

| | |
|------------|--|
| PROCESSO | - A.I. Nº 269610.0001/02-9 |
| RECORRENTE | - HOLÍSTICA INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA. (HOLÍSTICA INFORMÁTICA E CONSULTORIA LTDA.) |
| RECORRIDA | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECURSO | - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0017-01/03 |
| ORIGEM | - INFAS IRECÉ |
| INTERNET | - 22.04.03 |

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0148-11/03

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado o fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação efetuadas pelo autuado (provedor de acesso a internet), uma vez que a relação entre o provedor e o usuário da internet é negocial, visando a possibilitar a comunicação desejada, atendendo, dessa forma, ao disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 87/96. Foi excluído o imposto reclamado com data de vencimento até 09/08/2001, reduzindo o valor devido pelo autuado, tendo em vista o disposto no inciso III do art. 5º do Decreto nº 8.023/01. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Inexistência de fato ou fundamento capaz de modificar o julgado. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 01.11.2002, apura o seguinte fato: falta de recolhimento do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.

O autuado argui que o art. 21, inciso XI da CF, estabelece que compete exclusivamente à União definir o que são serviços de comunicação. O que não foi definido em lei federal como serviço de comunicação, no caso atividades de suporte ou acessórios a tais atividades, não podem ser objeto de imposição tributária pelos estados e que pelo que dispõe o art. 61, § 1º da Lei nº 9472/97 – LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES, os provedores de acesso à Internet prestam uns serviços paralelos, adicionais aos de telecomunicações.

Alega o autuado que o serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet consiste em conectar o usuário à rede mundial e depende da anterior prestação de um serviço de telecomunicação que será o sustentáculo de toda a comunicação e que na remota hipótese de se considerar o serviço prestado como fato gerador, devem ser excluídos do montante autuado os débitos fiscais de ICMS ocorridos até 09 de agosto de 2001, lançados ou não a teor do art. 5º, inciso III, do Decreto nº 8.023/2001.

Pede, por fim, que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente ou assim não sendo entendidos, que sejam excluídos os valores de ICMS referentes aos fatos ocorridos até agosto de 2001.

O autuante informa que o demonstrativo de débito constante à fl. 2 do PAF deve ser retificado para excluir as primeiras nove parcelas do demonstrativo, quais sejam , as que têm vencimento

de 09/04/2000 a 09/08/2001, conforme a exclusão prevista no art. 5º , inciso III, do Decreto nº 8.023/01.

Quanto à legalidade da autuação informa que é devido o imposto conforme determina o Decreto nº 8.023/01, e que o Convênio ICMS nº 78/01 permitiu uniformidade, entre todos os estados da federação, na imposição tributária, para estes tipos de serviços de comunicação.

Quanto à preliminar de inconstitucionalidade entende que a CF não estabelece que compete exclusivamente à União definir o que sejam serviços de comunicação.

O autuante conclui, concordando com o autuado de que o serviço em questão é serviço de telecomunicação, assim definido pela LGT, entretanto considera incorreta a afirmação de que este não é um serviço de comunicação, alegando que jamais foi tratado pela referida lei. Concorda o autuante que a União tem competência privativa para legislar sobre serviços de telecomunicação, para discordar de que a União tem essa mesma competência para legislar sobre serviço de comunicação ou até mesmo para excluir da incidência do ICMS qualquer operação ou prestação. Concorda com o contribuinte quando afirma que pela LGT o serviço de acesso à Internet é um serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação e discorda quando o autuado conclui que este serviço não é serviço de comunicação.

A 1ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e proleta o seguinte voto:

"A análise dos elementos trazidos impõe, antes de minha conclusão, a necessidade aclararmos a distinção entre a comunicação e os serviços de comunicação, estes serviços tem como característica central oferecer o meio, o equipamento capaz de fazer com que a comunicação se processe, ou seja que a informação ou a mensagem seja transmitida e recebida. Os serviços de comunicação a que se refere o inciso II do art 155 da nossa Carta Magna, diz respeito unicamente a disponibilização dos meios para que ocorra a transmissão e a recepção da mensagem ou da informação, além do que dispõe o art . 2º da LC nº 87/96.

Os serviços que o autuante reclama a tributação são serviços de comunicação prestados pelo Provedor em questão, uma vez que o autuado (provedor de acesso a Internet) se utiliza do meio físico que é o sistema de telefonia e o meio lógico que são os programas de computadores (software) para oferecer um novo meio de comunicação que permite a troca de mensagens e informações entre os usuários da Intenet. A relação entre o autuado, prestador de serviços (provedor), e o usuário é negocial visando a possibilitar a comunicação desejada, caracterizando o fato gerador de ICMS.

Sobre a incidência do ICMS sobre dos serviços prestados pelos Provedores de acesso a Intenet o Profº Marco Aurélio Greco nos traz a importante contribuição que segue:

"A primeira razão apóia-se na concepção de serviço em função do tipo de atividade exercida, ou seja, colocando a tônica no prestador do serviço. Desta ótica, serviço de comunicação está ligado ao fornecimento de um meio para que alguém transmita mensagens. Ora, o provedor de acesso fornece um meio diferente, um ambiente especial (=a segunda camada) que não se confunde com o ambiente que o serviço de telefonia proporciona (a primeira camada). Telefonia é meio físico apenas, Internet é o meio lógico superposto ao físico; um é de fluxo contínuo o outro é em pacotes; um se dá mediante conexão constante enquanto o outro pelo melhor caminho possível etc. Ou Seja, o serviço prestado pelo provedor é de viabilizar um ambiente específico para que haja a comunicação entre terceiros.

“ A segunda razão apóia-se na concepção de serviços com utilidade obtida, ou seja, colocando a tônica no usuário. Desta ótica, a utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que as pessoas se comuniquem, viabilizando um sistema de comunicação cujas utilidades estão na flexibilidade das conexões, facilidade de transmissão etc. Pode-se dizer que a utilidade obtida pelo usuário em relação à operadora de telefonia é obter um conexão com certo local, a utilidade obtida pelo provimento de acesso é a conexão com todo o mundo. Portanto, também da ótica do usuário, o provimento viabiliza utilidades novas.” (Marco Aurélio Greco, *Internet e direito*: São Paulo: Dialética, 2000. p. 131-132)

A Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996, estabelece, em seu art. 2º que o ICMS incide sobre “prestações de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e ampliação de comunicação de qualquer natureza”, alcançando, dessa forma, os serviços prestados pelos provedores ligados à Internet.

A Lei nº 9.472/97 das telecomunicações, apresentadas pelo autuado, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, tratando-se, portanto, de uma norma infraconstitucional restrita às telecomunicações, não podendo afastar a incidência da tributação do ICMS, pois não é o instrumento legal para tanto. O ICMS incide sobre a prestação dos serviços de comunicação, sendo, portanto, de abrangência maior do que os serviços de telecomunicação, que também sofrem a incidência do ICMS.

Diante do exposto diferentemente do autuado que entende, com base no art. 61 da Lei nº 9472/97, ser os serviços prestados pelo Provedor de acesso a Internet um serviço de valor adicionado, entendemos, pelo já exposto, que a natureza da prestação destes serviços é de comunicação.

É importante lembrar que em recente Decisão, a Primeira Turma do Suprerior Tribunal de Justiça (Acórdão RESP 323358 / PR ; RECURSO ESPECIAL 2001/0056816-9) entendeu que os provedores de acesso a Internet devem recolher o ICMS, sob o argumento de que ao oferecer endereço na Internet para seus usuários ou, até mesmo, disponibilizar sites para o acesso, prestam serviço de comunicação.

Quanto à exclusão do imposto devido com data de vencimento até 09.08.2001, procede à argüição do autuado, tendo em vista o disposto no Inciso III do Art. 5º Dec. 8.023/01, ficando o novo demonstrativo de débito conforme segue:

| Data Ocorr | Data Venc | Base Cálculo | Ali% | Multa% | Valor Histórico | Valor Real |
|--------------|------------|-----------------|------|--------|-----------------|-----------------|
| 31/08/2001 | 09/09/2001 | 2.751,00 | 5% | 60 | 137,55 | 137,55 |
| 30/09/2001 | 09.10.2001 | 4.291,00 | 5% | 60 | 214,55 | 214,55 |
| 30.10.2001 | 09.11.2001 | 4.666,00 | 5% | 60 | 233,30 | 233,30 |
| 30.11.2001 | 09.12.2001 | 3.205,00 | 5% | 60 | 160,25 | 160,25 |
| 31.12.2001 | 09.01.2002 | 3.864,00 | 5% | 60 | 193,20 | 193,20 |
| 31.01.2002 | 09.02.2002 | 5.384,00 | 5% | 60 | 269,20 | 269,20 |
| 28.02.2002 | 09.03.2002 | 4.416,00 | 5% | 60 | 220,80 | 220,80 |
| 31.03.2002 | 09.04.2002 | 3.623,60 | 5% | 60 | 181,18 | 181,18 |
| 30.04.2002 | 09.05.2002 | 3.306,20 | 5% | 60 | 165,31 | 165,31 |
| 31.05.2002 | 09.06.2002 | 5.274,00 | 5% | 60 | 263,70 | 263,70 |
| 30.06.2002 | 09.07.2002 | 3.856,00 | 5% | 60 | 192,80 | 192,80 |
| 31.07.2002 | 09.08.2002 | 4.594,00 | 5% | 60 | 229,70 | 229,70 |
| 31.08.2002 | 09.09.2002 | 8.354,00 | 5% | 60 | 417,70 | 417,70 |
| 30.09.2002 | 09.10.2002 | 4.051,00 | 5% | 60 | 202,55 | 202,55 |
| TOTAL | | 61.635,8 | | | 3.081,79 | 3.081,79 |

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração sob julgamento.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0017/01-03.

Comenta o julgamento recorrido e analisa em primeiro plano as falhas e nulidades existentes na exigência fiscal impugnada.

Transcreve o artigo 1º, III, do RICMS que embasa a exigência do autuante, o qual, considera o serviço de acesso à Internet como serviço de comunicação, sujeitando-se à incidência do ICMS.

Cita o artigo 21, inciso XI da Constituição Federal para afirmar que compete exclusivamente à União definir o que sejam serviços de telecomunicação via lei federal, sobre os quais podem os Estados fazer incidir o ICMS. O que não restar definido em lei como sendo serviços de telecomunicações, não podem os Estados tributar por falta de competência impositiva sobre estes serviços.

Transcreve ensinamento do mestre Ives Gandra Martins sobre a questão, onde conclui que os provedores de acesso à Internet não exercem atividade de telecomunicação.

Apresenta o artigo 61, § 1º da Lei nº 9472/97 que define os provedores como prestadores de um serviço paralelo, adicional ao serviço de telecomunicações, não sendo definido como tal serviço, e sim como meros usuários das linhas telefônicas.

Estranha a atitude do Fisco Estadual em contrariar dispositivo de lei federal, o qual declara expressamente que os provedores de acesso não prestam serviços de telecomunicações, e caso este entendimento prevaleça dar-se-á azo a ilegalidades sem precedentes.

Afirma que estaríamos assim diante da mais potente e caracterizada inconstitucionalidade.

Transcreve os artigos 60, § 1º e 2º, e 61, § 1º e 2º, da Lei nº 9472 de 16/06/97, denominada Lei Geral de Telecomunicações - LGT, que define expressamente os serviços de telecomunicações e exclui os serviços prestados pelos provedores.

A título de ilustração colaciona artigo sobre o assunto dos ilustres Cláudio de Abreu e Marcos Vinícius Passorelli, que ratificam a tese apresentada neste Recurso Voluntário.

Portanto, apesar do pretenso enquadramento dado pelo Fisco Estadual, não se pode perpetrar a tributação de provedores através do ICMS, por absoluta e evidente falta de configuração da regra matriz de incidência tributária, já que não se pode definir o serviço de acesso à internet como sendo de comunicação.

Requer o Provimento do Recurso Voluntário e que seja julgado Improcedente o Auto de Infração ora atacado.

A PROFAZ analisa a petição recursal, fundamenta estar correto o procedimento fiscal, pois não restam dúvidas da incidência do ICMS sobre os serviços de provedores de acesso a internet, opinando pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer da PROFAZ e os fundamentos da Decisão recorrida.

O recorrente apresenta basicamente os mesmos argumentos anteriormente trazidos na defesa inicial, os quais, já foram apreciados e constam do relatório.

Preliminarmente, não tem competência o CONSEF para analisar à argüição de inconstitucionalidade constante deste Recurso Voluntário.

Quanto à afirmação que os serviços prestados pelos provedores de acesso à internet, não são alcançados pela tributação do ICMS, a Lei Complementar nº 87 de 13/09/1996, em seu artigo 2º, preceitua que estes serviços são alcançados pela tributação.

Além do mais, para fragilizar o entendimento do autuado e sacramentar o do Fisco Estadual, existe Decisão recente da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (Acórdão RESP 323358/PR; RECURSO ESPECIAL 2001/0056816-9) entendendo que os provedores de acesso à Internet devem recolher o ICMS, pois prestam serviços de comunicação.

Por não vislumbrar na petição recursal, fato ou fundamento capaz de modificar a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269610.0001/02-9, lavrado contra HOLÍSTICA INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA. (HOLÍSTICA INFORMÁTICA E CONSULTORIA LTDA.), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$3.081,79, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ- REPR. DA PROFAZ