

AI Nº - 300449.0178/03-0
AUTUADO -NUTNEX LTDA.
AUTUANTE -ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM -INFAZ ITABUNA
INTERNET 12.06.03

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 208/01-03

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PROVEDOR DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado o fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação efetuadas pelo autuado (provedor de acesso à internet). Excluído o imposto reclamado com data de vencimento até 08/08/2001, reduzindo o valor devido pelo autuado, tendo em vista as determinações constantes na Alteração nº 26 do RICMS/97 (Dec. 8.023/01). Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/03, cobra ICMS no valor de R\$4.607,15 acrescido da multa e 60%, pela falta de seu recolhimento em decorrência da prestação de serviço não compreendida na competência tributária do Município.

O autuado relatou que, em setembro de 2001, a Secretaria da Fazenda, através do auditor fiscal Alicio Borges dos Santos, solicitou que a empresa se inscrevesse no cadastro do ICMS, com base no Convênio ICMS 78/01. Disposto a realizar o pedido, providenciou sua inscrição cadastral em 24/10/01. Porém foi surpreendido pelo seu indeferimento, conforme parecer da fiscal Rosineide Souza, que alegou que a atividade da empresa não se enquadrava como contribuinte do ICMS.

Inconformado, ratificou seu pedido que só veio a ser atendido em 21/02/02, e assim mesmo, com inscrição “especial” e “não como contribuinte do ICMS”, pois a própria Repartição Fiscal desconhecia a obrigatoriedade das empresas que exercem a atividade de provedor de internet de ter inscrição estadual. Ressaltou que teve de entregar àquela Repartição cópia do Convênio 78/01 para servir de orientação aos funcionários. Sua inscrição definitiva somente foi concedida em 04/12/02.

Por estes fatos, não ficou impedido de aderir ao citado Convênio, que concede uma carga tributária de 5% sobre seu faturamento. Assim, manteve o recolhimento do ISS, o que demonstrava a sua intenção de não lesar o Estado, haja vista que é do conhecimento de todos que não se paga ISS e ICMS sobre uma mesma atividade ou mercadoria. Requereu a improcedência da autuação.

O autuante ratificou o procedimento fiscal, por entender que apesar das questões levantadas pela defesa, o imposto poderia ter sido recolhido através de simples DAE. Por outro lado, ressaltou que analisando todos os três pedidos de inscrição estadual do contribuinte, no primeiro existe uma incompatibilidade pois o mesmo não poderia se inscrever no regime do SIMBAHIA. Quando indeferido o pedido, no segundo requerimento, o impugnante cometeu o mesmo erro, que somente

foi sanado quando do seu terceiro pedido.

VOTO

O imposto neste Auto de Infração reclamado, decorre dos serviços onerosos de comunicação prestados por empresa de acesso a Internet (provedor).

Nos autos não existe discordância quanto a incidência do ICMS sobre tais serviços. O impugnante questionou, entendendo injusta, a presente cobrança pelo fato da Secretaria da Fazenda ter demorado de lhe fornecer sua inscrição estadual.

Inicialmente observo que por algum tempo havia discussão se os serviços prestados pelo autuado poderiam ou não ser considerados serviço de comunicação como determina a legislação tributária, uma vez que atividade nascida recentemente. Por esta razão a empresa não era inscrita neste Estado e não recolhia o ICMS. Esta discussão foi pacificada pelos Estados Federados através do Convênio ICMS 78/01. Pela Cláusula Terceira do referido Convênio ficou acordado que os Estados e Distrito Federal não exigiriam, total ou parcialmente, os débitos do imposto, lançados ou não, inclusive juros e multas, cujos fatos geradores do ICMS tivessem ocorrido até o início de sua vigência, que se deu em 09/08/01, não autorizando a restituição ou compensação de importâncias já pagas. Também reduzia, por opção do contribuinte, a base de cálculo do imposto de forma que a carga tributária fosse equivalente a 5% do valor da prestação, sem qualquer direito a crédito fiscal.

Através da Alteração nº 26 (Decreto nº 8023 de 24/08/01, publicado no DOE de 25 e 26/08/01), o Estado da Bahia absorveu a não exigência do imposto até 09/08/01 (art. 5º, III e Parágrafo único do referido decreto) e alterou o seu Regulamento (RICMS/97 – Dec nº 6.284/97), acrescentando o inciso VI ao art. 86, que textualmente expressa:

Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

VI - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade acesso à internet de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento), do valor da prestação de 09/08/2001 até 31/12/2002, sendo que (Conv. ICMS 78/01):

- a) a redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de compensação do imposto (débito/crédito);*
- b) a opção pelo benefício previsto no caput do inciso VI, implica na renúncia a utilização de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.*

Desta maneira, o autuado estava obrigado a recolher o ICMS a partir de 09/08/01 e, opcionalmente, reduzir a carga tributária sobre suas prestações de serviço de comunicação, sem direito a crédito fiscal até 31/12/02.

Em 02/10/01 o contribuinte requereu seu pedido de inscrição, solicitando seu enquadramento no SIMBAHIA. Este pedido foi indeferido, não restando claro nos autos o motivo deste indeferimento. Em 21/01/02 solicitou nova inscrição e mais uma vez com enquadramento no SIMBAHIA. Em 11/04/02 foi deferida sua inscrição estadual na condição de “especial” - 57203652. Em 04/12/02 o autuado entrou com pedido da alteração de sua condição para “normal”. Todo este tempo, o sujeito passivo continuou a pagar o ISS, não recolhendo qualquer quantia a título do ICMS sobre suas prestações de serviço de comunicação. Por oportuno, observo que não existe pertinência a alegação de defesa de

que não se paga ISS e ICMS sobre uma mesma atividade ou mercadoria, vez que, no caso presente, o ISS foi pago por opção própria do sujeito passivo e não por determinação legal. Sua obrigação é de pagar o ICMS, pois a hipótese de incidência é deste imposto e não do outro.

Ao lado destas constatações, observo que independentemente da inscrição cadastral ou não, o autuado deveria recolher o imposto, pois o que caracteriza a figura do contribuinte do ICMS é a pessoa física ou jurídica que realiza, com habitualidade, entre outra, operações de circulação de mercadoria ou prestação de serviço no âmbito do seu campo de incidência (art. 36 do RICMS/97). Portanto, o autuado deste 09/08/01 estava obrigado a recolher o ICMS sobre suas operações comerciais.

Entretanto, o autuante cobrou o imposto referente ao mês de agosto de 2001 sobre todas as prestações de serviço realizadas pelo autuado. Como ficou acordado entre os Estados da Federação que o imposto somente seria cobrado a partir de 09/08/01, e este acordo foi absorvido pela legislação estadual baiana, sobre as prestações de serviço realizadas até 08/08/01 não pode incidir a cobrança do ICMS e devem elas ser excluídas do levantamento fiscal, passando o valor do débito referente a este mês para R\$285,36, conforme a seguir calculado.

. PRESTAÇÕES SERVIÇOS MÊS DE AGOSTO 2001 (conforme livro Registro de Prestação Serviço – fl. 17)	- R\$2.231,30
. VALOR PRESTAÇÕES REALIZADAS ATÉ 06/08/01	- R\$ 552,70
. BASE DE CÁLCULO	- R\$1.678,60
. ALÍQUOTA	- 17%
. IMPOSTO DEVIDO	- R\$ 285,36

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$285,36

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 300449.0178/03-0, lavrado contra NUXNET LTDA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$285,36, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II alínea “a” da Lei 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de junho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MEREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR