

PROCESSO - A. I. Nº 443274.0002/16-9
RECORRENTE - COMPANHIA NACIONAL PARA INCLUSÃO DIGITAL LTDA. (CONID) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0198-02/16
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0188-12/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão unânime da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/03/2016 que exige ICMS no valor total histórico de R\$125.381,26, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

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 nº. 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.

Por meio de seu advogado, o autuado apresentou impugnação às fls. 29 a 62 do PAF, requerendo a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão, e por fim a improcedência do lançamento tributário.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 382 a 391, ratificando todo o conteúdo do Auto de Infração e, tendo entendido pelas evidências o incabimento de seu cancelamento, tendo solicitado o julgamento pela Procedência integral do presente Auto de Infração.

Nesse caminhar, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que votou por unanimidade pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Delimita-se a presente demanda em torno da subsunção do serviço denominado ACESSO A 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 1º 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 DO PROVEDORES DE INTERNET 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 9295/96, as jurisprudências, os Ofícios no 10/2009/PVSTR-ANATEL, 11/2011/PVSTR-ANATEL, 38/2011-ANATEL, posto que nenhum destes instrumento tem suporte de competência constitucional para legislar sobre o ICMS.

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

Inconformado com a decisão, a autuada interpôs Recurso Voluntário tempestivo às fls. 412 a 446, requerendo o julgamento totalmente Procedente de seu Recurso Voluntário e com isso ver reformada integralmente a decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Inicia sua súplica recursal comentando que a Autoridade Fazendária considerou, erroneamente, que durante todo o período autuado (2011 a 2015), a autuada prestou exclusivamente serviços de comunicação sujeitos ao ICMS, o que afirma não proceder.

Destaca que durante o período de janeiro/2011 a junho/2013, limitou-se a prestar os serviços de acesso à internet, este, considerado como uma espécie de "serviços de valor adicionado" que, por sua vez, não se confunde com nenhuma das modalidades dos serviços de comunicação, não se submetendo, portanto, a incidência do ICMS.

Informa que a partir de julho/2013 iniciou a prestação dos serviços de comunicação, mas manteve também a prestação dos serviços de acesso à internet, ou seja, a partir de julho/2013, a Recorrente prestou dois tipos de serviços totalmente distintos: os serviços de comunicação e os serviços de acesso à internet. Assevera que apenas os serviços de comunicação constituem fato gerador de ICMS, porém a recorrida considerou 100% das receitas auferidas pela Recorrente como sujeitas ao ICMS.

Aduz que, conforme comprovam os Extratos do Simples Nacional, sobre a parcela dos serviços

de comunicação o ICMS incidente foi devidamente recolhido.

Destaca que entre 2011 e 2015, a empresa auferiu R\$2.328.446,78 de receitas provenientes dos serviços de comunicação e que o ICMS de toda essa receita já foi devidamente recolhido, e os demais R\$4.282.893,67 constituem receitas de serviços de acesso à internet, ratificando que estes não constituem serviços de comunicação (gênero) ou telecomunicações (espécie) e sim espécie dos serviços de valor adicionado.

Critica o voto do julgamento de piso quando este cita que tanto a Lei n.º 7.014/97, quanto o Convênio ICMS 69/98, autorizariam a incidência do ICMS sobre serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação. Afirma trata-se nitidamente de um entendimento ultrapassado e contrário ao entendimento unânime dos Tribunais Pátrios, que há muito já definiram que apenas os serviços de comunicação (atividade fim) podem sofrer a incidência do ICMS-comunicação.

A autuada explica que até junho/2013, atuou como típica e exclusiva empresa de provimento de acesso à internet em que, através da infraestrutura de telecomunicações de terceiros, disponibilizou aos seus usuários uma “porta IP” e demais rotinas (facilidades) essenciais ao acesso à rede mundial de computadores e que somente a partir de julho/2013 iniciou a prestação dos serviços de comunicação multimídia, concomitantemente à prestação dos serviços de acesso à internet. Ou seja, a partir de julho/2013, a recorrente prestou dois tipos de serviços totalmente distintos: os serviços de comunicação e os serviços de acesso à internet.

Para reforçar tais afirmações, a autuada expõe imagens de algumas notas fiscais e notas de débitos (faturas) emitidas em relação aos serviços de acesso à internet, durante o período de 2011 a 2015, bem como expõe também exemplos de notas fiscais de comunicação emitidas a partir de Julho/2013, data a partir da qual a mesma, de fato, iniciou a exploração dos serviços de comunicação multimídia, paralelamente aos serviços de acesso à internet.

Elucida que no período de janeiro/2011 a junho/2013, a empresa responsável pelos serviços de telecomunicações era a “Ulisses Costa de Almeida ME (Wanax)”, e que obviamente cabia a esta mesma empresa o recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços tais serviços. E para provar o alegado, a recorrente acosta aos autos as licenças de funcionamento de estação emitidas pela ANATEL em favor da referida empresa, para o município de Cícero Dantas/BA.

Ensina que o serviço de acesso à internet é um típico “serviço de valor adicionado”, em que o provedor (recorrente), 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).

Acrescenta dizendo 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 (recorrente), em verdade, um mero usuário da infraestrutura de telecomunicações, que lhe dá suporte e com a qual não se confunde.

Para fins de elucidar sobre a classificação dos serviços de acesso à internet como espécie dos serviços de valor adicionado, a recorrente expôs a Norma 004/95, aprovada pela Portaria nº 148 do ministério das comunicações. Ressalta que a primeira definição de “serviço de valor adicionado” editada pela supracitada Norma, já estabelecia que tais serviços são, na realidade, atividades paralelas à rede de telecomunicações, com a qual não se confunde.

Acrescenta que tal previsão veio a ser corroborada, posteriormente, pela Lei nº 9.295/96, coloquialmente denominada de Lei Mínima, que em seu artigo 10 reiterou o dispositivo da Norma 004/95 e acrescentou expressamente que tais serviços não são considerados “exploração de serviço de telecomunicações”. E que posteriormente com a edição da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), a definição dos serviços de valor adicionado foi mantida,

inclusive confirmando-se sua distinção dos serviços de telecomunicações.

A recorrente exhibe 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 o qual reproduz, e que este mesmo ofício esclarece que o provedor de serviço de acesso à internet (como *in casu* a empresa recorrente) pode utilizar a rede de telecomunicações de qualquer empresa que detenha dela a concessão, permissão ou autorização, sendo o provedor um mero usuário desta infraestrutura de telecomunicações.

Acrescenta que já em outro Ofício, a ANATEL reitera o disposto acima, todavia explica que o provedor de serviço de valor adicionado não requer qualquer autorização, permissão ou concessão da ANATEL para a consecução de suas atividades.

Destaca também que a ANATEL já analisou situação vivenciada pela empresa recorrente, em que a mesma se limita a prestar os serviços de conexão à internet, enquanto outra empresa é a responsável pelos serviços de comunicação multimídia, formando, com isso, uma relação triangular e que conforme Ofício de nº 38/2011 (anexado) reconheceu ser devidamente regular esta relação, em que o provedor de acesso à internet (recorrente) limita-se a prestar os serviços de acesso à internet.

Em outro tópico, a recorrente reforça 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), conforme dispõe o artigo 61 e parágrafos da Lei nº 9.472/97, a Lei nº 9.295/96, a Norma 004/95, a Resolução 73/98 dentro outros dispositivos aplicáveis à espécie.

Assevera que os serviços de provimento de acesso à internet não se prestam a promover uma efetiva relação comunicativa, mas sim a acrescentar novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. E para apoiar sua tese, a autuada recorre e expõe jurisprudências de diversos tribunais sobre o assunto em tela.

Adverte que o Auto de Infração ora guerreado afronta diretamente a decisão judicial transitada em julgado, obtida pela ABRAMULTI – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PROVEDORES DE INTERNET E OPERADORES DE COMUNICAÇÃO DE DADOS MULTIMÍDIA, da qual a recorrente é associada. Isto porque, a ABRAMULTI, associação criada para salvaguardar os interesses e direitos das empresas de provimento de acesso à internet, a exemplo da recorrente, 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.

Nesse contexto, aduz que se já existe uma decisão definitiva, transitada em julgada, em que foi declarada a não incidência do imposto estadual em face dos serviços de acesso à internet, inclusive perante o Estado da Bahia que seja mantida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão, nos termos do artigo 169 do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF/99/BA), ficando a recorrida impedida de promover qualquer medida tendente à cobrança destes importes, enquanto perdurar a discussão administrativa sob exame.

Não se cumprindo o determinado acima, que seja julgado totalmente Procedente o Recurso Voluntário em tela, reformando-se integralmente a decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento do CONSEF, com a consequente improcedência do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração epigrafoado, sendo extinto o lançamento tributário pleiteado pela recorrida.

Requer que todas as publicações do recurso ora analisado, e o processo administrativo dele decorrente sejam encaminhados para o endereço da recorrente, conforme endereço acostado no preâmbulo deste recurso, sob pena de nulidade.

Por fim, a recorrente protesta e desde já requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, por mais especiais que sejam, e outras provas que serão requeridas oportunamente,

inclusive contraprovas às produzidas pela recorrida.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, que por decisão unânime julgou procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir ICMS do sujeito passivo pela suposta falta de recolhimento do imposto por ter considerado receitas tributáveis como não tributáveis, em todo exercício de 2011, 2012, 2013, 2014 e parte de 2015 (janeiro à outubro).

A recorrente é empresa optante do simples nacional desde 2009, portanto paga todos os seus tributos embutidos em um único cálculo, nele incluído o imposto estadual cobrado neste lançamento fiscal. A autuada alega que de janeiro/11 à junho/13 limitou-se a prestar os serviços de acesso à internet (objeto deste lançamento fiscal) o qual entende não ser devido a tributação do ICMS e que somente à partir de julho/13 passou a prestar serviço de comunicação multimídia (concomitantemente com o serviço descrito anteriormente), a este último oferecendo a tributação conforme percentuais estabelecidos na tabela I da Lei Complementar nº 123/06.

Em sua informação fiscal o autuante rechaçou as alegações da recorrente, ao entender que para acesso e fruição dos serviços de comunicação é imprescindível a disponibilização destes serviços (acesso à internet) e consequentemente os valores cobrados ao usuário, independente do título que lhes seja atribuído ou da forma como lhes sejam exigidos, integram o valor do serviço e desta forma, de acordo com o ordenamento jurídico, são tributados pelo ICMS.

Ou seja, aqui não se discute se o sujeito passivo prestou serviço de acesso à internet (SCI) ou de comunicação multimídia (SCM). Até porque, a recorrente não negou os fatos, só se contrapôs ao lançamento de ofício alegando que os serviços de acesso à internet (SCI) não se configuram como serviços de telecomunicação, não estando no âmbito, portanto, da incidência do ICMS.

Resta claro então que toda celeuma desta peça reside na questão de o serviço de acesso à internet ser considerado uma atividade meio, também conhecido como “serviços de valor adicionado” e que não se confunde com o serviço de telecomunicação ou que se trata em verdade da própria atividade fim do serviço de comunicação, sendo portanto tributado pelo imposto estadual. Assim é preciso primeiro entender a diferença de serviço de acesso à internet (SCI) e de serviço de comunicação multimídia (SCM).

No Portal da Anatel, abaixo reproduzido, constam várias perguntas e respostas que ajudam à esclarecer os conceitos e as diferenças entre os dois tipos de serviços prestados pelo sujeito passivo: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?codItemCanal=1266>.

Nele, podemos constatar no tópico 3, que Serviço de Conexão à Internet (SCI), é o nome genérico que designa o serviço de valor adicionado que possibilita o acesso à internet a usuários e provedores de serviços de informações e que o provimento do SCI não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel, definição esta dada pela Norma do Ministério das Comunicações, nº 04 de 31/05/1995.

Os serviços de valor adicionado prestados pelas empresas de telefonia e informática são novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação da informação e sua previsão está no artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) e não constitui serviço de telecomunicação, conforme podemos interpretar no texto abaixo reproduzido:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição. § 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação

de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (grifamos).

A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), ao regulamentar os serviços a ela afetos, via Resolução nº 73/98, ratifica o dispositivo legal acima transcrito:

Art. 3º Não constituem serviços de telecomunicações:

I – o provimento de capacidade de satélite;

II – a atividade de habilitação ou cadastro de usuário e de equipamento para acesso a serviços de telecomunicações;

III – os serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei 9472 de 1997(grifamos)

De acordo com o artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96 que é o diploma legal competente para dispor sobre as normas do ICMS o ICMS não incide sobre “comunicação”, mas sim sobre a prestação onerosa de serviços relativos à comunicação:

Art. 12.

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

No âmbito judicial, a discussão principal está em saber quando as empresas executam ou não serviços de telecomunicação, passíveis da incidência de ICMS.

Importante debate ocorreu em maio de 2005, quando, a Primeira Turma decidiu que não caberia ICMS sobre as receitas decorrentes exclusivamente da prestação de serviço de acesso à internet (EResp - PR 456.650). Em dezembro de 2006, foi editada a Súmula 334, fixando jurisprudência com o enunciado de que “o ICMS não incide no serviço dos provedores de Internet”.

Súmula 334 - O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet. (Súmula 334, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 14/02/2007 p. 246)

O E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, também afastou a incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, pois estes não se enquadram no conceito de serviço de comunicação, conforme se observa na ementa abaixo:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. COMUNICAÇÕES. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS ADICIONAIS E ACESSÓRIOS, PREPARATÓRIOS OU INTERMEDIÁRIOS, POSTO QUE NÃO SE CONFUNDEM COM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

É o que também ensinam famosos juristas brasileiros, como por exemplo, Sacha Calmon, que entende “*que os serviços de acesso à internet se incluem no conceito de SVA, não se confundindo com o serviço de comunicação em si (prestado pelo detentor da infra-estrutura para tanto – o provedor de backbone)*” em **COELHO, Sacha Calmon Navarro. Tributação na Internet**, Barros Carvalho ao “*afirmar que o provedor de acesso à Internet apenas agrega a um serviço de telecomunicações preexistente “mecanismos adequados ao trato do armazenamento, movimentação e recuperação de informações”* em **CARVALHO, Paulo de Barros. Não-incidência do ICMS na Atividade dos Provedores de Acesso à Internet** e Soares de Melo que “*assevera que o provedor de acesso à Internet não é contribuinte do ICMS, pois em sua atividade limita-se a fornecer meios para a comunicação com a Internet (prova disso é que sem a infra-estrutura de telecomunicações o provedor de acesso não consegue ultimar nenhuma relação comunicativa)*” em **MELO, José Eduardo Soares de. Tributação na Internet**.

Além de todo exposto, em recente julgado deste Conselho, pela 1ª JFJ (Acórdão JFJ nº 0034-01/15), houve uma série de diligências com intuito de conhecer se o serviço prestado pelo então contribuinte era na verdade um serviço de acesso à internet ou serviço de comunicação multimídia. Vejamos abaixo trechos da citada decisão:

(...) de modo que os dados declarados pela empresa nos instrumentos às fls. 53, 54, 55 e 56 foram informados de forma equivocada, pois todo serviço considerado como “Faturamento Telecom” (SCM – Serviço de

Comunicação Multimídia) representa na verdade “Faturamento Provento” (SCI – Serviço de Conexão à Internet), ou seja, o serviço identificado como SCM diz respeito é a serviço SCI. Em face disso, o processo foi naquela ocasião retirado de pauta e enviado à ASTEC em diligência, a fim de que fosse intimado o contribuinte para que, no prazo de 30 dias, apresentasse planilhas relativas às prestações de serviços SCM e SCI do período considerado no presente Auto de Infração, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar o que havia sido alegado na sustentação oral (...).

(...) o órgão julgador não tem acesso aos fatos, tem acesso à versão dos fatos. Foi determinada diligência a fim de que a ASTEC intimasse o contribuinte para que apresentasse comprovações das prestações de serviços SCM e SCI, em demonstrativos distintos, bem como a documentação correspondente, de modo a provar os valores relativos ao chamado Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Em face das conclusões a que chegou a autoridade fiscal que cumpriu a diligência, no tocante à determinação do faturamento tributável pelo ICMS, que é o SCM oriundo de serviços da Rede Própria, tendo afinal elaborado demonstrativo de débito do imposto, no valor de R\$158.073,18, considero que está solucionada a dúvida (...).

Sobre a decisão replicada acima, a mim não resta dúvidas que a intenção das diligências era segregar, se fosse o caso, os faturamentos de ambos os serviços, pois se ficasse constatado que o autuado prestou serviço de acesso à internet, este estaria fora do alcance da tributação pelo imposto estadual.

No mais, a recorrente colacionou aos autos os documentos de cobrança emitidos contra os seus clientes. Tratam-se de notas fiscais de prestação de serviço (série A), de competência do município, bem como notas de débito, ambas com a descrição da prestação de “serviço de acesso à internet”, como também anexou os contratos firmados com as empresas que efetivamente prestavam os serviços de comunicação multimídia.

Portanto, não há aqui que se falar em valor devido a título de ICMS, ainda que a empresa seja optante do Simples Nacional, haja vista que a origem/natureza da obrigação exigida está relacionada à receita auferida pela autuada sobre a cobrança de serviço que dá o suporte ao serviço de telecomunicação, porém com o qual não se confunde. Trata-se de serviço preparatório ou de facilidade, sobre o qual resta claro que não incide o tributo em questão.

Ante o exposto, entendo que merece reforma a Decisão recorrida, haja vista que, de acordo com a LC nº 87/96, a legislação atinente aos serviços de telecomunicações e o entendimento pacificado do STJ, não é cabível a aplicação do Convenio ICMS 69/98, nem mesmo de Lei Estadual que preveja de forma idêntica o seu conteúdo. Portanto, deve ser reconhecida a não incidência do ICMS sobre os serviços de valor adicionado, entre os quais está o de acesso à internet.

No que tange 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 e cuja cópia foi apensada desde a sua impugnação, entendo que, apesar de se referir da mesma matéria objeto da autuação, o autuado apenas alegou ser associado, no entanto não carrou aos autos qualquer comprovação de sua assertiva.

Por fim, 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 pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR

Peço vênias ao nobre relator para divergir do entendimento esposado em seu voto, nos termos que segue.

Cumpra, inicialmente, ressaltar que a matéria decidida pelo TJ-BA não guarda correspondência estrita com a matéria objeto do presente julgamento, pois a corte estadual apenas deliberou que sobre determinados serviços de valor adicionado não incide o ICMS, mas não generalizou a sua conclusão, para os demais serviços já que não foram sequer objeto de questionamento no julgamento citado.

Outro ponto que merece destaque é o conceito de serviços de valor adicionado, pois, diferentemente do que afirma o relator, tais espécimes não possuem uma identidade em si, senão pelo fato de que são prestados a partir da plataforma de telecomunicações pré-existente. Não se pode, assim, querer generalizar o tratamento jurídico-tributário dado a essas prestações, já que envolvem situações absolutamente distintas, podendo, ou não, constituir-se em prestação de serviço de comunicação, a depender do caso concreto.

É importante frisar que tais serviços não são, sequer, limitados taxativamente, a partir de um rol previamente dado, pois se referem a prestações “novas”, boa parte delas envidadas de forma inédita, até então, que surgem (da mesma forma que desaparecem) em função da dinâmica da tecnologia setorial.

Imaginem, portanto, a partir desse contexto, que consequências teria concluir, de forma generalizada, que os serviços de valor adicionado não se constituem em fato gerador do ICMS. Teríamos uma “porta aberta” para o surgimento de novos serviços, sem a ocorrência de qualquer tributação, para situações inéditas, cuja descrição poderia coincidir com uma autêntica prestação de serviços de comunicações.

A decisão precisa, portanto, considerar o caso concreto e a natureza e peculiaridade de cada serviço existente, bem como dos novos que são criados a cada dia.

Ademais, a alínea “a” do Inciso II do § 1º do art. 13 da LC 87/96 prevê que todas as importâncias pagas, recebidas ou debitadas ao destinatário devem ser oferecidas à base de cálculo, nos termos a seguir:

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

*...
§ 1o Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:*

*...
II - o valor correspondente a:*

*a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;
...”*

Assim, não vejo como, à luz da legislação posta, seja possível prestar um serviço de valor adicionado, cobrando do destinatário, conjuntamente à cobrança pelo serviço de telecomunicações, e entender que se encontra fora do campo de incidência do imposto.

Ademais, a situação dos autos não tem relação com os serviços de valor adicionado, com a dimensão conceitual que lhe atribuiu a o art. 61 da Lei nº 9.472/97, pois o serviço autuado não foi prestado por uma companhia telefônica, mas por outra empresa que fez uso de um canal backbone (tronco principal de rede) para dar acesso (a terceiros) à internet. Não se trata, portanto, de uma facilidade criada por quem já cobra pelo serviço de telecomunicação.

Filho-me, nesse sentido, ao Parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado, nos autos do Processo nº PGE 2015.177296-0, excluindo-se da incidência do ICMS apenas os seguintes serviços conexos ao de comunicação, prestados por meio da telefonia móvel: a) troca de titularidade de aparelho celular; b) conta detalhada; c) troca de aparelho; d) troca de número; e) mudança de endereço de cobrança de conta telefônica; t) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de DDD e DDI; i) habilitação; e j) religação.

Tal entendimento se encontra consagrado no Incidente de Uniformização nº 02016.164780-0, editado pela PGE/PROFIS, divulgado em 22/11/2016 mediante Ofício GabIPROFIS/PGE nº 042/2016.

Como o presente lançamento não diz respeito à cobrança de qualquer dos itens acima listados, não vejo como acolher o presente recurso.

Do exposto, conheço e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 443274.0002/16-9, lavrado contra **COMPANHIA NACIONAL PARA INCLUSÃO DIGITAL LTDA. (CONID)** – EPP, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$125.381,26**, 75% prevista no art. 35, Lei Complementar nº 123/06 c/c 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.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Washington José Silva e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Tiago de Moura Simões, Paulo Sérgio Sena Dantas.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR/VOTO VENCIDO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS