

PROCESSO - A. I. Nº 279266.0601/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NOGUEIRA & DANTAS LTDA.
RECORRIDOS - NOGUEIRA & DANTAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0228-05/18
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0206-12/20-VD

EMENTA: ICMS 1. 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. Se a notificação do lançamento, que é o que faz cessar o prazo decadencial (Súmula nº 12 do CONSEF), se deu após cinco anos, deve-se pronunciar a decadência, mesmo de ofício. Mantida a Decisão recorrida. Concorde-se que os serviços prestados pelo sujeito passivo se enquadram no conceito de “serviço de comunicação multimídia” (SCM), pois esse engloba (como gênero), o provimento de acesso à Internet (como espécie). A modalidade de aferição da realização de operação tributável se deu por meio indireto (suprimento de caixa de origem não comprovada). Concorde-se com as premissas do ilustre representante da PGE/PROFIS (Auto de Infração nº 279266.0301/14-5): somente por meio de trabalho investigativo proativo, incluindo visitas técnicas ao estabelecimento do autuado, pode-se concluir pela natureza da prestação de serviços realizada. Este trabalho foi realizado tanto nestes autos, quanto nos autos do PAF em que se discute, conforme diligência promovida pelos auditores fiscais designados pela ASTEC/CONSEF, que concluíram, após vistoria *in loco*, que os serviços prestados são de SCM na modalidade Internet, e acompanhando o parecer exarado pela PGE/PROFIS. Conclui-se que os serviços prestados pelo autuado (apesar de sua aferição indireta, mediante suprimento de caixa de origem não comprovada), são serviços de provimento de acesso à Internet, fazendo jus ao benefício de redução de base de cálculo. Infração parcialmente subsistente. Reconhecida a decadência, de ofício. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício, (fl. 671), e Voluntário, (fls. 681 a 684), interpostos em face do acórdão em epígrafe, da lavra da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que concluíra pela Procedência Parcial da autuação, desonerando o Sujeito Passivo em R\$ 1.339.116,07, ao tempo de sua prolação (fl. 673).

O Auto de Infração, lavrado em 05/06/2013 e notificado ao Sujeito Passivo em 06/06/2013 (fl. 02),

descreve apenas uma infração, assim caracterizada:

Infração 01 – 05.03.01: 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.

Foi lançado o crédito tributário referente aos períodos de apuração de janeiro a dezembro de 2008, e de janeiro a dezembro (exclusive julho) de 2009, no valor histórico de R\$989.487,78, acrescido da multa de 70%, tendo por fundamentos normativos: a) a título de “enquadramento legal”: art. 2º, § 3º, inciso II; art. 50; art. 60, inciso I, art. 124, inciso I, e art. 218 do RICMS/97 (Dec. 6.284/97); b) a título de “multa aplicada”: art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 (redação ao tempo dos fatos imputados como infração).

Houve intenso contraditório: foram requisitadas **cinco** diligências (fls. 411 *et seq.*; fls. 538 *et seq.*; fls. 551 *et seq.*; fls. 566 *et seq.*; fls. 588 *et seq.*), algumas delas desenvolvidas pela ASTEC/CONSEF e outras pelo Autuante, sempre seguidas de manifestações dos envolvidos. Auferem-se como temas de controvérsia: a) a extensão e o alcance da redução de base de cálculo inscrita no art. 86, inc. VI, do RICMS/97; b) a natureza das operações empreendidas pelo Sujeito Passivo; c) a ocorrência, ou não, de suprimento de caixa, à luz das operações realizadas e seus registros a miúdo empreendidos pelo Sujeito Passivo; d) a nulidade do lançamento dada as incorreções presentes no Anexo C do PAF.

A 5ª Jf assim decidiu em 09/12/2018 (fls. 663 a 691), à unanimidade:

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.

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 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.

Observe 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, remanescendo 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:

<i>DT-OCOR</i>	<i>DT-VENC</i>	<i>ALÍQ.</i>	<i>B. DE CÁLCULO 2</i>	<i>DÉBITO 2</i>
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

Foi interposto Recurso de Ofício.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 681 a 684) o Sujeito Passivo sustenta, exclusivamente, que deve ser aplicada a redução de base de cálculo (para fins de revisão do valor lançado, ante a verificação de suprimento de caixa de origem não comprovada), de modo que a carga tributária seja reduzida de 27% para 5%, nos termos do que dispunha o art. 86, inciso VI do RICMS/97.

Não mais questiona, portanto, nem a ocorrência da conduta infracional (suprimento de caixa de origem não comprovada), nem que haja itens da auditoria a ser ainda excluídos; tampouco insiste na tese de nulidade da ação fiscal e do seu fruto, o Auto de Infração.

Fundamenta sua argumentação recursal nas próprias razões do *decisum*, e em Pareceres da ASTEC/CONSEF, para enquadrar a natureza dos serviços prestados como de “provedor de acesso a Internet”, ainda que a sua autorização como “Comunicação Multimídia” lhe viabilize prestação mais abrangente.

Destaca parecer ASTEC/CONSEF nº 18/2014, de 04/03/2014, em que afirma ter o diligente concluído (o que fora afastado no julgamento de primeiro grau por ausência de elementos documentais probantes) que *“o auditor fiscal Antonio Barros Moreira Filho atestou que a natureza do serviço prestado era enquadrado como serviço de comunicação multimídia, sendo este o beneficiado com a redução de base de cálculo do ICMS prevista no então art. 86, VI do RICMS/97, ou seja, na modalidade de provimento de acesso à internet.”*

Destaca parecer ASTEC/CONSEF nº 32/2017, da lavra do ilustre auditor João Vicente Costa Neto (elaborado em face de outro Auto de Infração, de nº 279266.0301/14-5, e colacionado pelo Sujeito Passivo às fls. 692 a 699), em que o agora julgador deste CONSEF pontuou *“(...) entende este Diligente que se pode afirmar, à luz das cópias das Notas Fiscais de Serviços (...) que os serviços prestados foram de fato Comunicação Multimídia – Internet, inclusive por mim atestado ‘in loco’ com documentos originais de algumas dessas notas na forma expressa do pedido de diligência.”*

Conclui afirmando que a redução de base de cálculo encontra respaldo na legislação vigente à época dos fatos geradores, e foi confirmada em parecer da ASTEC, requerendo *“a reforma do acórdão em referência para aplicação do benefício da redução de base de cálculo sobre os valores apurados.”*

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 05/06/2020, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a inclusão em pauta.

Em 29/08/2020 o Sr. Secretário nos fez chegar memoriais encaminhados pelo Recorrente via *e-mail*, reiterativo das razões recursais, contendo um elemento novo: parecer da PGE/PROFIS em caso semelhante e envolvendo o mesmo Interessado, o mesmo Autuante e a mesma acusação, relativa a período diverso (Auto de Infração nº 279266.0301/14-5, exercícios de 2012 e 2013). Nele, o órgão de representação da Fazenda Pública em juízo emitiu conclusivamente a seguinte asserção:

“Em sendo assim, em face do plexo de provas indiretas presente nos autos, percebe-se que, de fato, o contribuinte prestava exclusivamente à época dos fatos geradores serviços de provedor à Internet, fazendo jus ao benefício art. 267, IV, do RICMS/BA.”

Trago os autos, pois, a esta sessão de 03/08/2020, para julgamento, sendo adiado para sessão do dia 12/08/2020.

Fez presente os advogados e preposto da empresa, na sessão de videoconferência, Drs. Edinilton Meireles de Oliveira Santos, Jamile Costa Vieira e Sr. Marcio A. Dantas Quintela, para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

VOTO

Convém recordar, que para acusar o Sujeito Passivo de “suprimento de caixa de origem não

comprovada”, a auditoria se valeu da demonstração, operação a operação, de apropriações na conta Caixa da empresa, sem origem esclarecida, gerando a presunção de tratar-se de operações tributáveis.

Este demonstrativo foi, repito, objeto de intenso debate, de modo que restou consolidado aquele de fls. 617 a 643, elaborado pelo Autuante após a última diligência fiscal requisitada, sendo objeto até mesmo da manifestação do Sujeito Passivo (fls. 647 e 648), em que concorda com os valores, pleiteando apenas a redução da carga efetiva a 5%.

DO RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF), por isso dele conheço.

Prosseguindo no mérito do reexame, o órgão julgador de primeira instância recorreu da parcela de seu julgado, em que ratificara o trabalho empreendido por prepostos da SEFAZ/BA, a excluir do levantamento de “suprimento de caixa de origem não comprovada” itens como: “faturas efetivamente pagas à Embratel” e “aportes financeiros na conta caixa da empresa, decorrentes de empréstimos e adiantamentos bancários”, inclusive a “utilização de cheque especial”.

A questão aqui é estritamente fático-probatória. Sua solução se dá na camada de linguagem das provas.

Vejo às fls. 367 a 395 e às fls. 420 a 437, os documentos que o Sujeito Passivo colacionou aos autos e foram utilizados pelos Prepostos da Autoridade Fazendária na revisão da auditoria.

Vê-se que o órgão julgador de primeiro grau acatou os trabalhos empreendidos pelo Autuante e por auditores estranhos ao feito, com devida comprovação da origem dos registros contábeis.

Desnecessário dizer mais. Houve intensa busca pela verdade material, e a revisão é resultado dessa tarefa. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O Recurso Voluntário é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 em sua atual redação – RPAF), atendendo ao prazo do art. 171 do RPAF/99.

Conheço, portanto, do Recurso Voluntário.

Aqui temos duas questões, uma de caráter fático, e outra de caráter jurídico.

A questão de caráter jurídico é a de entender quais são os limites e o alcance da norma do RICMS/97, que reduzia a alíquota do imposto a 5% do valor da prestação dos serviços desenvolvidos por “provedor de Internet”.

A questão de caráter fático é definir os contornos da atividade do Sujeito Passivo, para definir se essa se amolda, ou não, ao suporte fático da norma de incidência plasmada no art. 86, inciso VI do RICMS/97.

A questão jurídica, aparentemente singela, tangencia o rol das mais debatidas na cultura jurídica brasileira.

Principiemos por recordar que, segundo o Superior Tribunal de Justiça, não incide ICMS sobre os serviços de comunicação prestados por provedores de acesso à Internet (Súmula 334).

Este tema, quando submetido ao Supremo Tribunal Federal, não tem sido apreciado por entender o Pretório Excelso que se trata de questão de índole infraconstitucional, desprovida de repercussão geral (RE 583327 RG, DJe de 08/04/2010; AI 698893 AgR, DJe de 20/06/2013). Pode-se afirmar com segurança, portanto, que há jurisprudência predominante no sentido de que não incide ICMS sobre os serviços de provedores de acesso à Internet.

Entretanto, essa questão não veio a lume, e não está em debate.

Há certeza que ao tempo das condutas havidas como contrárias à legislação tributária estadual,

vigia dispositivo que determinava, com espeque em Convênio ICMS do CONFAZ (Convênio ICMS 78/2001), a redução da base de cálculo 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% do valor da prestação (Art. 86, inciso VI do RICMS/97).

Ora, o que é “provimento de acesso à internet realizada por provedor de acesso”? A questão de desdobra: para que se reconheça o direito ao benefício, é necessário que se esteja diante de um provedor (ou seja, quem esteja autorizado para esse serviço), e é necessário que o serviço se enquadre no conceito de “provimento de acesso à Internet”.

Que o contribuinte se enquadra como “provedor de acesso”, não paira dúvidas: o seu contrato social e seu CAD-ICMS gozam de relativa presunção, tendo-se exibido as autorizações do contribuinte junto à ANATEL, para realizar “Serviços de Telefonia Fixa Comutada” (STFC), “Serviços de Comunicação Multimídia” (SCM), entre outros. É verdade, o contribuinte indica amplo espectro de atividade econômica, mas dúvida não há que, entre elas, foi expressamente indicada aquela do CONCLA/IBGE nº 6190-6/01: *provedores de acesso à rede de telecomunicações; serviços de*.

Portanto, salvo prova em contrário (e nada foi provado em contrário), o contribuinte era ao tempo dos fatos “provedor de acesso”, regularmente habilitado.

Disso advém perquirir se, efetivamente, foi prestado serviço de provimento de acesso à Internet, e aqui ingressamos na questão de caráter fático. Mais uma vez, somente o estrato de linguagem das provas poderá dirimir a questão.

Concordamos com as premissas do ilustre representante da PGE/PROFIS (naquele parecer emitido nos autos do Auto de Infração nº 279266.0301/14-5): não satisfaz afirmar que os serviços prestados pelo sujeito passivo se enquadram no conceito de “serviço de comunicação multimídia” (SCM), pois esse engloba (como gênero), o provimento de acesso à Internet (como espécie).

Nem as informações do Sujeito Passivo perante o CAD-ICMS, nem os documentos por si colacionados (tanto ali, como aqui), nem o contrato social, nem os termos de autorização para exploração de SVM, nem mesmo o *site* da autuada (que também consulte), nada disso é conclusivo para indicar que os serviços supostamente omitidos, apurados por meio de suprimento de caixa, foram serviços de provimento à internet ou não.

Entretanto, a autuada desde sempre afirmou que somente presta serviços dessa natureza, a despeito do espectro mais amplo de seu objeto social e de suas autorizações, e ofertas na Rede Mundial de Computadores.

Lembremos: a modalidade de aferição da realização de operação tributável se deu por meio indireto (suprimento de caixa de origem não comprovada). Presumir a ocorrência do fato gerador, e ainda presumir que a modalidade de prestação de serviços fora diversa daquela que habitualmente desenvolve (conforme comprovado por meio de vistorias empreendidas em dois PAFs), parece-nos excessivo, beira a abusividade. Se é verdade que a realização de operações tributáveis ficou provada por uma presunção não elidida, não é menos verdade que cabia ao Fisco provar que a atividade empreendida era outra, que não aquela declinada pelo autuado e evidenciada a partir das vistorias realizadas pelos Agentes da fiscalização.

Por isso, insisto, concordo com as premissas do ilustre representante da PGE/PROFIS (naquele parecer emitido nos autos do Auto de Infração nº 279266.0301/14-5): somente por meio de trabalho investigativo proativo, incluindo visitas técnicas ao estabelecimento do autuado, pode-se concluir pela natureza da prestação de serviços realizada.

Este trabalho foi realizado tanto nestes autos, quanto nos autos do PAF em que se discute o Auto de Infração nº 279266.0301/14-5.

Tem razão, nesse passo, o autuado: tanto aqui como ali os auditores fiscais designados pela

ASTEC/CONSEF concluíram, após vistoria *in loco*, que os serviços prestados são de SCM na modalidade Internet.

Portanto, acompanhando o parecer exarado pela PGE/PROFIS, além dos relatórios de dois auditores estranhos ao feito que realizaram visitas técnicas (em épocas distintas, é verdade, mas dirigidas ao mesmo estabelecimento), a pedido da ASTEC/CONSEF, é que voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para considerar que os serviços prestados pelo autuado (apesar de sua aferição indireta, mediante suprimento de caixa de origem não comprovada), são serviços de provimento de acesso à Internet, fazendo jus ao benefício de redução de base de cálculo. O Auto de Infração deve ser julgado PROCEDENTE EM PARTE, conforme liquidação abaixo:

DT-OCOR	DT-VENC	B.C. Aut.	B.C. 5ª JFF	ALÍQ. 5ª JFF	Aliq. 2ª CJF	DÉB. Aut	DÉB. 5ª JFF	DÉB. 2ª CJF
31/01/2008	09/02/2008	81.012,77	0,00	27%	5%	21.873,45	0,00	0,00
29/02/2008	09/03/2008	113.996,03	0,00	27%	5%	30.778,93	0,00	0,00
31/03/2008	09/04/2008	115.115,77	0,00	27%	5%	31.081,26	0,00	0,00
30/04/2008	09/05/2008	138.147,11	0,00	27%	5%	37.299,72	0,00	0,00
31/05/2008	09/06/2008	147.676,29	0,00	27%	5%	39.872,60	0,00	0,00
30/06/2008	09/07/2008	170.123,55	39.998,18	27%	5%	45.933,36	10.799,51	1.999,91
31/07/2008	09/08/2008	159.715,37	154.167,84	27%	5%	43.123,15	41.625,32	7.708,39
31/08/2008	09/09/2008	150.004,81	150.004,81	27%	5%	40.501,30	40.501,30	7.500,24
30/09/2008	09/10/2008	168.907,22	168.907,22	27%	5%	45.604,95	45.604,95	8.445,36
31/10/2008	09/11/2008	202.789,22	167.349,61	27%	5%	54.753,09	45.184,39	8.367,48
30/11/2008	09/12/2008	201.982,55	72.618,24	27%	5%	54.535,29	19.606,92	3.630,91
31/12/2008	09/01/2009	183.563,11	109.874,96	27%	5%	49.562,04	29.666,24	5.493,75
31/01/2009	09/02/2009	170.693,77	61.081,76	27%	5%	46.087,32	16.492,08	3.054,09
28/02/2009	09/03/2009	175.151,92	59.253,91	27%	5%	47.291,02	15.998,56	2.962,70
31/03/2009	09/04/2009	97.261,74	97.261,74	27%	5%	26.260,67	26.260,67	4.863,09
30/04/2009	09/05/2009	167.686,85	44.205,95	27%	5%	45.275,45	11.935,61	2.210,30
31/05/2009	09/06/2009	198.226,77	185.795,87	27%	5%	53.521,23	50.164,88	9.289,79
30/06/2009	09/07/2009	140.468,00	140.468,00	27%	5%	37.926,36	37.926,36	7.023,40
31/07/2009	09/08/2009	0,00	0,00	27%	5%	0,00	0,00	0,00
31/08/2009	09/09/2009	288.715,77	130.036,97	27%	5%	77.953,26	35.109,98	6.501,85
30/09/2009	09/10/2009	74.549,48	70.307,70	27%	5%	20.128,36	18.983,08	3.515,39
31/10/2009	09/11/2009	184.032,81	0,00	27%	5%	49.688,86	0,00	0,00
30/11/2009	09/12/2009	206.316,85	123.156,14	27%	5%	55.705,55	33.252,16	6.157,81
31/12/2009	09/01/2010	128.631,70	41.895,00	27%	5%	34.730,56	11.311,65	2.094,75
	TOTAL	3.664.769,46	1.816.383,90	27%	5%	989.487,75	490.423,66	90.819,20

RESOLUÇÃO

ACÓRDÃO os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279266.0601/13-0, lavrado contra **NOGUEIRA & DANTAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.819,20**, acrescido de multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS