados, e tendo em vista ainda que os demonstrativos às fls. 138/142 também não especificam os bens que foram importados, foi solicitado que fossem listados os bens objeto da autuação.

A diligência não foi cumprida. Apesar de na acusação ser dito que teria havido falta de inclusão de despesas acessórias na base de cálculo ou utilização incorreta da taxa cambial, no cumprimento da diligência a autoridade fiscal declarou que o fato não foi este. Ele põe a culpa no SEAI (Sistema de Emissão de Autos de Infração), deixando patente que não se trata neste caso de erro decorrente de falta de inclusão de despesas aduaneiras, nem de utilização incorreta da taxa cambial, como consta na descrição do fato. Justifica-se dizendo que a referência a esses aspectos foi feita porque essa é a descrição-padrão do SEAI.

Ora, a competência para lavrar Auto de Infração é do auditor fiscal, e não do SEAI. O sistema automatizado tem descrições específicas para cada situação, cabendo à autoridade autuante apontar a imputação que corresponda precisamente ao caso concreto. Não se admite que seja detectada uma infração, mas a descrição se refira a situação diversa.

O lançamento do item 4º é nulo, por falta de certeza e liquidez. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Os lançamentos dos itens 5º e 6º referem-se à falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS – no item 5º, relativamente a bens do ativo permanente, e no item 6º, a bens de consumo.

A defesa alega que não incide o imposto nesses casos, por se tratar de insumos e maquinários adquiridos para edição do jornal A Tarde, e portanto as operações estão imunes, por força do art. 150, VI, “d”, da Constituição.

A defesa demonstrou que existe jurisprudência favorável à sua tese. Porém, no âmbito administrativo, não é razoável discutir essa questão, pois não existe disposição expressa em tal sentido, e o órgão julgador deve limitar-se à aplicação do direito posto.

O demonstrativo fiscal do item 5º encontra-se à fl. 143, e o do item 6º encontra-se à fl. 144. Tendo em vista que os demonstrativos não indicam, como deviam, quais os bens adquiridos, de modo a se saber se se trata de bens do ativo permanente ou de material de consumo, apesar de a defesa não ter questionado esse aspecto, esta Junta de Julgamento Fiscal, em atenção aos princípios da verdade e da estrita legalidade, determinou em diligência que o fiscal autuante listasse os bens objeto da autuação.

O fiscal não listou os bens objeto da autuação, conforme foi solicitado na diligência, porém observou que nada descreve melhor o conteúdo das Notas Fiscais, cujas cópias se encontram às fls. 3.039/3.051 (item 5º) e às fls. 3.053/3.059 (item 6º). De acordo com esses elementos, fica patente que é devida a diferença de alíquotas, pois se trata efetivamente de bens destinados ao ativo permanente e a uso ou consumo, estando portanto caracterizada a infração.

A imunidade diz respeito às operações com livros, jornais, periódicos e papel destinado à sua impressão.

Mantenho os lançamentos dos itens 5º e 6º.

No item 7º o contribuinte é acusado de inutilização de documentos fiscais. Num adendo posto em seguida pelo autuante, consta que houve “Cancelamento indevido/inutilização indevida” de documentos fiscais.

Tendo em vista que o fiscal autuante não informou em que consistiu efetivamente o fato verificado, em atenção à regra do art. 39, III, do RPAF, e considerando-se que em seguida à descrição do fato – “inutilização de documentos” – consta outra descrição dizendo que houve “cancelamento indevido/inutilização indevida” de documentos, havendo portanto dois fatos, foi determinado em diligência que o fiscal autuante informasse se se trata de cancelamento de documentos ou de inutilização de documentos, e que explicitasse também por que foi considerado indevido o cancelamento ou a inutilização dos documentos.

Em resposta, o fiscal informou que não foram observados os requisitos para cancelamento de documento fiscal, porque o contribuinte registrou cancelamento (“Cancelada”) indevidamente, tendo ocorrido a inutilização do documento fiscal ou o seu extravio, conforme faz prova, por amostragem, com a juntada dos documentos às fls. 3.136/3.142.

O fiscal considerou que o cancelamento foi feito indevidamente tomando por fundamento a regra do art. 210, e § 1º, do RICMS/97, e o art. 43 e parágrafo único do RICMS/12.

Os dispositivos a que se reporta o autuante cuidam de cancelamento de documento fiscal.

Cancelamento é uma coisa. Inutilização é coisa bem diversa. Existe cancelamento quando o contribuinte declara sua invalidade por erro no seu preenchimento ou por desfazimento do negócio, por exemplo. Por sua vez, existe inutilização quando o documento é sinistrado, destruído, jogado fora.

A autoridade fiscal, ao aplicar a multa, baseou-se na regra do art. 42, XIX, “a”, da Lei nº 7.014/96. Essa multa é para casos de inutilização, extravio, perda ou guarda de documentos fora do estabelecimento, em local não autorizado.

Ocorre que os documentos não foram inutilizados. De acordo com as cópias anexadas às fls. 3.136/3.142, o que houve foi cancelamento, e não inutilização.

Nota-se de plano que a fiscalização apurou uma coisa, porém autuou o contribuinte por outra. Se os documentos foram cancelados indevidamente (e não “inutilizados” indevidamente), seria o caso de se apurar o cancelamento indevido, para cobrar o imposto se porventura fosse devido, e não simplesmente aplicar multa.

O cancelamento de documentos fiscais não constitui infração. Se, por exemplo, o documento é cancelado porque houve erro na sua emissão, ou porque a operação ou prestação não se concretizou, deve evidentemente ser cancelado, e isto não implica qualquer tipo de ilícito.

O que se vê às fls. 3.136/3.142 é que os documentos foram cancelados. O fiscal diz que não foram observados os requisitos para cancelamento. Não diz quais os requisitos que não foram observados.

Infração não caracterizada. Lançamento nulo. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento em relação a esse item. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Os lançamentos dos itens 8º e 9º não foram impugnados.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da decisão que prolatou, enquanto que a empresa

autuada, regularmente científica da decisão proferida em primeiro grau de julgamento administrativo, interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 3.938 a 3.945.

A Recorrente, após relato dos acontecimentos e irresignada com o desfecho dado pela decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, primeiro, registra a necessidade de revisão do julgado em relação aos itens 5 e 6, aduzindo que tal como se apresenta, a fundamentação e a conclusão do Julgador de piso na decisão recorrida “... é no mínimo dúbia e imprecisa, incorrendo em manifestas obscuridade e contradição”.

Citando alguns trechos da decisão, destaca que os demonstrativos fiscais não indicam quais os bens adquiridos, de modo a que se saiba se os bens tinham como destino o ativo permanente ou o consumo de empresa. Nessa linha, registra que a Junta de Julgamento Fiscal determinou, em diligência, que o fiscal autuante listasse os bens objetos da autuação, tendo obtido como resposta a indicação das notas fiscais às fls. 3.039/3.051 (item 5º) e às fls. 3.053/3.059 (item 6º).

Fazendo remissão à aplicação da lei ao caso dos autos, registra que a norma atine à imunidade tributária de que gozam os insumos destinados a fabricação do jornal. Nessa esteira, assevera que concomitantemente ao quanto previsto no art. 150, VI, “d” da CF/88, também a jurisprudência é pacífica no sentido de entender a abrangência pretendida pela norma, sendo, pois, necessária a aplicação da previsão legal e jurisprudencial contida no ordenamento jurídico nacional.

Entende que nada obsta a aplicação que este CONSEF reconheça e aplique o posicionamento reiterado e pacificado dos Tribunais Nacionais, sobretudo os de instância Superior quando estes interpretam e aplicam o que prescreve o texto de lei. Nessa linha, destaca que o próprio teor do julgamento reconhece, de forma expressa, a validade e legitimidade da sua tese, o que impõe cunho de legalidade à sua pretensão de ter acatado o seu pedido para que sejam julgadas improcedentes as infrações 5 e 6.

Avançando, registra que a Junta reconheceu que “...os demonstrativos não indicam como deviam, quais os bens adquiridos...” e “...O fiscal não listou os bens objeto da autuação, conforme foi solicitado na diligência...”, fatos que apontam no sentido de que são nulas as infrações 5 e 6 em razão de expressa violação ao seu procedimento e ao nítido cerceamento de defesa que causa ao Recorrente.

Assinala que há descompasso e imprecisão nas informações prestadas pelo autuante, fato que prejudica substancialmente o lançamento fiscal. Cita a jurisprudência, destacando trecho que diz, entre outras, que “a autuação da empresa é insubstancial, por não fornecer os elementos necessários à sua adequada defesa ante a ausência de identificação precisa e quantificação das mercadorias supostamente defeituosas”.

Arrematando, reitera que não há como as infrações 5 e 6 prosperarem, sendo necessária a reforma da decisão recorrida para que sejam declaradas improcedentes, quer pela inexistência de fato gerador em razão da imunidade tributária que recai sobre os bens objeto da autuação, quer pela imprecisão das informações apresentadas pelo agente fiscal que não esclareceu o montante dos bens que deveriam ser tributados.

Pugna pelo provimento do seu Recurso Voluntário para que sejam declaradas improcedentes as infrações 5 e 6.

O Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador da PGE/PROFIS, às fls. 3.950/3.952, exara parecer opinativo no sentido de que não deve ser acolhida a tese recursal.

Analizando as razões recursais, registra que não merece acolhida a tese do Sujeito Passivo, aduzindo que “... a imunidade concedida constitucionalmente tem de ser aferida numa interpretação restritiva, não se podendo atiçá-la ao máximo, sob pena de desvirtuarmos o próprio comando constitucional”. Cita decisões no RE 215798/RS e RE 195.576/SP.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recursos de Ofício e Voluntário. O primeiro, interposto pelos julgadores da 1ª JJF deste CONSEF, tem por objeto a reapreciação do Acórdão de nº 0034-01/15 que impõe sucumbência da Fazenda Pública Estadual em razão a quatro das sete infrações do Auto, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, é no sentido de modificar o mesmo acórdão de primeiro grau, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido.

O Auto de Infração é composto de sete infrações que motivam os Recursos de Ofício e Voluntário e que acusam o Sujeito Passivo de haver omitido saída de mercadoria tributável em virtude de utilização de documento fiscal inidôneo – omissão de saídas (prestações de serviços de telecomunicações); de falta de registro, na escrita fiscal, da entrada no estabelecimento de mercadorias relativas a operações não tributáveis; de recolhimento de ICMS efetuado a menos nas importações de mercadorias do exterior, em virtude de erro na determinação da base de cálculo; de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente do estabelecimento; de falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento; e de inutilização de documentos fiscais – cancelamento indevido/inutilização indevida.

Antes mesmo de adentrar às razões recursais, a análise da infração 1 se mostra imperiosa.

Pois bem, a acusação fiscal diz da “*Omissão de saída de mercadoria tributável em virtude de utilização de documento fiscal inidôneo – omissão de saídas (prestações de serviços de telecomunicações) [sic] –, constatando-se falta de recolhimento de ICMS decorrente de prestações de serviços de telecomunicações tributáveis sem emissão de documentos fiscais*”, e da simples leitura da imputação resta claro que algo de contraditório lhe acomete.

Fato é que apesar das idas e vindas do PAF, inclusive com a realização diligência que redundou na redução do valor inicialmente lançado no item 1, a acusação fiscal se refere a omissão de saída de mercadoria tributável em virtude de utilização de documento fiscal inidôneo, enquanto que os fatos efetivamente apurados dizem respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a prestações de serviços de comunicação, conforme bem pontuou a Junta de Julgamento Fiscal.

Tal fato é corroborado pelo resultado da diligência que apesar de ter trabalhado em bases contraditórias, o que efetivamente restou apurado não foi a omissão de saída de mercadorias, mas sim da eventual falta de recolhimento de imposto em razão de operações que envolvem serviços de comunicação, o que inquina de nulidade o item 1 da peça de acusação por afronta à possibilidade do contraditório e da ampla defesa.

Demais disso, ainda que restasse clara a acusação fiscal, o que não se mostra verdadeiro, por certo não poderia manter-se hígida a imputação em razão da insegurança na determinação da base de cálculo, haja vista que o Autuante mesclou operações vinculadas a atividades comerciais de caráter distintos e de incidência tributária também distintas, na mesma infração e cuja segregação apenas poderia acontecer por dedução, conforme verificada na diligência realizada pela ASTEC, afastando, portanto, a precisão e a segurança que requer o lançamento fiscal no que concerne à determinação da base de cálculo.

Isto posto, pelas razões acima expostas e especificamente em razão da falta de sintonia entre o fato típico e os fatos apurados, de ofício, julgo NULA a infração 1.

Avançando, passo a tratar do Recurso Voluntário.

Vê-se que a Recorrente, em síntese, aduz que não há como as infrações 5 e 6 prosperarem, pois, seriam improcedentes em razão da inexistência de fato gerador em razão da imunidade tributária que recai sobre os bens objeto da autuação, bem como em razão da imprecisão das informações apresentadas pelo Autuante no que pertine a quais bens deveriam ser tributados.

As infrações em comento dizem respeito à falta de pagamento da diferença de alíquotas de ICMS relativamente a bens do ativo permanente, bem como de bens destinados ao consumo.

O fundamento da tese recursal está na imunidade que supostamente alcançaria insumos e

maquinários adquiridos para edição do jornal *A Tarde*, tudo com fundamento no art. 150, VI, “d”, da CF/88, cujo texto diz:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

A matéria trazida aos autos tem sido objeto de decisões de STF, e uma das decisões refletem a linha de interpretação dada pela Suprema Corte, expressa no RE 202149/RS. Na dita Decisão restou dito na ementa que:

Ementa

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – “LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO” – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CARTA DA REPÚBLICA – INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva.

Também nessa mesma linha, especificamente em relação aos insumos, o STF editou a Súmula 657, na qual está prescrito que “*A imunidade prevista no art. 150, VI, D, da CF abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos.*”

É fato que a defesa fez vir aos autos, até com certa fartura, a jurisprudência que lhe favorece, encontrando como contra ponto a afirmativa do julgador de piso de que no âmbito administrativo, não seria razoável discutir tal questão em razão da inexistência de disposição expressa em tal sentido, expresso que o órgão julgador deve limitar-se à aplicação do direito posto.

Independentemente da jurisprudência posta e que favorece a tese recursal, se deve lembrar das aulas dos primeiros semestres do curso de direito em que lá se dizia e por certo ainda se diz, que as fontes de direito não se limitam apenas às normas expressas sob forma de texto legal, sendo relevantes, cruciais, e imprescindíveis as demais fontes de direito para disciplinar a realidade social de um Estado pelo meio da justiça, merecendo destaque o fato de que de nada serve o texto legal quando desassociado das circunstâncias de fato e até mesmo da intenção do legislador.

Deixando de lado o veio circunstancial da aplicação da norma, volto a atenção para as fontes do direito, que são várias, e dentre elas destaco a jurisprudência, eis que sendo o conjunto de decisões que convergem na mesma interpretação de determinado dispositivo legal pelos tribunais de determinada jurisdição, norteiam e orientam a aplicação da norma frente a um caso em concreto de ocorrência reiterada. Nessa linha, a jurisprudência emanada do STF, por via de consequência, orienta a interpretação a ser seguida quando se discute matéria de ordem constitucional ou mesmo a mera inteligência do texto da Constituição Federal, como no caso dos autos, merecendo relevo que as decisões emanadas da Suprema Corte contempla fatos circunstanciados e a própria exegese mais profunda da norma.

Dito isso, para o caso dos autos, fechar os olhos à interpretação dada pelo STF sobre o tema que envolve a imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos, entendido que é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos sob o argumento de que inexiste disposição na legislação estadual em tal sentido e que o órgão julgador deve limitar-se à aplicação do direito posto, não me parece a posição mais acertada, pois, despreza a melhor interpretação do texto normativo e impõe ao Estado, mais ou menos tempo, sucumbência da esfera judicial, certo que em juízo, a interpretação dada pelo STF servirá de paradigma incontestável.

Isto posto, contrariando o n. procurador da PGE/PROFIS que asseverou que a interpretação da imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, deve ser restritiva, me alinho, *data venia*, às decisões do STF expressa no RE 202149/RS e na Súmula STF nº 657 que alargam a interpretação do referido

dispositivo constitucional, reconhecendo que “*A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva.*”

Isto posto, em relação à infração 5, entendo que são procedentes as razões recursais embasadas nas decisões reiteradas do STF.

Para a infração 6, também merece acolhida a tese recursal. Nesta infração, em que pese servirem os argumentos acima expostos, vejo que a questão fulcral está na falta de clareza dos elementos que fundamentam a acusação fiscal, qual seja a falta de determinação dos bens que lhe dariam azo.

Nesse sentido, a própria junta reconheceu que “...os demonstrativos não indicam como deviam, quais os bens adquiridos...” e “...O fiscal não listou os bens objeto da autuação, conforme foi solicitado na diligência...”, tudo a consubstanciar a nulidade da infrações 6 em razão de expressa violação ao direito de defesa do ora Recorrente, pois se revela nítido o descompasso e a imprecisão nas informações prestadas pelo Autuante.

Isto posto, em razão da falta de elementos que proporcionem as garantias de direitos constitucionalmente garantidos ao Contribuinte, julgo NULA a infração 6.

Concluindo, em relação ao Recurso Voluntário, voto no DAR PROVIMENTO ao apelo, julgando IMPROCEDENTE a infração 5 e NULA a infração 6.

Quanto ao Recurso de Ofício, à exceção da infração julgada nula, o que faz com que a análise da referida infração fique PREJUDICADA, vejo que nenhum reparo merece a decisão de piso.

Para a infração 2, acertadamente, os julgadores de piso entenderam por reduzir a multa por descumprimento de obrigação acessória sob o fundamento de que a conduta do Sujeito Passivo tenha implicado em falta de pagamento de imposto, bem assim, não restou comprovado que a tenha a Autuada procedido de maneira dolosa, fraudulenta ou mesmo simulada. Correta a decisão da Junta de Julgamento Fiscal que reduziu a multa de R\$471.415,64 para R\$47.141,56.

Para a infração 4, restou de clareza solar que o Autuante não empregou a certeza necessária na acusação fiscal. Fato é que não foi indicando de forma precisa se o erro na base de cálculo teria sido por falta de inclusão de despesas aduaneiras ou por utilização incorreta da taxa cambial, além do fato de que nas planilhas de às fls. 138/142 não foram especificados quais bens teriam sido importados, fatos não esclarecidos pela diligência levada a efeito pelo próprio autuante.

Em assim sendo, acertada a Decisão da JJF que julgou nula a infração 4 pela mais completa falta de certeza e liquidez.

Para a infração 7, mais uma vez o Autuante foi dúvida na acusação que formulou. Neste caso, não está claro em que consistiu efetivamente a conduta do Sujeito Passivo, haja vista que consta na acusação fiscal e na descrição dos fatos, que houve “*inutilização de documentos*” e “*cancelamento indevido/inutilização indevida*”, respectivamente.

Vê-se claramente que se trata de dois fatos típicos distintos, ou seja, duas acusações distintas, inseridas em uma única acusação fiscal, o que não se admite, nem por hipótese, eis que se assim for, restará cerceado o direito ao contraditório e à ampla defesa por parte do contribuinte, que terá que decidir sobre qual acusação se defenderá.

Me alinho à decisão de piso que julgou nula a infração 7, inclusive com os esclarecimentos feitos derredor da natureza jurídica do cancelamento e de inutilização de documentos.

Isto posto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Quadro demonstrativo do resultado do julgamento e liquidez.

Junta de Julgamento Fiscal				Câmara de Julgamento Fiscal	
Infração	VL. Lançado	Julgamento	Valor em R\$	Julgamento	Valor em R\$
1	1.232.844,83	Proc Parcial	158.073,18	Nulo Ofício	-
2	471.415,64	Procedente	47.141,56	Não Provido	47.141,56
3	137.531,85	Procedente	137.531,85	Procedente	137.531,85

4	4.599,15	Nulo	-	Não Provido	-
5	15.568,63	Procedente	15.568,63	Provido	-
6	5.945,15	Procedente	5.945,15	Provido	-
7	4.600,00	Nulo	-	Não Provido	-
8	140,00	Procedente	140,00	Procedente	140,00
9	140,00	Procedente	140,00	Procedente	140,00
TOTAL	1.872.785,25		364.540,37		184.953,41

VOTO DISCORDANTE (Infração 5)

Quero pedir vénia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente daquele esposado em seu voto, especificamente no que se refere à infração 5, em relação à qual o voto do ilustre conselheiro entendeu que a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “d” da CF/88 abarcaria as operações com maquinário destinado à impressão dos jornais.

Reproduzo, adiante, o texto do dispositivo constitucional em comento.

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...
VI - instituir impostos sobre:

...
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
...”

Como se pode constatar, a partir da leitura do seu texto, a norma constitucional prevista no art. 150, inciso VI, alínea “d” da CF/88 encerra uma regra de exceção dentro do sistema constitucional de atribuição de competência, impondo uma restrição à atuação dos entes estatais e vedando a instituição de impostos sobre a matéria que especifica.

De fato, traduz-se em regra de exceção na medida em que especifica uma determinada matéria, em meio às demais que permanecem sujeitas ao poder de tributação dos entes federativos. A regra geral reside, assim, no poder conferido para a instituição de tributos em relação às demais matérias, ou seja, tudo o mais.

Ora, como ocorre com toda norma de exceção, a interpretação do dispositivo citado deve ser guiada por uma hermenêutica restritiva que contribua para configurar-lhe os contornos, e não para ampliar-lhe as fronteiras, atitude que poderia representar uma extensão sem critério da regra imunizante.

A jurisprudência do STF é remansosa e reiterativa nesse sentido, condenando qualquer tentativa de ampliar a imunidade objetivamente prevista na norma, conforme decidiu, de forma unânime, a Primeira Turma, em acórdão assim ementado.

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 150, VI, D, DA CF. ABRANGÊNCIA. IPMF. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal deve ser interpretada restritivamente (grifos acrescidos) e que seu alcance, tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, estende-se, exclusivamente, a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel, abrangendo, por consequência, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. II – A imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Lei Maior não abrange as operações financeiras realizadas pela agravante. III – Agravo regimental improvido (RE 504615 AgR/SP).”

Esse mesmo órgão fracionário teve oportunidade de se manifestar em decisão não unânime, em outro processo, reafirmando o caráter restritivo da regra em comento, conforme abaixo.

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, D, DA CF. SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO, TRANSPORTE OU ENTREGA DE LIVROS, JORNais, PERIÓDICOS E DO PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO. ABRANGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal não abrange os serviços prestados por empresas que fazem a distribuição, o transporte ou a entrega de livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão. Precedentes. II - O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade em discussão deve ser interpretada restritivamente (grifos

acrescidos). III - Agravo regimental improvido (RE 530121 AgR/PR)."

Essa hermenêutica restritiva não quer significar que o operador do direito não possa fazer a adequação da norma à evolução dos fatos, atualizando o seu conteúdo para dar conta de uma nova realidade criada pela alteração do padrão tecnológico em que se desenvolve determinada atividade.

Foi exatamente isso que fez a corte suprema, ao editar a Súmula 657, em outubro de 2003, cujo sentido não foi outro senão dar aplicabilidade prática à regra imunizante insculpida no art. 150, inciso VI, alínea "d", explanando um entendimento que se traduziu assim.

"SÚMULA 657: A IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, "D", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ABRANGE OS FILMES E PAPÉIS FOTOGRÁFICOS NECESSÁRIOS À PUBLICAÇÃO DE JORNAIS E PERIÓDICOS."

Ora, o STF apenas equiparou os filmes e papéis fotográficos aos "papéis destinados à impressão dos jornais e periódicos", numa compreensão que não alarga o sentido da norma, mas apenas traduz o seu significado, num contexto tecnológico em que a mídia impressa não mais faz uso de tipografia para confeccionar a arte final de suas publicações. Note-se, contudo, que tal leitura da norma não admite extensões abusivas e indevidas.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal tem sido explícita, reiterando entendimento nessa direção, conforme decisão unânime assentada.

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. CREDITAMENTO. INSUMOS UTILIZADOS NA CONFECÇÃO DE JORNAIS, LIVROS E PERIÓDICOS. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Em se tratando de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos, a imunidade tributária abrange, exclusivamente, materiais assimiláveis ao papel (grifos acrescidos). 2. Impossibilidade do reexame de provas: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal (RE 372645 AgR/SP)."

Conforme se pode ler na ementa acima reproduzida, somente os insumos assimiláveis ao papel podem ser enquadrados na norma imunizante.

Assim também decidiu a Segunda Turma, à unanimidade, conforme segue.

"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE. IMPOSTOS. LIVROS, JORNAIS E PERIÓDICOS. ART. 150, VI, "D", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INSUMOS. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a garantia constitucional da imunidade tributária inserta no art. 150, VI, "d", da Constituição do Brasil, estende-se, exclusivamente --- tratando-se de insumos destinados à impressão de livros, jornais e periódicos --- a materiais que se mostrem assimiláveis ao papel (grifos acrescidos), abrangendo, em consequência, para esse efeito, os filmes e papéis fotográficos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 495385 AgR/SP)."

Entendo, por isso, que não se pode ampliar o alcance da imunidade citada para abranger o maquinário voltado para impressão dos jornais e periódicos, pois tal atitude representaria uma quebra dos contornos emoldurados pela regra, precisamente delimitados pelo legislador constitucional. Aceitar tal interpretação significa enredar-se numa expansão perigosa e sem critérios, pois não mais teríamos como negar a não incidência em relação a todos os demais objetos, ferramentas e utensílios imobilizados na atividade jornalística.

Tal hermenêutica redundaria numa ampliação do alcance da norma não desejado pelo legislador constitucional, afinal de contas se o legislador constituinte não escreveu "máquinas e demais insumos" é porque não o quis, não sendo razoável se conferir um sentido ao texto que tenha por pressuposto um erro na edição da norma.

Deve-se ressaltar que a decisão colacionada aos autos pela recorrente (RE 202149/RS) não representa uma tendência da jurisprudência da suprema corte, mas sim uma decisão isolada, exarada por apertada maioria (3x2), vencido o voto do relator, em acórdão publicado em 11/10/2011, assim assentado.

"CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – "LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO" – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "D", DA CARTA DA REPÚBLICA –

INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva (grifos acrescidos).

...
Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Redator para o acórdão, vencidos os Senhores Ministros Menezes Direito, Relator, e Ricardo Lewandowski.

..."

Ademais, embora tal decisão tenha sido publicada em outubro de 2011, não há, até o momento, notícias de que a Primeira Turma tenha tornado a decidir nesses termos, o que apenas corrobora a idéia de que não há uma tendência jurisprudencial nessa direção. Pelo contrário, os acórdãos RE 372645 AgR/SP, RE 504615 AgR/SP e RE 530121 Agr/PR só comprovam que o entendimento deste órgão fracionário se mantém fiel à moldura normativa traçada pelo legislador constituinte.

Nesse sentido, peço vênia ao nobre relator para acolher o entendimento de que o maquinário adquirido para uso na impressão dos jornais e periódicos não se enquadram na regra imunizante prevista no art. 150, VI, "d" por não se adequar aos conceitos objetivos das matérias ali descritas, ou seja, não são "livros, jornais, periódicos ou papéis destinados à sua impressão".

Ex-positis, em obediência ao que dispõe a CF/88 e ao princípio hermenêutico que impõe a interpretação restritiva das normas de exceção, entendo que a operação de aquisição de maquinário para impressão de jornais sofre a incidência do ICMS. Por conseguinte, resta translúcida a caracterização da infração 5, a qual tenho por procedente, não merecendo reparo a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279116.1205/11-8**, lavrado contra **EMPRESA EDITORA A TARDE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$137.531,85**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "b" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$47.421,56**, previstas nos incisos XI e XVIII, alíneas "b" e "c", do mesmo diploma legal supracitado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 5) - Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Paulo Danilo Reis Lopes, Daniel Ribeiro Silva, Alessandra Brandão Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE (Infração 5) - Conselheiro: Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO DISCORDANTE
(Infração 5)

MARIA HELENA MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS