

AI Nº - 443274.0003/16-5
AUTUADO - MEGA TELECOMUNICAÇÕES LTDA - ME
AUTUANTE - GIRLÂNDIA MARIA DE BRITO SILVA
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/12/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0227-03/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE INCLUSÃO NA RECEITA BRUTA NO PGDAS DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PROVEDOR DE SERVIÇOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado o fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação efetuadas pelo autuado (provedor de acesso à internet). A receita auferida deve ser incluída da base de cálculo do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos (Simples Nacional). Infração subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/2016, exige ICMS no valor de R\$23.797,38, acrescido da multa de 75%, pela falta de seu recolhimento em razão de considerar receita tributável como não tributável - Infração - **17.05.01**, conforme demonstrativos acostados às fls. 11 a 21 e CD, fl. 22.

O autuado apresenta defesa, fls. 28 a 58, depois de observar sua tempestividade e reproduzir a acusação fiscal, alinha os argumentos a seguir sintetizados.

Ressalta que a fiscalização considerou, erroneamente, que durante todo o período autuado (2011 a 2015) prestou serviços de comunicação sujeitos ao ICMS, o que, segundo seu entendimento não procede.

Assinala que se limita e sempre se limitou 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 qualquer das modalidades dos serviços de comunicação.

Pondera que a autuante, ao considerar os serviços prestados como sujeitos ao ICMS, cometeu equívoco, posto que os serviços de acesso à internet não constituem serviços de comunicação e, portanto, não se submetem ao ICMS.

Menciona ser empresa regularmente constituída, tem por objeto social a atividade de “*provedores de acesso às redes de comunicações, portais, provedores de conteúdo e serviços de informação na internet, tratamento de dados, provedores de serviços de aplicação e serviços de hospedagem na internet, serviços de comunicação multimídia – SCM e comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática*”, tudo conforme atesta seus atos constitutivos, fls. 60 a 66 - Anexo 01.

Frisa que é uma típica empresa de Provedimento de Acesso à internet em que, através da infraestrutura de telecomunicações de terceiros, disponibiliza aos seus usuários uma “Porta IP” e demais rotinas (facilidades) essenciais ao acesso à rede mundial de computadores.

Reproduz trecho da Norma 004/95 do Ministério das Comunicações para explicar o enquadramento dos serviços de acesso à internet como uma espécie dos “serviços de valor adicionado” que, por sua vez, não se confunde com nenhuma das modalidades dos serviços de comunicação.

Diz que a principal e finalística atividade que desenvolve é o serviço de acesso à internet, através de uma infra-estrutura de telecomunicações de terceiros, disponibiliza ao usuário uma “Porta IP” e demais rotinas (facilidades) necessárias ao acesso à internet, acrescentando aos insumos de telecomunicações preexistentes novas utilidades e facilidades, como se depreende dos exemplos de notas fiscais emitidas durante o período autuado que colaciona às fls. 85 a 94 - Anexo 03.

Destaca que os serviços de telecomunicações, na verdade, sempre foram prestados por empresas totalmente distintas, e que sua atividade se limitou a prestar os serviços de acesso à internet.

Revela que no período de janeiro/2011 a junho/2013, a empresa responsável pelos serviços de telecomunicações era a “Ulisses Costa de Almeida ME (Wanax)”, conforme se infere dos exemplos de contratos firmados à época (Anexo 04), a saber: Ou seja, no período de janeiro/2011 a Junho/2013 a empresa “Ulisses Costa de Almeida ME (Wanax)” era a responsável pelos serviços de telecomunicações necessários a amparar os serviços de acesso à internet. Limitando-se a Impugnante à prestação dos serviços de acesso à internet.

Menciona que como responsável pelos serviços de telecomunicações, obviamente, cabia à própria empresa “Ulisses Costa de Almeida ME (Wanax)” o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações. Sustenta não ser necessário qualquer recolhimento a este título, uma vez que sobre os serviços de provimento de acesso à internet não se incide o ICMS. Pressegue assinalando que outra prova de que a empresa “Ulisses Costa de Almeida ME (Wanax)” era, de fato, a responsável pelos serviços de telecomunicações no período de janeiro/2011 a junho/2013, são as licenças de funcionamento de estação emitidas pela ANATEL em favor da referida empresa para o município de Cícero Dantas/BA, nos anos de 2009 e 2011, cujas cópias diz anexar às fls. 107 e 108 - Anexo 05. Continua esclarecendo que a partir de julho/2013, a empresa responsável pelos serviços de telecomunicações era a “Companhia Nacional para Inclusão Digital Ltda. - ME (CONID)”, conforme se infere dos exemplos de termos de contratação firmados à época, fls. 110 a 136 - Anexo 06.

Destaca que o objeto delimitado nos termos de contratação esclarece que “*Constitui objeto do presente TERMO DE CONTRATAÇÃO a prestação, pelo PROVEDOR DE INTERNET o que demonstra claramente que se limita e sempre se limitou à prestação dos serviços de acesso à internet, ao passo que os serviços de comunicação multimídia são de responsabilidade, a partir de julho/2013, da empresa “Companhia Nacional para Inclusão Digital Ltda. ME (CONID)”*”.

Observa que o próprio “Contrato de Prestação de Serviços de Conexão à Internet e Serviços de Comunicação Multimídia - SCM”, fls. 138 a 163 - Anexo 07, esclarece a natureza jurídica dos serviços de valor adicionado prestados. Acrescenta que esse este contrato esclarece que limita-se à prestação dos serviços de acesso à internet, sendo os serviços de comunicação multimídia de responsabilidade da CONID, conforme trecho do contrato que transcreve.

Esclarece que como responsável pelos serviços de telecomunicações, obviamente, cabia à própria empresa “Companhia Nacional para Inclusão Digital Ltda. ME (CONID)” o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de telecomunicações, o que, afirma, de fato, foi efetuado pela CONID, conforme se extrai de exemplos de notas fiscais de comunicação emitidas pela mesma, fls. 165 a 194 - Anexo 08. Assinala que tais documentos colocam uma pá de cal no assunto em debate, pois são categóricos a demonstrar que sempre se limitou à prestação dos serviços de acesso à internet, sendo os serviços de telecomunicações de responsabilidade da empresa “Ulisses Costa de Almeida ME - Wanax”, no período de Janeiro/2011 a Junho/2013, e de responsabilidade da empresa “Companhia Nacional para Inclusão Digital Ltda. ME (CONID)”, a partir de julho/2013. Arremata afirmando que

esses documentos são bastantes e suficientes a afastar a autuação em confronto, posto que demonstram que classificou erroneamente os serviços prestados, que não constituem serviços de comunicação sujeitos ao ICMS, mas sim serviços de acesso à internet.

Registra que o serviço de acesso à internet, é um típico “Serviço de Valor Adicionado”, em que o provedor conectado a uma infra estrutura de telecomunicações 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 art. 61, *caput*, da Lei n.º 9.472/97 - LGT.

Expõe que pela sua própria natureza, pelo disposto na legislação competente, bem como pela pacífica jurisprudência atual, os Serviços de Provimento de Acesso à internet, assim considerados como “Serviços de Valor Adicionado”, não constituem serviços de telecomunicações (espécie) ou comunicação (gênero), sendo o provedor, em verdade, um mero usuário da infra-estrutura de telecomunicações, que lhe dá suporte e com a qual não se confunde.

Arremata assinalando que pelo fato dos serviços de acesso à internet não constituir “serviços de comunicação”, não há o que se falar em incidência do ICMS em face dos serviços de conexão à internet.

Informa que os serviços de acesso à internet, assim considerados como espécie dos serviços de valor adicionado, não se confundem com quaisquer das modalidades de serviços de comunicação. Observa que os serviços de acesso à internet apenas acrescentam facilidades e melhorias a uma infra-estrutura de telecomunicações preexistente, possibilitando o acesso à rede mundial de computadores.

Afirma que a classificação dos serviços de acesso à internet como espécie dos serviços de valor adicionado é prevista na a Norma 004/95, cujo teor reproduz. Observa que os “Serviços de Valor Adicionado”, por sua vez, não constituem ou se confundem com qualquer espécie de serviços de telecomunicações.

Lembra que a pela Portaria n.º 148 do Ministério das Comunicações, datada de 31 de maio de 1995, já estabelecia que tais serviços são, na realidade, atividades paralelas à rede de telecomunicações, com a qual não se confunde:

“3. DEFINIÇÕES [...]

b. Serviço de Valor Adicionado: 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;”

Pondera que tal previsão veio a ser corroborada, posteriormente, pela Lei n.º 9.295/96, coloquialmente denominada de Lei Mínima, que em seu art. 10 reiterou o dispositivo da Norma 004/95 e acrescentou expressamente que tais serviços não são considerados “exploração de serviço de telecomunicações”, que transcreve.

Menciona que com a edição da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/1997, a definição dos Serviços de Valor Adicionado foi mantida, inclusive confirmando-se sua distinção dos Serviços de Telecomunicações, em seu art. 61. Continua relatando que a referida conceituação encontra-se também cristalizada nos diversos julgados aplicáveis ao tema, sendo pacífico e remansoso que os serviços de provimento de acesso à Internet caracterizam-se, segundo a nossa legislação, como Serviços de Valor Adicionado.

Neste sentido, cita como exemplo os seguintes precedentes jurisprudenciais: Recurso Especial n.º 2002/0099939-5. Rel. Min., Eliana Calmon. 2ª Turma. 08.09.2003 e o Recurso Especial n.º 2005/0031292-

5. Rel. Min. Francisco Falcão. 1ª Turma. 19.12.2005. Prossegue asseverando que com esteio no atual entendimento jurisprudencial, nos próprios preceitos legais aplicáveis e, principalmente, em análise à própria natureza jurídica dos serviços de conexão à internet, é incontroversa a classificação dos mesmos como típicos “Serviços de Valor Adicionado”. Arremata frisando ser incontroversa a distinção dos serviços de valor adicionado em relação aos serviços de comunicação.

Ressalta que a própria ANATEL reconhece a existência e distinção dos serviços de conexão à internet em relação aos serviços de telecomunicações, conforme se infere do Ofício 10/2009/PVSTR-ANATEL cujo trecho reproduz às fls. 196 a 201 - Anexo 09.

Revela que a ANATEL, neste mesmo ofício, continua esclarecendo que o provedor de serviço de acesso à internet (como *in casu*) pode utilizar a rede de telecomunicações de qualquer empresa que detenha concessão, permissão ou autorização da ANATEL, sendo o provedor um mero usuário desta infra-estrutura de telecomunicações.

Explica que em outro Ofício, a ANATEL reitera o já disposto na anterioridade, e acrescenta que o provedor de serviço de valor adicionado não requer qualquer autorização, permissão ou concessão da ANATEL para a consecução de suas atividades, conforme dispõe o Ofício 11/2011/PVSTR-ANATEL, fls. 203 a 205 - Anexo 10.

Diz que colocando uma pá de cal no assunto em baila destaca que a ANATEL já analisou uma situação por ele vivenciado, em que a mesma se limita a prestar os serviços de conexão à internet, enquanto uma outra empresa é a responsável pelos serviços de comunicação multimídia, formando, com isso, uma relação triangular.

Menciona que a ANATEL, conforme Ofício de nº 38/2011, cujo trecho reproduz - Anexo 1, reconheceu ser devidamente regular esta relação triangular, e sustentou que, nesta relação, o provedor de acesso à internet limita-se a prestar os serviços de acesso à internet. Remata frisando que estes são fundamentos bastantes e suficientes a demonstrar a natureza jurídica dos serviços de acesso à internet.

Observa que analisadas detidamente as definições e alcances dos serviços prestados, resta, por fim, adentrar nos aspectos tributários dos serviços de acesso à internet, assim considerados como espécie dos serviços de valor adicionado.

Reafirma que os serviços de provimento de acesso à internet, assim considerados como serviços de valor adicionado, não constituem serviços de telecomunicações, conforme dispõe o art. 61 e parágrafos da Lei n.º 9.472/97, a Lei n.º 9.295/1996), a Norma 004/95 - Ministério das Comunicações, a Resolução 73/1998, dentre outros dispositivos legais aplicáveis à espécie.

Aduz que estas definições legais corroboram-se pelo fato dos serviços de provimento de acesso à internet não se prestarem a promover uma efetiva relação comunicativa, mas sim a acrescentar novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

Revela que os serviços de provimento de acesso à internet são uma atividade autônoma, distinta dos serviços de comunicação e que apenas necessitam da rede de telecomunicações para serem prestados. Assevera que tais serviços em momento algum possibilitam a realização de uma relação comunicativa, pelo contrário, dependem de uma estrutura comunicativa prévia para existir. Diz ser clarividente que, sobre os serviços de acesso à internet, não há a incidência do ICMS, visto que os serviços de acesso à internet não constituem serviços de comunicação (gênero) ou telecomunicações (espécie).

Afirma ser esta conclusão que se extrai da jurisprudência dominante, senão confira abaixo os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça a exemplos dos julgados: STJ. RESp n.º

628046/MG; Recurso Especial n.º 2004/0007362-1. Rel. Min. Castro Meira. 2ª Turma. 19.05.2006 e STJ. REsp n.º 453107/PR; Recurso Especial n.º 2002/0094632-1. Rel. Min. Denise Arruda. 1ª Turma. 13.03.2006.

Destaca que o divisor de águas das jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça foi a decisão por unanimidade da Segunda Turma no Recurso Especial n.º 456650/PR, da Relatora Ministra Eliana Calmon, cuja ementa reproduz.

Assinala que a matéria em apreço foi recentemente sumulada pelo STJ: “334. O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET”.

Arremata assinalando que à vista do expendido, há de se concluir pela não incidência do ICMS sobre os serviços prestados de provimento de acesso à internet.

Reiterando a ilegalidade da autuação tributária sob exame, destaca que o Auto de Infração ora combatido afronta diretamente decisão judicial transitada em julgado, mormente decisão judicial obtida pela ABRAMULTI - Associação Brasileira dos Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia, da qual diz ser associada.

Esclarece que a ABRAMULTI, associação criada para salvaguardar os interesses e direitos das empresas de provimento de acesso à internet ajuizou o Mandado de Segurança Coletivo n.º 63070-1/2008 em face do Sr. Secretário de Estado da Fazenda do Estado da Bahia, com o objetivo de declarar a não incidência do ICMS em face dos serviços de provimento de acesso à internet.

Reproduz o teor do pedido meritório apostado pela ABRAMULTI no aludido mandado de segurança coletivo e informa que colaciona aos autos a inicial do Mandado de Segurança Coletivo, fls. 211 a 226 - Anexo 12.

Destaca que apreciando o referido *mandamus*, verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia concedeu plenamente a segurança pleiteada, cujo inteiro teor diz apensar no Anexo 13, fls. 228 a 235.

Assevera que já existe uma decisão definitiva, transitada em julgado, em que declara a não incidência do ICMS em face dos serviços de acesso à internet, inclusive perante o Estado da Bahia. Afirma ser esta decisão plenamente aplicável ao presente caso, visto ser associado à ABRAMULTI.

Revela que o Auto de Infração sob exame, na verdade, está afrontando diretamente ordem judicial, devidamente transitada em julgado, o que reforça a completa anulação da autuação fiscal em conteste.

Requer que todas as publicações da impugnação sob exame, e processo administrativo decorrente, sejam encaminhadas para o endereço da Impugnante, conforme endereço acostado no preâmbulo desta impugnação, sob pena de nulidade.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, por mais especiais que sejam, e outras provas que serão requeridas oportunamente.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal, fls. 237 a 245, esclarecendo que o Auto de Infração em questão exige ICMS referente à prestação de serviços de comunicação, apurado através das informações apresentadas pela Empresa, por meio dos PGDAS, em virtude de ter sido constatado que o Contribuinte, na qualidade de prestador de serviço de comunicação, incorreu no cometimento da infração 17.05.01, por ter considerado receita tributável como não tributável no período de 01/01/2011 a 31/10/2015.

Depois resumir as ponderações articuladas na defesa, informa inicialmente que embora esteja cadastrada no cadastro SEFAZ como Simples Nacional, a Impugnante 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. Elenca as empresas que, ora fazem atividades de comunicação multimídia, ora de atividade de provedor de acesso, entretanto todas são representadas sempre por membros do quadro de societário e/ou por um administrador comum que se correlacionam por meio de Contrato de Prestação de Serviços de Conexão à Internet e Serviços de Comunicação Multimídia.

Diante dessa constatação, informa que a INFAZ Alagoinhas analisará a possibilidade do desenquadramento das empresas retro mencionadas do Simples Nacional.

Observa que o crédito tributário objeto deste PAF foi constituído de acordo com o que está estabelecido no ordenamento jurídico em vigor que dispõe sobre a incidência do ICMS na prestação de serviço de comunicação.

Afirma que a CF/88, no inciso II, do seu art. 155, preconiza que compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. Destaca que a Norma Constitucional é clara ao prever a tributação pelo ICMS de todos os serviços de comunicação. Continua explicando que a Lei [Complementar nº 87/96](#), ao tratar dos fatos geradores do imposto, define a incidência do imposto.

Revela que complementarmente, o Convênio 69/98, em sua cláusula primeira, firmou entendimento que sobre os valores cobrados aos usuários deveriam ser incluídos na base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação e esclareceu sobre fatos e situações sobre as quais pairavam dúvidas para que o contribuinte pudesse cumprir corretamente com as suas obrigações tributárias.

Revela que, adicionalmente, deve-se observar o que estabelece o inciso VII, do art. 2º, da Lei Ordinária nº 7.014/96 que instituiu o ICMS no estado da Bahia a seguir transcrito:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

[...]

VII - 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 comunicação de qualquer natureza;

Por fim, revela que para ratificar todo o entendimento, o Estado da Bahia alterou a Lei 7.014/96 em 30/03/10 com o objetivo de adequar-se ao que dispõe a cláusula 1ª do Convênio 69/98, acrescentado ao art. 17 o §11º e, em seguida o RICMS-BA/97 no §1º, do inciso I, do art. 4º, regula a matéria.

Afirma que a fiscalização teve, por escopo, o período de janeiro/11 a outubro/2015 e registra que o autuado reconhece que prestou serviços de comunicação exclusivamente de provedor de internet no período fiscalizado. Continua frisando que o defendente atribui valor significativo a atividade de provedor de internet por entender, equivocadamente que não incide o ICMS, denominando-a de atividade meio.

Relata que de acordo com o art. 86, inciso VI, do RICMS-BA/97, que teve vigência até 31/12/2014, para atividade de provedor de internet, a alíquota era reduzida, de forma que a carga tributária seja equivalente a 5%, consoante teor que reproduz. Aduz que, em se comprovando que de fato a reclamante exercia a atividade de provedor de internet no período de janeiro/11 a junho/2015, há de incidir o ICMS, com carga tributária de 5%, nos termos do inciso VI, do art. 86, RICMS-BA/97 e inciso VI, do art. 267 do RICMS-BA/2012.

Observa que o Impugnante afirma que lança suas receitas no extrato do Simples Nacional, entretanto sobre estas receitas nada recolhe, afirmando ser atividade de provedor de internet.

Menciona que, sem fazer a juntada em sua peça defensiva de cópia do Mandado de Segurança, nem comprovar ser associada da referida Associação, a defesa assevera que o Impugnante está protegido pelo Mandado de Segurança Coletivo de nº 63070-1/2008, ajuizado pela ABRAMULTI - Associação Brasileira dos Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia, impetrado contra o Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, com o objetivo de declarar a não incidência do ICMS nos serviços de provimento e acesso a Internet.

Ressalta que para acesso e fruição aos serviços de comunicação é imprescindível a disponibilização dos meios necessários à operação destes serviços, conseqüentemente os valores cobrados ao usuário, independentemente do título que lhes seja atribuído ou, da forma como lhes sejam exigidos (muitas vezes de forma segregada), integram o valor do serviço e, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, devem ser tributados pelo ICMS.

Explica que o valor total, pactuado em contrato, pelo qual o contratado se obriga à prestação do serviço de comunicação, este último o objeto do contrato, é o preço do serviço definido na legislação sobre o qual o imposto deve incidir, independentemente do título que seja atribuído a si ou parcelas que integram o seu valor, sendo, portanto, este valor total a base de cálculo a ser considerada para a apuração do ICMS.

Reafirma que, não sendo apresentada a cópia do Mandado de Segurança para se certificar o alcance da decisão do Juiz, bem como seus beneficiários, resta evidenciado, dessa forma, que não foi feita a prova de que o autuado pertence ao quadro associativo da ABRAMULTI.

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O imposto exigido no presente Auto de Infração, decorre dos serviços onerosos de comunicação prestados por empresa de acesso a Internet (provedor) em razão terem sido considerados como não tributável e não incluindo nas DASNs, como se constata nos demonstrativos de apuração, fls. 11 a 21 e no CD, fls. 22.

O autuado em sede de defesa esclareceu que o estabelecimento autuado presta os serviços de acesso à internet, considerados como uma espécie dos “serviços de valor adicionado” que, por sua vez, não se confunde com qualquer das modalidades dos serviços de comunicação. Explicou que pela sua própria natureza, pelo disposto na legislação competente, bem como pela pacífica jurisprudência atual, os Serviços de Provimento de Acesso à internet, assim considerados como “Serviços de Valor Adicionado”, não constituem serviços de telecomunicações (espécie) ou comunicação (gênero), sendo o provedor, em verdade, um mero usuário da infra-estrutura de telecomunicações, que lhe dá suporte e com a qual não se confunde. Sustentou que os serviços de acesso à internet não constituem “serviços de comunicação”, não há o que se falar em incidência do ICMS em face dos serviços de conexão à internet, enquadrando-se, portanto, no âmbito de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN e não do ICMS.

Como expendido o defendente é uma empresa que se dedica à prestação de serviços de provedora de acesso à Internet, embora não negando os fatos, mas se contrapôs ao lançamento de ofício alegando que os citados serviços não se configuram como serviços de telecomunicação, enquadrando-se, portanto, no âmbito de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN e não do ICMS.

Ressalto que, apesar argumentação alinhada pelo defendente, as decisões deste Conselho de Fazenda

Estadual têm se aliado ao que determinam os convênios e a legislação baiana sobre o assunto.

Convênio ICMS 69/98

[...]

Cláusula primeira *Os signatários firmam entendimento no sentido de 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.*

Convênio ICMS 78/01

Cláusula primeira *Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas 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.*

Através da Alteração nº 26 (Decreto nº 8023 de 24/08/01, publicado no DOE de 25 e 26/08/01), o Estado da Bahia alterou RICMS-BA/97, acrescentando o inciso VI ao art. 86, que textualmente expressa:

Art. 86. É reduzida a base de cálculo:

[...]

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

a) a redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de compensação do imposto (débito/crédito);

b) a opção pelo benefício previsto no caput do inciso VI, implica na renúncia a utilização de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.

Desta maneira, a obrigação para o recolhimento do ICMS nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade acesso à internet foi contemplada com a opção de redução da carga tributária, sem direito a crédito fiscal até 31/12/02.

Nesta direção é que este CONSEF já firmou o entendimento de que todos os serviços e equipamentos postos à disposição dos usuários pela empresa prestadora dos serviços de comunicação devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0091-13/12, 0040-13/12, 0045-12/12 e 0418-12/13.

Assim, no presente caso, sendo autuado optante do Simples Nacional, resta patente o acerto da autuação, eis que o impugnante deveria submeter à tributação as receitas oriundas dos serviços prestados na modalidade de acesso à internet no período fiscalizado, incluindo nas declarações a que está obrigado a informar consoante previsão estatuída na Lei Complementar nº 123/06.

Por fim, quanto aos precedentes apresentados pelo defendente de alguns julgados por Tribunais Superiores, convém salientar que, além de se tratar de decisões reiteradas, não se inclui na competência do CONSEF “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”, nos termos do art. 167, inciso III, do RPAF-BA/99.

No que diz respeito ao Mandado de Segurança impetrado pela ABRIMULTI - Associação Brasileira dos Provedores de Internet e Operadoras de Comunicação de Dados Multimídia, que teve concedida a segurança pleiteada, cuja cópia foi apensada às fls. 211 a 235, verifico que, apesar de tratar da mesma matéria, objeto da autuação, o autuado apenas alegou, em suas razões de defesa, ser associado, no entanto não carrou aos autos qualquer comprovação de sua assertiva. Logo, por se constituir de mera alegação não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Saliento que inexistente qualquer óbice a que as intimações também sejam encaminhadas ao endereço

do defendente constante no preâmbulo da defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, a teor do art. 108, do RPAF-BA/99.

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 **443274.0003/16-5**, lavrado contra **MEGA TELECOMUNICAÇÕES LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.797,38**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 35, da Lei Complementar 123/06, art. 44, inciso I, da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA