

A. I. N° - 443274.0002/16.9
AUTUADO - COMPANHIA NACIONAL PARA INCLUSÃO DIGITAL LTDA - EPP
AUTUANTES - GIRLANDIA MARIA DE BRITO SILVA
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.11.2016

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0198-02/16

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, bem como sobre atividades preparatórias e conexas ao serviço de comunicação. Os serviços objeto do lançamento de ofício são considerados serviços de comunicação postos à disposição dos usuários, constituindo-se em uma efetiva prestação onerosa do serviço de comunicação, e, portanto, encontram-se no seu âmbito de incidência do ICMS. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 23/03/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$125.381,26, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, pela constatação, no período de janeiro/2011 a outubro/2015, da seguinte infração:

Infração 01 - 17.05.01 - Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Conforme a lei n.º 7.014/96, que trata do ICMS, ao dispor sobre a incidência desse imposto, no art. 2º, inciso VII, inclui, no seu campo, a prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de qualquer natureza. No valor de: R\$125.381,26.

De início a defesa destaca que durante o período de Janeiro/2011 a Junho/2013, a Impugnante limitou-se a prestar os serviços de acesso à internet, considerados como uma espécie dos "serviços de valor adicionado" que, por sua vez, não se confunde com nenhuma das modalidades dos serviços de comunicação, e por isto assevera ser ilegal a autuação quanto a este período.

Acrescenta que a partir de Julho/2013, a Impugnante iniciou a prestação dos serviços de comunicação, mas manteve também a prestação dos serviços de acesso à internet. Sendo que, a partir de Julho/2013, afirma a Impugnante, que prestou dois tipos de serviços totalmente distintos: os serviços de comunicação e os serviços de acesso à internet e que este fato foi desconsiderado pela Autuante, e que sobre a parcela de comunicação a Impugnante recolheu o ICMS incidente.

Afirma que suas alegações podem ser comprovadas pelo exame dos Extratos do Simples Nacional (anexo 03, fls. 87 a 252). E em seguida apresenta alguns exemplos que diz confirma a sua alegação.

Assevera que no período de 2011 a 2015 a Impugnante auferiu como receita de comunicação apenas R\$2.328.446,78, e que os demais R\$4.282.893,67 se referem a receitas de serviços de internet, e que estes não constituem serviço de comunicação.

Apresenta cópia da nota fiscal n.º 0112 datada de 21/02/2011, em que consta como descrição dos serviços "Serviço de acesso a internet no período de 15 de janeiro de 2011 a 15 de fevereiro de 2011", como exemplo do que afirma poder-se-á confirmar como sendo a atividade econômica de todo o período de 2011 a 06/2015, conforme anexo 04, fls. 254 a 294.

Em seguida apresenta, em contraste, a nota fiscal 003 de 12/07/2013, onde se observa no campo descrição dos serviços "SCM (SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA)".

Explica que os serviços de telecomunicação no período de janeiro a junho/2013, foram prestados por outra empresa que indica ter sido a ULISSES COSTA DE ALMEIDA-ME, e que a Impugnante se limitou aos serviços de acesso a internet.

Neste sentido apresenta as fls. 42 o contrato firmado com um dos seus clientes onde consta a empresa WANAX - ULISSES COSTA DE ALMEIDA-ME qualificada como sendo a prestadora do SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA-SCM e a Impugnante como sendo a prestadora do SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO-SVA de link Ip.

Apresenta ainda, objetivando a comprovação de que a WANAX era a responsável pelo serviço de telecomunicações, cópia da licença de funcionamento nº 75/2011 emitida pela ANATEL em favor da empresa WANAX - ULISSES COSTA DE ALMEIDA-ME, no período de 2009 e 2011.

Aduz a seguir, que "*o serviço de acesso à internet "Serviço de Valor adicionado", é aquele em que o provedor (Impugnante), conectado à uma infraestrutura de telecomunicações própria ou de terceiros, mas com a qual não se confunde, acrescenta novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, nos termos do Artigo 61, caput, da lei n.º 9.472/97 (LGT).*"

Menciona que os serviços de SVA apenas acrescentam facilidades e melhorias a uma infraestrutura de telecomunicações preexistente, para possibilitar o acesso a rede mundial de computadores. E transcreve partes da Norma 004/95, da Lei nº 9.295/96 (LEI MÍNIMA) e comenta sobre as mesmas, como também transcreve jurisprudências, os Ofícios nº's 10/2009/PVSTR-ANATEL, 11/2011/PVSTR-ANATEL, 38/2011-ANATEL no sentido de confirmar sua interpretação de que o SVA é uma atividade que se caracteriza pelo acréscimo de recursos a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte.

Discorre sobre a decisão judicial no MS nº 63070-1/2008, em que foi obtida liminar em face do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, com fim de declarar a não incidência do ICMS sobre os serviços de acesso a internet, em benefício da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA - ABRAMULT, da qual informa a defesa que a Impugnante é associada, em que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJBA concedeu a segurança pleiteada.

Ao final requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto perdurar o processo administrativo, seja ao final a Impugnação julgada TOTALMENTE PROCEDENTE e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos.

A Autuante informa em caráter preliminar que a Impugnante embora cadastrada como Simples nacional, faz parte de um conglomerado de empresas com CNAE principal e secundário diversos, abrangendo entre eles os de serviços de comunicação multimídia e de provedor de acesso. E que se relacionam por meio de contratos de prestação de serviços de conexão de internet e serviços de comunicação multimídia, e cita as empresas envolvidas.

Quanto ao mérito aduz que procedeu segundo estabelece a legislação do ICMS acerca do serviço de comunicação, citando diversos diplomas legais desde a CF/88 até o Convênio ICMS 69/98, frisando e transcrevendo a cláusula primeira deste último a qual estabelece que "*se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.*"

Informa ainda que observou que a Impugnante atribui valor significativo ao serviço que oferece quanto a parcela representada sob o título "provedor de internet", pois admite, equivocadamente, na opinião da autuante, que não incide ICMS e comcomitantemente substima a parcela que denomina como "telecomunicações", na composição do preço do mesmo serviço.

Observa ainda que se comprovado que a Impugnante realizava serviço de provedor de internet no período de janeiro/2011 a junho/2013, neste período haverá de incidir o ICMS com a carga tributária de 5%, com espeque no inciso VI do artigo 86 do RICMS/97 e no inciso VI do art. 267 do RICMS/2012, devendo ser aplicada a alíquota prevista para telecomunicações para o período a partir de julho/2013.

Quanto a decisão judicial no MS n.º 63070-1/2008, em que foi obtida liminar em face do Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, com fim de declarar a não incidência do ICMS sobre os serviços de acesso a internet, em benefício da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA - ABRAMULT, assevera a Autuante que a defesa não juntou o referido MS, nem faz prova de que pertence a referida associação.

Afirma que para que o usuário da internet possa ter de fato o acesso ao serviço de comunicação inerente é imprescindível a contratação dos serviços de acesso a internet, e que por isso os valores cobrados ao usuário, independente do título, integram o valor do serviço o serviço de comunicação e devem ser tributados pelo ICMS.

Conclui ratificando todo o conteúdo do Auto de Infração em tela e pede pela PROCEDÊNCIA TOTAL do feito.

VOTO

Delimita-se a presente demanda em torno da subsunção do serviço denominado ACESSO À INTERNET, à norma de incidência do imposto estadual, ICMS, no que tange as atividades que compõem os fatos geradores abarcados pelas Prestações de Serviços de Comunicação. A Impugnante não nega os fatos, mas afirma que o serviço que presta não se enquadra como Serviço de Comunicação.

Verifiquei que a defesa tenta enquadrar o serviço objeto desta demanda como serviço de acesso à internet, o qual considera como uma espécie de "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO-SVA", posto que se presta a apenas acrescentar facilidades e melhorias a uma infraestrutura de telecomunicações preexistente, para possibilitar o acesso a rede mundial de computadores.

Verifico de início uma incoerência, posto que como é sabido o serviço total, ou seja a efetivação da comunicação que envolve a rede mundial de computadores, jamais se aperfeiçoaria sem que concorressem para o mesmo fim a atividade que denomina como "infraestrutura de telecomunicações preexistente" e a atividade que afirmou desenvolver no contexto da comunicação via internet, que afirmou ser de ACESSO À INTERNET ou como também declarou: "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO-SVA".

Desta forma, não vejo como considerar que a atividade que desenvolve a Autuada, se presta a apenas acrescentar facilidades e melhorias a uma infraestrutura de telecomunicações preexistente ao Serviço de Comunicação. Uma vez que, a atividade de ACESSO À INTERNET, indiscutivelmente viabiliza a efetivação da comunicação, portanto muito ao revés de acrescentar facilidades, se trata de uma atividade complementar, e por isso mesmo traz em sua gênese a essência do serviço de comunicação.

Em outro giro, observo, que ainda que interpretemos com quer a Impugnante, no sentido de considerar a atividade que explora economicamente, apenas um serviço suplementar que visa oferecer aos seus clientes facilidades adicionais, não afastaríamos a atividade econômica em tela, do fato gerador do ICMS, posto que, ainda assim, esta atividade se subsumiria à regra de incidência do ICMS inserta na lei 7.014/96.

Ex vi do parágrafo 11 da Lei n.º 7.014/97, que determina a inclusão "na base de cálculo do ICMS das prestações de serviço a que se refere o inciso VII do caput do art. 2º desta Lei, os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada." Grifamos.

No mesmo sentido o Convênio ICMS 69/98 que determina em sua cláusula primeira que "se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada." Grifamos.

Quanto a decisão judicial no MS n.º 63070-1/2008, me filio a análise feita pela Autuante, pois não verifiquei

nos autos a prova de que a Impugnante integra, o quadro de associados da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA - ABRAMULT. E sendo assim, este mandado de segurança não lhe socorre.

Como também não lhe ampara a Norma 004/95, da Lei n.º 9.295/96, as jurisprudências, os Ofícios nºs 10/2009/PVSTR-ANATEL, 11/2011/PVSTR-ANATEL, 38/2011-ANATEL, posto que nenhum destes instrumentos tem suporte de competência constitucional para legislar sobre o ICMS.

De todo o exposto, voto pela procedência total deste Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 443274.0002/16.9 lavrado contra a empresa **COMPANHIA NACIONAL PARA INCLUSÃO DIGITAL LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$125.381,26**, 75% prevista no art. 35 Lei Complementar 123/06; art. 44, I da Federal nº 9.430/96 de 27/12/96, com redação dada pela Lei nº 11.488 de 15/06/2007 e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR