

A. I. Nº - 279266.0601/13-0
AUTUADO - NOGUEIRA & DANTAS LTDA.
AUTUANTE - WALMIR SALDANHA FEIJÓ
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.02.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0228-05/18

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SEM A EMISSÃO DOS CORRESPONDENTES DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte exerce atividade comercial de prestação de serviço na modalidade de SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), que envolve serviço de telecomunicação de interesse coletivo, que oferta capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia (dados, voz e imagem) para os assinantes do serviço. Serviço é executado através de diversos meios, inclusive a internet (Resolução ANATEL nº 272, de 09 de agosto de 2001). Não comprovado nos autos que o contribuinte, no período autuado, prestava exclusivamente serviço de provimento de acesso a internet para fazer jus à redução de base de cálculo do imposto prevista no art. 86, inc. VI do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Valor do débito ajustado após a realização de sucessivas diligências. Refazimento das contas do ativo integrantes do grupo das disponibilidades (caixa e bancos). Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração em lide, lavrado em 05/06/2013, foi exigido ICMS em razão da seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Este contribuinte presta serviços de telecomunicação na região metropolitana de Salvador, e, para tanto, pagou faturas de seu fornecedor Embratel S/A, CNPJ 33.530.486/0149-36, I.E. 27.228.856, discriminadas no Anexo A, parte integrante deste PAF, não lançadas em sua escrita contábil, conforme cópias dos seus livros diários de 2008 e 2009, no Anexo B, parte integrante deste PAF. Todos os lançamentos das contas de disponibilidades constantes dos seus livros Diários de 2008 e 2009 são detalhados no Anexo C, parte integrante deste PAF, incluindo os valores pagos à Embratel S/A e não escriturados na contabilidade e as omissões de receitas apuradas nos meses em que houve suprimento de caixa de origem não comprovada. Meses de jan a dez de 2009 e jan a dez de 2009. Valor: R\$989.487,78. Multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do lançamento através de intimação pessoal, ocorrida em 06/06/2013 e ingressou com a impugnação administrativa, protocolada em 05/07/2013, conforme petição juntada às fls. 359 a 364 dos autos, subscrita pelo Sr. João Benevides Nogueira Neto, sócio administrador da pessoa jurídica, ora autuada.

Na peça de defesa, o contribuinte após arguir a nulidade do lançamento fiscal, aponta que a cobrança do imposto não deve prosperar, por diversas razões, entre elas pelo fato de prestar serviço de comunicação multimídia na modalidade de provedor de acesso à internet, beneficiada com a alíquota reduzida de 5% (benefício previsto no art. 86, inc. VI do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores – exercícios de 2008 e 2009).

Visando elucidar a questão posta acima, relativamente à redução da base de cálculo, o processo foi encaminhado por esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do termo de fl. 411, para que a ASTEC designasse um diligente daquele órgão especializado, para que, em procedimento “*in loco*”, e a partir dos documentos existentes em poder do contribuinte certificasse se o contribuinte autuado efetivamente prestava serviços, no todo em parte, enquadráveis no art. 86, inc. VI do RICMS/97. Caso fosse comprovada a circunstância acima apontada, em relação à totalidade ou a parte das prestações de serviços efetuadas pelo autuado, o diligente deveria refazer os cálculos do imposto dentro dos ditames fixados na norma do RICMS/97, acima citada.

A ASTEC/CONSEF, ao cumprir a diligência determinada por esta 5ª JJF, concluiu, no Parecer nº 018/2014, de 04/03/2014, juntado às fls. 412 a 415 deste PAF, que o contribuinte é prestador de serviço de acesso à internet, fazendo jus à alíquota reduzida de 5% (benefício previsto no art. 86, inc. VI, do RICMS/97). Em decorrência refez o Demonstrativo de Débito da autuação, reduzindo-a para o montante de R\$183.238,43.

O contribuinte, em nova intervenção no processo, firmada por advogado constituído, através do instrumento de procuração juntado à fl. 448, após ter sido notificado do resultado da diligência da ASTEC, reiterando os termos da sua defesa inicial, apontou que o levantamento fiscal de caixa/disponibilidades apresenta diversas inconsistências, conforme enumerado abaixo:

- a) *O autuante levou em consideração a data de emissão do documento fiscal e considerou que todas as prestações efetuadas pela Embratel foram pagas pela empresa autuada no respectivo mês de vencimento, na data de emissão da NFST (Nota Fiscal de Prestação de Serviço de Telecomunicação), não sendo considerada a data em que se processou o efetivo pagamento (conforme planilha de fl. 443);*
- b) *Não foram excluídas da relação de notas fiscais indicadas no Anexo A as notas fiscais lançadas no Demonstrativo constante do Anexo C a título de pagamentos realizadas à Embratel, acarretando a duplicidade de lançamento da despesa (exemplo indicado na planilha apensada às fls. 443/444, para o exercício de 2009);*
- c) *Não foi observado que muitas das notas fiscais emitidas pela Embratel não foram pagas; outras foram canceladas; outras foram revisadas e seus valores foram reduzidos; outras foram motivo de confissão de dívida e parcelamento do débito;*
- d) *Deixou de serem considerados na auditoria fiscal valores que foram creditados na escrita contábil a título de empréstimos contraídos pela empresa autuada, além da disponibilidade de numerário em razão de conta bancária com limite garantido (planilha fl. 444).*

O autuante, por sua vez, contestou as conclusões do Parecer ASTEC, através de nova informação fiscal (fls. 529/530), afirmando que o contribuinte não é um simples provedor de acesso à internet, já que as operadoras de SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), prestam serviço de telecomunicação de interesse coletivo, que oferta capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia (dados, voz e imagem) para os assinantes do serviço, fazendo esse serviço, de diversos meios, inclusive a internet (Resolução ANATEL nº 272, de 09 de agosto de 2001).

Visando elucidar as questões postas pelas partes, o processo foi novamente convertido em diligência para a ASTEC/CONSEF, através do Termo juntado às fls. 533/534, de 29/05/2014, ocasião em que foram formulados os seguintes quesitos:

1º - com relação à auditoria da conta caixa deverá o diligente verificar e certificar se de fato existem as inconsistências apontadas nas peças defensivas relativas a:

1.1 – divergências entre as datas de vencimento e pagamento das faturas à Embratel e a sua repercussão no fluxo de caixa que compõe o Demonstrativo do A.I. – Anexo C – fls. 330 a 354 do PAF. Fazer também a revisão da planilha juntada à fl. 444, relacionada aos valores pagos a Embratel nos meses de 2008 e 2009;

1.2 - existência de duplicidade de cobrança de imposto com relação às notas fiscais lançadas no Anexo A do A.I. (fls. 7 a 54) e também computadas no Anexo C. Revisar também a planilha reproduzida às fls. 443/444 relacionada à alegação em empresarial de computo de despesas (dispêndios), em duplicidade;

1.3 Empréstimos e aportes financeiros não considerados no fluxo de caixa da empresa, revisando os valores e documentos que comprovam a efetiva realização das operações. Revisar também a planilha anexada à fl. 444, relacionada aos aportes financeiros supostamente não considerados na auditoria fiscal;

2º - Considerando que o art. 86, inc. VI, do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores que ensejaram o lançamento de ofício, estabelecia a carga tributária de 5%, tão somente para as prestações onerosas de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso:

2.1 – certificar se de fato 100% (cem por cento) dos serviços prestados pela empresa autuada podem ser enquadrados na modalidade de provimento de acesso à internet a que faz referência a norma regulamentar que trata da redução da base de cálculo do ICMS;

2.2 – caso contrário, identificar as modalidades de SCM (serviço de comunicação multimídia) prestados pela empresa autuada, identificando as receitas auferidas e aplicando o benefício, se for o caso, tão somente sobre as prestações de relacionadas à modalidade de provimento de acesso à internet.

A ASTEC, através do Parecer nº 132/2014 (fls. 535/537), datado de 28/11/2014, declarou a impossibilidade de cumprir a diligência solicitada pela 5ª JJF, visto que as notas fiscais incluídas no refazimento da conta caixa e relacionadas no Anexo A, que impactam nos itens 1.1 e 1.2 do pedido, não constam nos autos, em meio físico ou papel. Declarou também que não consta nos autos, em meio magnético, o arquivo contendo o refazimento da conta caixa (fls. 330/354 – Anexo C). Pontuou, por fim, que melhor seria, dada a abrangência da revisão fiscal solicitada, que o PAF fosse encaminhado para o autor do feito, ou seja, o autuante.

Contribuinte e autuante foram noticiados dessa última revisão. A defesa reiterou o pedido e nulidade do Auto de Infração, argumentando que os elementos obrigatórios e probantes da exigência fiscal não se encontravam nos autos, violando o disposto no art. 28, § 4º e art. 41, II, c/c o art. 18, todos do RPAF/Ba.

Em decorrência da última manifestação da ASTEC, o PAF foi novamente convertido em diligência, para ser cumprida em 02 (duas) etapas, conforme Termo juntado às fls. 551/552, datado de 31/03/2015, transcrito abaixo, relativamente aos quesitos formulados por este Relator:

1ª Etapa - a ser cumprida na Infaz de origem

Visando preservar a busca da verdade material e os princípios do contraditório e da ampla defesa, o PAF deverá retornar à Inspetoria Fiscal de origem (IFEP Serviços) para que o autuante:

1º – Anexe no processo os arquivos magnéticos contendo a totalidade as informações relacionadas nos Anexos A e C da autuação, dando cumprimento ao que determina o art. 8º, § 3º, do RPAF/99). Em relação às notas fiscais inclusas no refazimento da "conta caixa" poderá o autuante fazer a juntada ao processo dessas provas, em papel.

2º – Em seguida, a Inspetoria Fiscal deverá entregar os documentos acima mencionados para a defesa (contribuinte), reabrindo o prazo de impugnação, na forma do RPAF/99;

2ª Etapa - a ser cumprida na ASTEC/CONSEF:

Concluída a 1ª etapa o PAF deverá retornar à ASTEC/CONSEF para que seja executada a diligência solicitada às fls. 533/534 dos autos.

O autuante, à fl. 555 dos autos, informou que os arquivos magnéticos contendo a totalidade das informações relacionadas nos Anexos A e C da autuação encontram-se anexados à fl. 548 do PAF (mídia digital – arquivos XLS, em Excel). A defesa, por sua vez, à fl. 559, reiterou os termos da defesa inicial.

Para o cumprimento da 2ª etapa da diligência o PAF foi novamente encaminhado para a Inspeção Fiscal de origem, dessa vez para que o próprio autuante discorresse acerca das inconsistências fiscais - contábeis apontadas no pedido de diligência anteriormente encaminhado, a partir das provas e argumentações alinhavadas nas peças de defesa (fls. 566/567).

O autuante, em nova informação fiscal, juntada à fl. 570 e planilhas anexas (fls. 571 a 582verso), declarou que nessa etapa considerou tão somente as faturas da Embratel declaradas pela autuada (fl. 443), como pagas em cada mês do período auditado, considerando que esses pagamentos foram todos executados sempre no último dia de cada período mensal. Que excluiu todos os pagamentos descritos às fls. 443 a 444 (duplicidades). Que foram considerados também os cancelamentos, revisões e reduções de valores das notas fiscais de prestação de serviços de telecomunicações. Que foram ainda considerados na revisão de cálculos os empréstimos contraídos e a movimentação da conta bancária com limite garantido, apresentados à fl. 444 deste PAF. Apresentou novo Anexo C do A.I. com as citadas revisões de valores da conta caixa/disponibilidades (fls. 571 a 582verso).

Em decorrência dos ajustes efetuados esta 5ª JJF determinou através do Termo de Diligência anexado à fl. 589, que fosse dada ciência do inteiro teor dos resultados gerados na última intervenção do autuante nos autos, preservando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa que integram o processo administrativo fiscal.

A defesa, através da Manifestação acostada às fls. 592/593, de 31/07/2017, apontou a existência ainda de inconsistências do levantamento fiscal listadas em tabela integrante da peça defensiva.

Em retorno a este Relator, o PAF foi novamente convertido em diligência, conforme Termo juntado às fls. 611/612, datado de 17/10/2017. Nessa ocasião foi relatado que o presente PAF foi objeto de 04 (quatro) diligências. A última revisão foi executada pelo autuante, após determinação do colegiado desta 5ª JJF, conforme pedido juntado às fls. 566/567 dos autos. O autuante, após essa última revisão prestou nova informação fiscal, apensada à fl. 570 deste PAF, ocasião em que foram anexados novos Demonstrativos, relacionados com a reconstituição das contas do ativo, classificados no grupo das disponibilidades – caixas, bancos etc. (doc. fls. 571 a 582verso).

Nessa reconstituição foram inseridas na movimentação financeira da empresa, retratada nos Demonstrativos juntados às fls. 571 a 582verso, as faturas efetivamente pagas à Embratel, declaradas pela autuada na planilha inserida à fl. 443 deste PAF. Nessa mesma intervenção foram excluídos os pagamentos realizados para a Embratel que constavam na planilha do autuante (Anexo C), lançados em duplicidade e listados às fls. 443/444. Também foram considerados os aportes financeiros na conta caixa da empresa, decorrentes de empréstimos e adiantamentos bancários que se encontram listados na planilha anexada à fl. 444 dos autos.

Ocorre que a referida reconstituição apresentou erros materiais e de quantificação que demandaram correção pelo autuante e elaboração de novos demonstrativos, visto que alteravam os saldos das contas do grupo disponibilidades.

O valor do pagamento à Embratel, no montante de R\$127.659,50, conforme fl. 443, verificado no mês de abril/2008, foi considerado como ocorrido no mês de março/2008. O valor do pagamento, no montante de R\$6.200,01 (fl. 443), ocorrido no mês de maio/2008, foi considerado pelo autuante

como verificado no mês de abril/2008. Por sua vez, o pagamento efetuado no importe de R\$149.239,75 (fl. 443), ocorrido no mês de junho/2008 foi considerado pelo autuante, na recomposição da conta disponibilidades, como tendo sido verificado no mês de maio/2008.

No exercício de 2009 a recomposição das contas do grupo disponibilidades, para os meses de março e abril, não foi devidamente documentada. Deixaram de ser anexadas a este PAF as cópias dos lançamentos contábeis efetuados pelo contribuinte, com o detalhamento das saídas e dos ingressos de recursos financeiros e os valores que foram objeto de pagamento, via faturas, às prestações de serviços tomadas pela autuada e executadas pela Embratel.

Observe que essas omissões e erros foram objeto da manifestação do contribuinte, em petição subscrita por seu advogado, apensada às fls. 592/593 dos autos.

Visando preservar o contraditório e a ampla defesa, princípios consagrados do processo administrativo fiscal, o PAF foi novamente convertido em diligência para adoção dos seguintes procedimentos:

- deverá o autuante, lotado IFEP Serviços, proceder às correções na auditoria fiscal das contas integrantes do grupo disponibilidades e apresentar novos Demonstrativos com os ajustes acima apontados.

- a partir dos novos resultados, o autuante deverá elaborar novo Demonstrativo de Débito da infração 01, no mesmo formato do Auto de Infração, por período mensal, com a discriminação das datas de ocorrência e vencimento dos valores remanescentes, base de cálculo, alíquota incidente, percentual de multa e valor histórico do ICMS.

O autuante, na Informação anexada à fl. 617 e correspondentes anexos de fls. 618 a 642, declarou que procedeu à revisão do Anexo C, constante das fls. 571 a 582verso deste PAF, considerando a Manifestação defensiva apensada às fls. 592/593. Nessa mesma ocasião apresentou novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (planilha de fl. 618), por período mensal, totalizando o débito de R\$490.423,65, sem a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 86, inc. VI do RICMS/97, norma vigente à época da ocorrência dos fatos geradores – exercícios de 2008 e 2009.

Cientificado do inteiro teor da última revisão efetuada pelo autuante, a defesa, através da Manifestação acostada às fls. 647/648, datada de 23/03/2018, consignou que para os meses de agosto e setembro de 2008 e março e junho de 2009, os valores apurados na informação fiscal são superiores aos lançados no auto de infração, devendo prevalecer os lançados no auto de infração.

Que na informação fiscal consta valor para o mês de julho de 2009, ao passo que no auto de infração não há lançamento para o período. Dessa forma, pede que seja excluído o valor.

Para o mês de outubro de 2009, disse que o auditor fiscal não encontrou omissão após a revisão, logo o valor originalmente lançado deve ser excluído do auto de infração.

Por fim que considerando os ajustes citados e aplicando-se a redução de base de cálculo prevista no art. 86, inc. VI, do RICMS/97, o demonstrativo revisado pela empresa autuada é reproduzido na coluna “Débito 2”, abaixo reproduzido:

DT-OCOR	DT-VENC	BC1	%RBC	BC2	%	DÉBITO 2
30/06/2008	09/07/2008	39.998,18	81,481%	7.407,26	27,00%	1.999,96
31/07/2008	09/08/2008	154.167,84	81,481%	28.550,34	27,00%	7.708,59
31/08/2008	09/09/2008	150.004,81	81,481%	27.779,39	27,00%	7.500,44
30/09/2008	09/10/2008	168.907,22	81,481%	31.279,93	27,00%	8.445,58
31/10/2008	09/11/2008	167.349,61	81,481%	30.991,47	27,00%	8.367,70
30/11/2008	09/12/2008	72.618,24	81,481%	13.448,17	27,00%	3.631,01
31/12/2008	09/01/2009	109.874,96	81,481%	20.347,74	27,00%	5.493,89
31/01/2009	09/02/2009	61.081,76	81,481%	11.311,73	27,00%	3.054,17

28/02/2009	09/03/2009	59.253,91	81,481%	10.973,23	27,00%	2.962,77
31/03/2009	09/04/2009	97.261,74	81,481%	18.011,90	27,00%	4.863,21
30/04/2009	09/05/2009	44.205,95	81,481%	8.186,50	27,00%	2.210,36
31/05/2009	09/06/2009	185.795,87	81,481%	34.407,54	27,00%	9.290,04
30/06/2009	09/07/2009	140.468,00	81,481%	26.013,27	27,00%	7.023,58
31/07/2009	09/08/2009	0,00	81,481%	0,00	27,00%	0,00
31/08/2009	09/09/2009	130.036,97	81,481%	24.081,55	27,00%	6.502,02
30/09/2009	09/10/2009	70.307,70	81,481%	13.020,28	27,00%	3.515,48
31/10/2009	09/11/2009	0,00	81,481%	0,00	27,00%	0,00
30/11/2009	09/12/2009	123.156,14	81,481%	22.807,29	27,00%	6.157,97
31/12/2009	09/01/2010	41.895,00	81,481%	7.758,54	27,00%	2.094,81
TOTAL R\$						90.821,58

Disse ainda a defesa que a redução de base de cálculo encontra respaldo na legislação vigente à época dos fatos geradores e foi confirmada em parecer da ASTEC (fls. 414 e 415) do PAF.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de uma única imputação fiscal relacionada à ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. O valor original apurado pela fiscalização totalizou o débito de ICMS no montante principal de R\$989.487,78, acrescido da multa de 70%, imposto que foi calculado à alíquota de 27%, sobre a base imponível de R\$3.664.769,56.

Em verdade, a exigência fiscal não envolveu omissão de saídas de mercadorias (bens móveis destinados ao comércio), mais omissões de receitas tributáveis, apuradas por presunção, relativamente aos serviços de comunicação prestados pela empresa autuada. O levantamento fiscal envolveu a recomposição das contas integrantes do grupo das disponibilidades (caixa e bancos), computando-se as receitas auferidas e os desembolsos, com destaque para as faturas emitidas pela empresa EMBRATEL, em relação aos serviços tomados pela autuada.

No tocante às nulidades suscitadas pela defesa, apesar das desconformidades existentes no processo, o mesmo foi devidamente saneado após as sucessivas diligências, possibilitando ao contribuinte exercer seu direito de defesa e contraditar os levantamentos da fiscalização, de forma que todos os erros formais e materiais foram corrigidos ao longo do iter processual, em consonância com a busca da verdade material.

Conforme já destacado acima, o processo foi submetido a sucessivas revisões, algumas realizadas pela ASTEC/CONSEF e outras pelo próprio auditor fiscal autuante, sendo que na última revisão, ocorrida em 07/03/2018 (doc. fls. 617 a 642), se chegou a uma apuração mais próxima da verdade material. Na reconstituição das contas vinculadas ao caixa e às demais disponibilidades, foram inseridas na movimentação financeira da empresa, retratada nos Demonstrativos juntados às fls. 571 a 582verso, as faturas efetivamente pagas à Embratel, declaradas pela autuada na planilha inserida à fl. 443 deste PAF. Nessa mesma intervenção foram excluídos os pagamentos realizados para a Embratel que constavam na planilha do autuante (Anexo C), lançados em duplicidade e listados às fls. 443/444. Também foram considerados os aportes financeiros na conta caixa da empresa, decorrentes de empréstimos e adiantamentos bancários, e também a utilização de cheque especial, modalidade de crédito imediata. Todos esses ajustes se encontram listados na planilha anexada à fl. 444 dos autos.

Todavia, a referida reconstituição apresentou erros materiais e de quantificação, que demandavam correção pelo autuante e elaboração de novos demonstrativos, visto que alteravam os saldos das contas do grupo disponibilidades.

O valor do pagamento à Embratel, no montante de R\$127.659,50, conforme fl. 443, verificado no mês de abril/2008, foi considerado como ocorrido no mês de março/2008. O valor do pagamento, no montante de R\$6.200,01 (fl. 443), ocorrido no mês de maio/2008, foi considerado pelo autuante como verificado no mês de abril/2008. Por sua vez, o pagamento efetuado no importe de R\$149.239,75 (fl. 443), ocorrido no mês de junho/2008 foi considerado pelo autuante, na recomposição da conta disponibilidades, como tendo sido verificado no mês de maio/2008.

No exercício de 2009, a recomposição das contas do grupo disponibilidades, para os meses de março e abril, não foi devidamente documentada. Deixaram de ser anexadas a este PAF, as cópias dos lançamentos contábeis efetuados pelo contribuinte, com o detalhamento das saídas e dos ingressos de recursos financeiros e os valores que foram objeto de pagamento, via faturas, às prestações de serviços tomadas pela autuada e executadas pela Embratel.

Observo que essas omissões e erros foram objeto da manifestação do contribuinte, em petição subscrita por seu advogado, apensada às fls. 592/593 dos autos.

Visando preservar o contraditório e a ampla defesa, princípios consagrados do processo administrativo fiscal, o PAF foi convertido em diligência para que o autuante procedesse às devidas correções quanto às inconsistências residuais acima apontadas.

O autuante, na Informação anexada à fl. 617, e correspondentes anexos de fls. 618 a 642, declarou que procedeu à revisão do Anexo C do Auto de Infração, constante das fls. 571 a 582 verso deste PAF, considerando a Manifestação defensiva apensada às fls. 592/593. Nessa mesma ocasião apresentou novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (planilha de fl. 618), por período mensal, totalizando o débito de R\$490.423,65, sem a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 86, inc. VI do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores – exercícios de 2008 e 2009, por entender que a empresa não desenvolvia, à época, exclusivamente serviço de provedor de acesso à internet.

Cientificado do inteiro teor da última revisão efetuada pelo autuante, a defesa, através da Manifestação acostada às fls. 647/648, datada de 23/03/2018, consignou que para os meses de agosto e setembro de 2008 e março e junho de 2009, os valores apurados na informação fiscal são superiores aos lançados no auto de infração, devendo prevalecer os lançados no auto de infração. Que na informação fiscal constou valor de ICMS exigível para o mês de julho de 2009, ao passo que no auto de infração não há lançamento para o período. Dessa forma, pediu que esse valor fosse excluído. Para o mês de outubro de 2009, disse que o auditor fiscal não encontrou omissão após a revisão, logo o valor originalmente lançado deve ser excluído do auto de infração.

Observo que os erros materiais apontados na última Manifestação defensiva, procedem, razão pela qual, o Demonstrativo de Débito remanescente foi revisto naqueles meses. Nesse sentido, foi determinada a realização de diligência para a correção dos erros materiais apontados na Manifestação defensiva. O novo Demonstrativo de débito foi inserido nos autos, considerando a Manifestação defensiva apensada às fls. 592/593. Nessa mesma ocasião, foi apresentado novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração (planilha de fl. 618), por período mensal, totalizando o débito de R\$490.423,65.

Permaneceu em discussão, ainda, a questão jurídica atrelada ao benefício da redução da base de cálculo do ICMS, prevista no art. 86, inc. VI do RICMS/97, com a seguinte redação:

*Art. 86 – É reduzida a base de cálculo:
(...)*

VI - 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, até 31/12/12 (Conv. ICMS 78/01), (...)

Verifico que no caso concreto, o serviço prestado pela empresa autuada é na modalidade de SCM (Serviço de Comunicação Multimídia), que envolve serviço de telecomunicação de interesse coletivo, que oferta capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia

(dados, voz e imagem) para os assinantes do serviço. Esse serviço é executado através de diversos meios, inclusive a internet (Resolução ANATEL nº 272, de 09 de agosto de 2001).

Para melhor detalhamento, reproduzo nesse voto a íntegra do texto da referida Resolução da ANATEL vigente à época dos fatos objeto do lançamento em lide, “*in verbis*”:

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelo [art. 22](#) da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e pelos arts. [17](#) e [35](#) do Regulamento da Agência, aprovado pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997,

CONSIDERANDO o disposto no [art. 214](#) da Lei nº 9.472, de 1997;

CONSIDERANDO o contínuo desenvolvimento tecnológico das plataformas que suportam a prestação dos serviços de telecomunicações, a possibilidade da prestação de serviços multimídia em banda larga pelos operadores de telecomunicações e as várias solicitações encaminhadas à Anatel para a regulamentação de um serviço que materialize a convergência tecnológica;

CONSIDERANDO as contribuições recebidas em decorrência da Consulta Pública nº 246, de 11 de setembro de 2000, publicada no Diário Oficial de 12 de setembro de 2000;

CONSIDERANDO deliberação tomada em sua Reunião nº 170, realizada em 2 de agosto de 2001,

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, na forma do Anexo a esta Resolução.

Art. 2º Determinar que não sejam mais expedidas autorizações para exploração de Serviço Limitado Especializado, nas submodalidades Serviço de Rede Especializado e Serviço de Circuito Especializado, bem como para o Serviço de Rede de Transporte de Telecomunicações, compreendendo o Serviço por Linha Dedicada, o Serviço de Rede Comutada por Pacote e o Serviço de Rede Comutada por Circuito, todos de interesse coletivo, a partir da data da publicação desta Resolução no Diário Oficial da União.

Parágrafo único. O disposto no **caput** não se aplica às autorizações já aprovadas pela Anatel e ainda não publicadas no Diário Oficial da União.

Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

RENATO NAVARRO GUERREIRO
Presidente do Conselho

Pelo teor da referida Resolução, percebe-se claramente que o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), abarca diversas modalidades e sub-modalidades, não estando adstrito à prestação exclusiva de provedor de acesso à internet, beneficiada com a redução da base de cálculo, prevista na norma do RICMS de 1997, acima referenciada.

Ressalto ainda, que durante a instrução deste PAF foi solicitado que o contribuinte apresentasse provas documentais, a exemplo de notas fiscais ou autorizações da ANATEL, que atestassem que efetivamente o estabelecimento autuado, no período objeto da ação fiscal, prestou exclusivamente serviço de provedor de acesso à internet, para que pudesse fazer jus à redução de base de cálculo do ICMS, prevista no art. 86, inc. VI do RICMS/97. O contribuinte postulou a aplicação do referido benefício sobre o valor residual deste Auto de Infração, porém, nada trouxe ao PAF que atestasse o direito pleiteado. O Parecer nº 018/2014, de 04/03/2014, elaborado pela ASTEC/CONSEF e juntado às fls. 412 a 415 deste PAF, favorável à tese do contribuinte pela redução da base de cálculo do imposto, não pode ser também acolhido, visto que o mesmo não se estribou em nenhuma prova documental que atestasse que o contribuinte exercia naquele período tão somente atividade de provedor de acesso à internet.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, remanesecendo os valores apurados na última revisão efetuada pelo autuante, e ajustada após a

Manifestação defensiva, sem, todavia, considerar a redução de base de cálculo contida no art. 86, inc. VI do RICMS/97. Dessa forma, o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, por período mensal e calculado à alíquota de 27%, passa a ter a composição, contida na coluna “**Débito 2**”, reproduzida na planilha abaixo:

DT-OCOR	DT-VENC	ALÍQ.	B. DE CÁLCULO 2	DÉBITO 2
30/06/2008	09/07/2008	27%	39.998,18	10.799,51
31/07/2008	09/08/2008	27%	154.167,84	41.625,32
31/08/2008	09/09/2008	27%	150.004,81	40.501,30
30/09/2008	09/10/2008	27%	168.907,22	45.604,95
31/10/2008	09/11/2008	27%	167.349,61	45.184,39
30/11/2008	09/12/2008	27%	72.618,24	19.606,92
31/12/2008	09/01/2009	27%	109.874,96	29.666,24
31/01/2009	09/02/2009	27%	61.081,76	16.492,08
28/02/2009	09/03/2009	27%	59.253,91	15.998,56
31/03/2009	09/04/2009	27%	97.261,74	26.260,67
30/04/2009	09/05/2009	27%	44.205,95	11.935,61
31/05/2009	09/06/2009	27%	185.795,87	50.164,88
30/06/2009	09/07/2009	27%	140.468,00	37.926,36
31/07/2009	09/08/2009	27%	-	
31/08/2009	09/09/2009	27%	130.036,97	35.109,98
30/09/2009	09/10/2009	27%	70.307,70	18.983,08
31/10/2009	09/11/2009	27%		
30/11/2009	09/12/2009	27%	123.156,14	33.252,16
31/12/2009	09/01/2010	27%	41.895,00	11.311,65
	TOTAL	27%	1.816.383,90	490.423,66

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279266.0601/13-0**, lavrado contra **NOGUEIRA & DANTAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$490.423,66**, acrescido de multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e demais consectários legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, em 19 de dezembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA