

A. I. Nº - 279266.0301/14-5
AUTUADO - NOGUEIRA & DANTAS LTDA.
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/08/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0151-03/17

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente. 2. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração subsistente, conforme levantamento fiscal efetuado com base na previsão legal da tributação dos serviços de comunicação objeto da ação fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, refere-se à exigência de R\$572.678,13 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 05.03.02: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de agosto e setembro de 2012; julho agosto e setembro de 2013. Valor do débito: R\$30.442,57. Multa de 100%.

Infração 02 – 03.09.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$542.235,56. Multa de 60%.

Consta, na descrição dos fatos, que o autuado presta serviço de telefonia fixa e de internet banda larga, na região metropolitana de Salvador, mediante contrato com seus clientes e o faturamento mensal com base no consumo dos serviços prestados. Aplicou indevidamente redução de base de cálculo resultando recolhimento a menos do ICMS.

O autuado apresentou impugnação às fls. 222 a 226, salientando que é nulo de pleno direito o auto de infração que contiver incorreções onde não seja possível determinar o montante do débito tributário. Diz que esta é a norma esculpida no § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

Alega que os demonstrativos elaborados pelo preposto fiscal contêm incorreções que impossibilitam determinar o montante do débito tributário. Diz que a busca pela verdade material é princípio que deve ser buscado pela Administração Tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais. A administração Tributária deve fiscalizar em busca da verdade; deve apurar e lançar com base na verdade; deve julgar com base na verdade.

Ressalta que a busca da verdade material, além de ser direito do contribuinte, é dever do Estado. Deve ser buscada independente da iniciativa do contribuinte e se a iniciativa não partir deste ou da Administração Tributária, deve partir do julgador. Diz que a obrigação tributária é compulsória e decorre de lei. O litígio decorrente da subjunção do fato à norma jurídica tributária

impõe a correta aplicação do princípio constitucional da legalidade em matéria tributária, antes da mera descoberta da realidade dos fatos.

Frisa que a Constituição Federal estabelece limites ao poder de tributar; o Código Tributário Nacional (CTN) estabelece limites ao Estado-arrecadador e os princípios do processo amparam a devida proteção ao contribuinte em face do Estado. Afirma que o princípio da indisponibilidade dos bens públicos impõe que a verossimilhança não seja suficiente para que a lide tributária tenha desfecho definitivo. É preciso a maior certeza possível para que o processo tributário seja decidido.

Entende que o uso de presunções deve ser visto com reservas, quando se trate de estabelecer o antecedente da norma tributária, em especial o núcleo da norma, representada no critério material da hipótese e sua correspondente base de cálculo. Tal reserva é balizada pela limitação legal contida no art. 110 do CTN, em observação ao art. 109 do mesmo diploma legal, que transcreveu.

Salienta que em sendo uma presunção, ainda que seja uma presunção legal relativa, ela não é suficiente para a descoberta da verdade material, pois esta, em seu conteúdo absoluto, não é atingível pela Administração Tributária. A verdade não está sujeita de ser descoberta. Ela é ou não é. Ao se utilizar da presunção legal relativa, a Administração Tributária busca na inversão do ônus probante a verdade material, esquecendo-se do seu dever como Estado. Diz que em nosso sistema processual civil o ônus da prova compete ao autor da demanda que deve provar o fato constitutivo de seu direito, e ao demandado cabe provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado pelo autor.

Afirma que a maior de todas as presunções legais é a presunção constitucional de inocência, em que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, da CF). Alega que o lançamento tributário faltou com a verdade ao estabelecer que o autuado prestou serviço de telecomunicação. Informa que é empresa credenciada pela Anatel para prestação de serviço de telefonia fixa comutada, conforme Termos de Autorizações nºs 626/2011, 627/2011 e 628/2011, de 10/02/2011, publicados no DOU em 29/03/2011 (doc. 01 em anexo). Sendo os termos publicados em 29/03/2011, até aquela data a empresa não poderia prestar serviço de telecomunicação.

Também informa que, por falta de infraestrutura técnica, a empresa não estava apta a operar no sistema de telefonia fixa. Diz que esta situação persiste até os dias atuais e que pode e poderia ter sido comprovado pelo preposto fiscal quando de sua visita ao estabelecimento autuado, e que, por diversas vezes, tais argumentos foram utilizados durante os procedimentos fiscais realizados. Para auferir receitas, o autuado esclarece que passou a prestar serviço de comunicação multimídia, na modalidade de provedor de acesso à internet. Todas as suas receitas auferidas até hoje são provenientes dessa modalidade de serviço de comunicação. Isto porque a autorização da Anatel remonta a 2009.

Assegura que não presta serviço de telefonia fixa comutada, salientando que em diligência determinada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, no PAF nº 279266.0601/13-0, o auditor fiscal Antonio Barros Moreira Filho elaborou o Parecer Astec/Consef nº 018/2014 onde concluiu: “a conclusão foi que os serviços prestados pelo contribuinte são de Comunicação Multimídia” (doc. 02 em anexo).

Quanto à infração 01, o defendente alega que em relação aos meses de agosto e setembro de 2012, o auditor fiscal deixou de considerar Denúncia Espontânea com parcelamentos de números 609713-8 e 721213-5, onde o contribuinte denuncia a omissão de receitas nos valores de R\$63.856,99 (sessenta e três mil oitocentos e cinquenta e seis reais e noventa e nove centavos) para o mês de agosto/2012 e de R\$68.514,24 (sessenta e oito mil quinhentos e quatorze reais e vinte e quatro centavos) para o mês de setembro/2012, que não foram considerados pelo auditor fiscal. Dessa forma, alega que são indevidos os lançamentos fiscais para os meses de agosto e setembro de 2012, relativos à infração 01.

Para os meses de julho, agosto e setembro de 2013, alega que deve ser considerada a redução de base de cálculo prevista no art. 267, IV do RICMS-BA, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, conforme resultado do Parecer Astec/Consef nº 018/2014. Sendo assim, os valores corrigidos estão indicados no quadro que elaborou à fl. 224, apurando o débito total de R\$3.454,19.

Em relação à infração 02, afirma que o autuante anexou aos autos dois documentos constantes nos anexos 3 e 4. O do Anexo 3 expressa informações contidas no site da empresa. A indicação de prestação de serviço de telefonia fixa é chamariz para a prestação de serviço de acesso à internet. Serve para ampliar as chances de localização da empresa nos diversos sites de busca disponíveis na internet. Esclarece que a empresa possui licença para operar nesse tipo de serviço, porém, não o faz por falta de condições técnicas (equipamentos, rede de cabos etc).

Sobre o Anexo 4, afirma que o auditor trouxe a maior prova das alegações do defendente, pois a empresa não tem condições de atender ao pedido do cliente para portabilidade de linha telefônica, pois a empresa não presta esse tipo de serviço de telecomunicação. A linha telefônica do cliente pertence a outra operadora, não podendo o autuado responder por ela. Quanto ao serviço de internet, o cliente migrou para a GVT e reclamou de cobrança indevida do autuado. Diz que os serviços são prestados e cobrados posteriormente e é possível que a cobrança dita “indevida” refira-se a medições pendentes do período contratado. Entende que os anexos 3 e 4 do auto de infração não fazem prova de que o autuado presta serviço de telefonia fixa comutada. Pelo contrário, o Parecer da Astec/Consef já comprovou que o impugnante presta, tão somente, serviço de comunicação multimídia (SCM) na modalidade de provimento de acesso à Internet na qualidade de provedor.

Quanto aos demonstrativos, alega que o autuante deixou de aplicar a redução de base de cálculo prevista no art. 86, VI do RICMS-BA, vigente até 31 de março de 2012, e no art. 267, IV do RICMS-BA, vigente a partir daquela data, conforme resultado do Parecer Astec/Consef nº 018/2014. Aplicando-se a redução de base de cálculo, não há diferença no recolhimento do ICMS. Em relação aos meses de abril, maio e junho de 2013, informa que foi realizado parcelamento dos valores, em razão da falta de recolhimento. Isto ocorreu em abril/2014, conforme processo nº 499214-8 de parcelamento. Elabora quadro demonstrativo indicando o ICMS devido e o imposto recolhido por meio de parcelamento de débito nos exercícios de 2012 e 2013.

Por fim, o defendente requer seja observado o disposto na parte final do § 1º do art. 18 do RPAF-BA, caso seja elaborado novo demonstrativo, no sentido de que seja reaberto o prazo de defesa de 30 dias. Requer ainda:

- a) seja decretada a nulidade do lançamento fiscal pelos fatos aduzidos em sede de preliminar;
- b) seja reconhecida a impossibilidade de apresentação oportuna de prova solicitada à Embratel, aplicando-se o disposto no art. 123, § 5º, I, do RPAF-BA.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 237 a 239 dos autos. Preliminarmente, ressalta que o presente auto de infração foi lavrado com base na legislação de regência, devidamente indicada em seu relato, contendo instrução suficiente para refutar os argumentos da defesa apresentada neste PAF e propiciar o seu julgamento.

Informa que os demonstrativos elaborados na auditoria fiscal e contábil, partes integrantes do Auto de Infração determinam com toda correção as irregularidades apuradas e os valores de ICMS a recolher. Entende que não há que se falar em nulidade da autuação fiscal, por haver seguido todos os trâmites legais e regimentais. Também informa que o autuado recebeu todos os demonstrativos detalhados do crédito tributário apurado com base no seus livros contábeis e nas Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações de 2012 e 2013, por ele entregues durante a auditoria fiscal e contábil realizada.

Sobre o Parecer Astec/Consef 018/2014, anexado à folha 229 deste PAF, que conclui que "*os serviços prestados pelo contribuinte são de Comunicação Multimídia, enquadráveis no artigo 3º*

da Resolução 27/2001 da Anatel.", argumenta que, no acesso à internet a partir da residência ou de uma pequena empresa estão envolvidos dois tipos de provedores de serviço: a) Provedor de acesso à Internet, que é provedor de Serviço de Valor Adicionado - SVA, que tem a função de conectar, por meio lógico, um computador à Internet, permitindo a navegação na *World Wide Web* e acesso a serviços como envio e recebimento de *e-mail*; b) provedor de serviço de telecomunicações, que fornece a conexão, por meios físicos, entre a residência ou empresa e o local onde estão localizados os servidores do provedor de acesso à Internet. Esta conexão pode ser discada, fornecida pelas operadoras de telefonia fixa, ou banda larga oferecida por operadoras de Serviço de Comunicação Multimídia - SCM.

Observa que os provedores de acesso à internet limitam-se a oferecer um Serviço de Valor Adicionado - SVA, que tem a função de conectar um computador à Internet, permitindo a navegação em *sites* e acesso a serviços como envio e recebimento de *e-mail*. Eles realizam a autenticação de um acesso e são intermediários entre o cliente e a operadora contratada. É o provedor que fornece o usuário (*e-mail*) e senha para possibilitar a navegação na internet, ficando à cargo da operadora de telefonia determinar a velocidade e toda a estrutura necessária para tal acesso (linha telefônica, modem, cabos, rede *wi-fi*). Diz que existem vários provedores de acesso como Globo.com, Terra, UOL, IG entre outros, e as operadoras também oferecem esse serviço junto com os planos de internet.

Já as operadoras SCM prestam um serviço de telecomunicações de interesse coletivo, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia (dados, voz e imagem), utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço. O SCM veio substituir as antigas licenças SLE, SRE e SRTT, respectivamente Serviço de Linha Especializada, Serviço de Rede Especializada e Serviço de Rede de Transporte de Dados concedidas pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

Esclarece que o autuado foi autorizado pela Anatel a explorar o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, tendo que seguir as condições previstas no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998. Para prestação de seus serviços de SCM, o contribuinte autuado utiliza infraestrutura de telecomunicações própria e alugada, diferentemente de um simples provedor de acesso à internet, que não precisa deter nenhum meio físico para prestar o seu serviço.

Afirma que o autuado tergiversa ao mencionar as denúncias espontâneas de nos. 609713-8 e 721213-5, que nada têm a ver com a autuação por saldo credor de caixa. Esta autuação se deu com base em auditoria no movimento diário da conta Caixa – 110101000011101, escriturado nos livros Razão nº 9 e nº 10 de sua contabilidade dos exercícios de 2012 e 2013. Entende que também não prospera o argumento defensivo de que faz jus à redução de base de cálculo com base no art. 267, IV do RICMS/BA, que só é aplicável a serviços de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso. Como atestado no Parecer ASTEC/Consef 18/2014, trazido pelo autuado à folha 229 deste PAF, e já esclarecido anteriormente, a empresa presta serviços de comunicação multimídia - SCM e não de provedor de acesso à internet com prestação de serviços de valor adicionado - SVA.

Salienta que, na condição de prestador de serviços de comunicação multimídia - SCM, o autuado tem que cumprir o que está estabelecido no inciso VII do art. 2º da Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS no Estado da Bahia.

Ressalta que presta serviço de comunicação quem fornece o "ambiente de comunicação". Que é exatamente isso que o autuado faz: presta serviço de comunicação multimídia - SCM, conforme atesta o citado Parecer da ASTEC. Diz que não resta dúvida de que os seus serviços não se enquadram no artigo 86 - VI do RICMS/BA, que estabelece redução de base de cálculo para prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso a internet, realizadas por provedor de acesso. Por não ser um simples provedor de acesso à internet

e sim um prestador de serviços de comunicação multimídia - SCM, não há que se falar em redução de base de cálculo nas prestações de serviços deste contribuinte autuado.

Frisa que o autuado, mais uma vez, alega prestar serviço de comunicação multimídia - SCM, que não faz jus à redução de base de cálculo prevista no art. 86 - IV do RICMS/Ba vigente até 31/03/2012 e art. 267-IV do RICMS/BA vigente a partir de 01/04/2012. Também afirma que não há como considerar a denúncia espontânea alegada pelo defendente como realizada em abril de 2014, após a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, datado de 01/04/2014, constante deste PAF à folha 5.

Conclui afirmando que a impugnação aparenta ter caráter meramente protelatório, pois não apresenta qualquer elemento concreto capaz de alterar a convicção do Fisco quanto ao acerto da autuação. Pelo contrário, a própria ausência de argumentos válidos vem corroborar a ação fiscal. Entende que este Auto de Infração deve ser mantido em sua íntegra.

À fl. 247 esta Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à ASTEC solicitando o preposto fiscal designado apurasse por meio dos documentos originais se no período fiscalizado o autuado prestou apenas serviço de comunicação na modalidade provimento de acesso à internet, e se também prestou serviço de comunicação na modalidade telefonia fixa. Se foram prestados os dois tipos de serviço de comunicação, apurasse a proporcionalidade.

Após o cumprimento da diligência, o presente processo fosse encaminhado à Infaz de origem para que o autuante tomasse conhecimento, e o sujeito passivo fosse comunicado quanto ao resultado da diligência fiscal, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia do parecer e respectivos demonstrativos, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, querendo.

Em atendimento, foi informado no Parecer ASTEC nº 0032/2017 (fls. 254 a 258), que ao desenvolver os trabalhos de diligência, o preposto da ASTEC constatou que os demonstrativos e documentos não se constituíram elementos suficientes para desenvolver os trabalhos, sendo efetuada visita técnica ao estabelecimento, o que foi feito.

Quanto ao pedido para que fosse apurado se no período fiscalizado o autuado prestou apenas serviços de comunicação na modalidade provimento de acesso à internet, e se prestou serviço de comunicação na modalidade de acesso à internet, e também prestou serviço de comunicação na modalidade telefonia fixa, informa que o autuado não tinha dado início a prestação do serviço de telefonia fixa à época dos fatos geradores da infração 2.

O preposto fiscal encarregado pela diligência ressalta que as Notas Fiscais de Serviço que o autuante acostou aos autos para fundamentar a autuação consta no campo “descrição” relativo ao serviço prestado objeto da autuação: “*Serviço de Comunicação (SCM)*”.

O diligente entende que se pode afirmar, à luz das cópias das Notas Fiscais de Serviços (fls. 45/211), que os serviços prestados foram de fato Comunicação Multimídia – Internet, sendo confrontados os referidos documentos com os originais, atendendo ao pedido de diligência.

Informa que os documentos probantes apresentados pelo defendente estão sendo acostados aos autos em mídia “CD” em especial os elementos que o defendente diz demonstrar que à época dos fatos geradores da infração 02, não tinha dado início ao serviço de telefonia fixa.

O preposto fiscal conclui que de acordo com os elementos constantes no presente processo, o serviço prestado pelo defendente é, de fato, serviço de comunicação multimídia – internet e não de telefonia fixa.

O defendente tomou conhecimento e se manifestou às fls. 267/168 quanto ao resultado da diligência fiscal, alegando que não incide ICMS sobre a prestação de serviço de acesso à internet, conforme decisão dos Tribunais Superiores. Citou exemplo e reproduziu os artigos 168 e 116-A do RPAF/BA, requerendo a ouvida da PGE acerca do resultado da diligência, em virtude da jurisprudência pacífica do STF e do STJ.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 274/275 dos autos. Comenta sobre o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e diz que “no acesso à internet a partir da residência ou de uma pequena empresa estão envolvidos dois tipos de provedores: Provedor de acesso à internet e Provedor de serviço de telecomunicação.

Diz que o autuado foi autorizado pela Anatel a explorar o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, tendo que seguir as condições previstas no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pelas Resoluções nº 272, de 09/08/2001 e nº 614, de 28/05/2013, e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25/11/1998, todas da Anatel.

Afirma que, para a prestação de seus serviços de SCM, o defendente utiliza infra-estrutura de telecomunicações própria e alugada, diferentemente de um simples provedor de acesso à internet, que não precisa deter qualquer meio físico para prestar o seu serviço.

Também afirma que não deve prosperar a alegação do autuado de que faz jus à redução da base de cálculo prevista no art. 267, IV do RICMS-BA, que só é aplicável a serviços de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso, ressaltando que, como atestado nos Pareceres ASTEC, mencionados, o autuado presta Serviços de Comunicação Multimídia e não de provedor de acesso à internet com prestação de serviços de valor adicionado – SVA.

Como prestador de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, o autuado tem que cumprir o que está determinado no inciso VII do art. 2º da Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia e art. 4º, inciso I, § 1º do RICMS-BA/97.

Conclui que inexistência de dúvida de que os serviços prestados pelo defendente não se enquadram no art. 86, VI do RICMS-BA, por não ser um simples provedor de acesso à internet e sim um prestador de serviço de comunicação multimídia – SCM, por isso, não há que se falar em redução da base de cálculo nas prestações de serviços que o autuado realiza.

Diz que a defesa do autuado tem caráter meramente protelatório, porque não traz qualquer elemento capaz de alterar a convicção do Fisco quanto ao acerto da autuação, constatando-se a ausência de argumentos válidos, o que corrobora a autuação fiscal.

VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou que é nulo o auto de infração que contiver incorreções onde não seja possível determinar o montante do débito tributário. Disse que os demonstrativos elaborados pelo preposto fiscal contêm incorreções que impossibilitam determinar o montante do débito tributário.

Observo que o § 1º do art. 18 do RPAF admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção. Como se trata de avaliação do mérito da autuação, os erros alegados pelo defendente serão analisados neste voto quando da apreciação do mérito.

Na informação fiscal, o autuante informou que o autuado recebeu todos os demonstrativos detalhados do crédito tributário apurado com base nos seus livros contábeis e nas Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações de 2012 e 2013, por ele entregues durante a auditoria fiscal e contábil realizada.

Entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações para elidir a totalidade da exigência fiscal, ou proporcionar a realização de diligência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente. Trata-se de comprovação que está na posse do autuado, e a fiscalização pode verificar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial. Portanto, não é acatada a alegação defensiva.

A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na última manifestação e na sustentação oral, o defendente citou os artigos 168 e 116-A do RPAF/BA, requerendo a ouvida da PGE acerca do resultado da diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, e menciona a jurisprudência do STF e do STJ.

Em relação à intervenção da PGE/PROFIS, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99 para solicitação de parecer. As decisões de outros órgãos, referidas pelo defendente, não podem servir de amparo para alterar o entendimento externado no presente voto, e somente através de Decisão Judicial, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da legislação que fundamenta o presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de agosto e setembro de 2012; julho agosto e setembro de 2013, conforme cópia do livro Razão e demonstrativo acostado aos autos.

O saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96. Neste caso trata-se de presunção legal, cabendo ao defendente apresentar elementos para elidir a exigência do imposto.

Em sua impugnação, o autuado alegou que sendo uma presunção, ainda que seja uma presunção legal relativa, ela não é suficiente para a descoberta da verdade material, pois esta, em seu conteúdo absoluto, não é atingível pela Administração Tributária.

Afirmou que o auditor fiscal deixou de considerar Denúncia Espontânea com parcelamentos de números 609713-8 e 721213-5. Apresentou o entendimento de que deve ser considerada a redução de base de cálculo prevista no art. 267, IV do RICMS-BA, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação, conforme resultado do Parecer Astec/Consef nº 018/2014. Sendo assim, os valores corrigidos estão indicados no quadro que elaborou à fl. 224, apurando o débito total de R\$3.454,19.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que as denúncias espontâneas de nºs. 609713-8 e 721213-5, citadas pelo defendente, nada têm a ver com a autuação por saldo credor de caixa. Esta autuação se deu com base em auditoria no movimento diário da conta Caixa – 110101000011101, escriturado nos livros Razão nº 9 e nº 10 de sua contabilidade dos exercícios de 2012 e 2013. Entende que também não prospera o argumento defensivo de que faz jus à redução de base de cálculo com base no art. 267, IV do RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido, que só é aplicável a serviços de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso.

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

IV - das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5 % (cinco por cento) do valor da prestação.

Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente. O livro Caixa é considerado um instrumento auxiliar da escrita fiscal, bem como os livros da contabilidade geral que se relacionem com a escrita fiscal ou comercial do contribuinte, elementos que devem ser levados em consideração para efetuar os levantamentos fiscais, e o defendente não comprovou nos autos se os valores denunciados espontaneamente se referem ao saldo credor de caixa apurado no levantamento fiscal.

O § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96 estabelece: “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

As alegações defensivas não foram comprovadas, por isso, se pode considerar que os valores apurados correspondem à omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Saliento que embora o autuado não tenha solicitado formalmente a realização de diligência, não cabe a este órgão julgador promover a busca de elementos, haja vista que se trata de fatos e documentos que estão na posse do contribuinte.

Considero procedente a exigência fiscal, tendo em vista que o saldo credor da conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada em dispositivo legal reproduzido neste voto, sendo correto o percentual da multa, de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e não se aplica a redução da base de cálculo requerida pelo defendente, conforme análise efetuada no julgamento da infração 02. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013.

O defendente alegou que os anexos 3 e 4 do auto de infração (fls. 22/23) não fazem prova de que houve prestação de serviço de telefonia fixa comutada. Pelo contrário, o Parecer da Astec/Consef já comprovou que o impugnante presta, tão somente, serviço de comunicação multimídia (SCM) na modalidade de provimento de acesso à Internet na qualidade de provedor.

Também alegou que o autuante deixou de aplicar a redução de base de cálculo prevista no art. 86, VI do RICMS-BA, vigente até 31 de março de 2012, e no art. 267, IV do RICMS-BA, vigente a partir daquela data, conforme resultado do Parecer Astec/Consef nº 018/2014. Aplicando-se a redução de base de cálculo, não há diferença no recolhimento do ICMS.

O autuante informou que o autuado foi autorizado pela Anatel a explorar o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, tendo que seguir as condições previstas no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, e no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998. Para prestação de seus serviços de SCM, o contribuinte autuado utiliza infraestrutura de telecomunicações própria e alugada, diferentemente de um simples provedor de acesso à internet, que não precisa deter nenhum meio físico para prestar o seu serviço.

Entende que também não prospera o argumento defensivo de que faz jus à redução de base de cálculo com base no art. 267, IV do RICMS-BA/2012, que só é aplicável a serviços de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso. Como atestado no Parecer ASTEC/Consef 18/2014, trazido pelo autuado à folha 229 deste PAF, e já esclarecido anteriormente, a empresa presta serviços de comunicação multimídia - SCM e não de provedor de acesso à internet com prestação de serviços de valor adicionado - SVA.

Salienta que, na condição de prestador de serviços de comunicação multimídia - SCM, o autuado tem que cumprir o que está estabelecido no inciso VII do art. 2º da Lei 7.014/96 que instituiu o ICMS no estado da Bahia.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à ASTEC solicitando o preposto fiscal designado apurasse por meio dos documentos originais se no período fiscalizado o autuado prestou apenas serviço de comunicação na modalidade provimento de acesso à internet, e se também prestou serviço de comunicação na modalidade telefonia fixa.

Em atendimento, foi informado no Parecer ASTEC nº 0032/2017 (fls. 254 a 258), que foi efetuada visita técnica ao estabelecimento autuado e que verificou nas Notas Fiscais de Serviço que o autuante acostou aos autos para fundamentar a autuação indicação no campo “descrição” relativo ao serviço prestado objeto da autuação: “*Serviço de Comunicação (SCM)*”. Ou seja, à luz das cópias das Notas Fiscais de Serviços (fls. 45/211), os serviços prestados foram, de fato, Comunicação Multimídia – Internet, sendo confrontados os referidos documentos com os originais apresentados pelo Contribuinte, que foram acostados aos autos em mídia “CD” em especial os elementos que o defendente disse demonstrar que à época dos fatos geradores da infração 02, que não tinha dado início ao serviço de telefonia fixa.

O preposto fiscal concluiu que de acordo com os elementos constantes no presente processo, o serviço prestado pelo defendente é, de fato, serviço de comunicação multimídia – internet e não de telefonia fixa.

Conforme art. 1º, inciso III c/c art. 2º, inciso VII da Lei nº 7.014/1996, o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição e ampliação de qualquer natureza.

Dessa forma, estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização de serviços e facilidades adicionais que permitam o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

No caso em exame, consta na descrição dos fatos, que o autuado presta serviço de telefonia fixa e internet banda larga na região metropolitana de Salvador, e aplicou indevidamente redução de base de cálculo, implicando recolhimento a menos do ICMS no período fiscalizado.

Como foi apurado na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC o autuado, no período fiscalizado, apenas presta serviço de comunicação multimídia – internet, não há dúvida de que é devido o imposto correspondente às receitas obtidas pelo defendente na prestação dos mencionados serviços.

A Lei 9.472/97 que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prevê no § 1º do art. 60 que “telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”.

O art. 3º da Resolução 614/2013 da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, estabelece: “O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviços”.

Por outro lado, o Serviço de Valor Adicionado – SVA constitui um serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações (art. 61 da Lei 9.472/97)

Quanto à redução de base de cálculo, alegada pelo defendente, o RICMS-BA prevê que é reduzida a base de cálculo do ICMS das prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação,

ressaltando-se que a aplicação dessa redução de base de cálculo exclui a utilização de quaisquer créditos.

O provedor de serviço de telecomunicações fornece a conexão entre a residência (ou escritório) e o local onde estão localizados os servidores do provedor de acesso a Internet. É o provedor que fornece ao usuário (*e-mail*) e senha para proporcionar o acesso à internet, existindo vários provedores de acesso, sendo apurado pelo autuante que, para a prestação de seus serviços de SCM, o defendente utiliza infra-estrutura de telecomunicações própria e alugada, diferentemente de um Serviço de Valor Adicionado – SVA.

Entendo que a questão a ser decidida nestes autos tem relação com os serviços de valor adicionado, com a dimensão conceitual que lhe atribuiu o art. 61 da Lei 9.472/97, dispositivo já reproduzido neste voto, chegando-se à conclusão de que o serviço autuado (serviço de comunicação multimídia - SCM), provedor de serviço de telecomunicação, foi prestado com a utilização de infra-estrutura de telecomunicações própria e alugada, para dar acesso (a terceiros) à internet. Não se trata, portanto, provedor de acesso à internet com prestação de serviços de valor adicionado - SVA.

Dessa forma, concordo com o posicionamento do autuante de que o defendente não faz jus à redução da base de cálculo prevista no art. 267, IV do RICMS-BA, que só é aplicável a serviços de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso, com prestação de serviços de valor adicionado – SVA, e o autuado presta Serviços de Comunicação Multimídia – SCM. Assim, concluo que a infração 02 é subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279266.0301/14-5**, lavrado contra **NOGUEIRA & DANTAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$572.678,13**, acrescido das multas de 60% sobre R\$542.235,56 e 100% sobre R\$30.442,57, previstas no art. 42, inciso II, alínea “a”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA