

AI Nº -269610.0001/02-9
AUTUADO -HOLÍSTICA INFORMÁTICA E COMÉRCIO LTDA. (HOLÍSTICA
INFORMÁTICA E CONSULTORIA LTDA.)
AUTUANTE -GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM -INFAZ IRECÊ
INTERNET -07.02.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017/01-03

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 Dec. 8.023/01. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. 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 é 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 9472/97 – LEI GERAL DAS TELECOMUNICAÇÕES, os provedores de acesso à Internet prestam uns serviços paralelos, adicionais ao 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 Dec. Nº 8.023/2001.

Pede, por fim, que o auto de infração seja julgado totalmente improcedente ou assim não sendo entendido, que seja excluído os valores de ICMS referentes aos fatos ocorridos até agosto de 2001.

O autuante informa que o demonstrativo de débito constante às fls. 02 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 Dec. 8.023/01.

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

Quanto a preliminar de constitucionalidade 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 uma serviço de valor adicionado ao serviço de telecomunicação e discorda quando o autuado conclui que este serviço não é serviço de comunicação.

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 87/96.

Os serviços que o autuante reclama a tributação são serviços de comunicação prestados pelos Provedor em questão, uma vez que a autuada (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 a autuada, 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 uma 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 a ampliação de comunicação de qualquer natureza”, alcançando, dessa forma, os serviços prestados pelos provedores ligados à Internet.

A lei 9.472/97 das telecomunicações, apresentadas pela autuada, 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 exporto diferentemente da autuada que entende, com base no Ar. 61 da Lei 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 Superior 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.

RESOLUÇÃO:

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.081,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 inc. II alínea “a” da Lei 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2003.

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO-PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO-RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA