

A. I. Nº. - 269133.0007/19-2
AUTUADO - SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFRAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0012-05/21-VD

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. A Lei Complementar nº 87/96, que estabelece as normas gerais sobre o ICMS, no seu art. 2º, inciso III, afirma que o imposto incidirá nas 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. Por esta regra, qualquer prestação onerosa de serviços de comunicação está sob a incidência do ICMS, salvo as exceções por lei estabelecidas. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no dia 27/12/2019, para formalizar a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$3.439.345,89, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de telecomunicação não escrituradas nos livros apropriados (01/2017 a 12/2018).

O sujeito passivo ingressa com a peça defensiva às fls. 14 a 20.

Aduz que, desde a sua constituição até os dias atuais, exerce somente a atividade de provedor de acesso à internet para consumidores finais, o que não caracteriza o serviço de telecomunicação previsto na hipótese de incidência do gravame.

Segundo relata, desempenha as suas funções por meio de aquisição onerosa das redes de serviço de telecomunicação de terceiros, não se confundindo com estes, que oferecem o suporte para que possa desenvolver a atividade-meio – sem a incidência do tributo -, o que já foi assentado pelo STJ na Súmula nº 334.

Nessa senda, ressalta que, desde a revogação do art. 267, IV do RICMS/12, o que ocorreu em 01/01/2015, deixou de existir amparo legal para a exigência de que se estar a tratar.

Segundo alega, juntamente com as notas fiscais relativas ao serviço que efetivamente realiza (SVA), emitiu, por mero equívoco de incomprensão da legislação, notas atinentes a Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), os quais jamais existiram.

Os artigos 2º e 3º do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Anatel por intermédio da Resolução nº 73/98 (fl. 17), juntamente com o art. 61 da Lei 9.472/97, elucidam com clareza que os Serviços de Valor Adicionado (SVA), na forma do art. 61 desta última, não se sujeitam à incidência do imposto em análise.

Para comprovar a sua argumentação, apresenta no documento 05, cópia de nota fiscal de aquisição de serviço de acesso à Internet junto à INTELIG/TIM, com a qual se constata que o autuado é usuário de serviço de telecomunicação prestado por terceiro (INTELIG/TIM), a quem cabe o lançamento e recolhimento do ICMS.

Ainda nesta operacionalização, na condição de provedor, acrescenta nova utilidade ao serviço de telecomunicação prestado pela INTELIG/TIM, oferecendo acesso aos usuários, que podem escolher os planos então ofertados.

Pugna pela nulidade ou improcedência.

Na informação fiscal, de fls. 79 a 86, o autuante diz não fazer sentido a alegação de cometimento de mero equívoco, decorrente de compreensão equivocada da legislação infraconstitucional, uma vez que o Convênio ICMS nº 78/01 dispõe sobre a redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de acesso à Internet.

Admite que o Convênio ICMS nº 57/11 autorizou o Estado da Bahia a revogar as disposições atinentes ao tema, o que ocorreu em 01/01/2015, o que, a seu ver, não significa inexistência de previsão legal sobre a incidência. Somente foi revogada a redução da base de cálculo, e não a hipótese legal de incidência.

Diz não ter encontrado entre as notas fiscais do Convênio ICMS 115/03 qualquer uma concernente ao SVA, mas apenas aquelas relativas ao SCM. Mesmo assim, somente entre setembro e dezembro de 2018, pois entre janeiro de 2017 e dezembro de 2018 os valores já haviam sido debitados na apuração e recolhidos, motivo pelo qual encontram-se “zerados” no demonstrativo de fls. 11/12.

Anexa os Pareceres GECOT/DITRI 35.957/2018 e 37.141/2018, ressaltando que o posicionamento oficial desta Sefaz é de que o ICMS incide sobre os fatos em enfoque.

Acrescenta que a sociedade empresária, além de prestar o provimento de acesso à Internet, também efetua vendas de pacotes de banda larga para pessoas físicas e jurídicas, em diversas velocidades (fls. 68 a 72), os quais necessitam de autorização da Anatel de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Para tanto, oferece equipamentos, cabos e rádios, todos de sua propriedade.

Requer seja o Auto de Infração julgado procedente.

O impugnante juntou petição, solicitando vistas do demonstrativo, com o consequente adiamento do julgamento, o que foi indeferido na assentada, tendo em vista que tal documento já havia sido entregue anteriormente, propiciando o amplo direito de defesa.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do ato administrativo, pois o auditor fiscal expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

No mérito, alinho-me pelos seus próprios fundamentos e por configurar o posicionamento oficial desta Sefaz sobre o tema em debate, com os Pareceres GECOT/DITRI nºs 35.957/2018 e 37.141/2018, colacionados às fls. 82 a 85, motivo pelo qual peço vênia para transcrever alguns dos seus trechos.

A Constituição Federal, no seu art. 155, inciso II, atribui aos Estados membros da Federação e ao Distrito Federal, a competência para instituir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação.

A Lei Complementar nº 87/96, que estabelece as normas gerais sobre o ICMS, no seu art. 2º, inciso III, afirma que o imposto incidirá nas 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. Por esta regra, qualquer prestação onerosa de serviços de comunicação está sob a incidência do ICMS, salvo as exceções por lei estabelecidas.

Essa mesma disciplina se encontra expressa no art. 2º, inciso VII da Lei Estadual nº 7.014/96, que disciplina o ICMS no âmbito deste Estado, a qual assim dispõe, expressamente:

"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;

(...)".

Isto posto, considerando especificamente os denominados Serviços de Comunicação Multimídia - SCM, e os serviços de provimento de acesso à Internet, cabe-nos tecer as seguintes considerações:

O Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia (dados, voz e imagem), utilizando quaisquer meios, a assinantes, dentro de uma área de prestação de serviço.

Para prestar estes serviços de banda larga fixa, a operadora precisa de uma autorização de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), outorgada pela Anatel. Está o mesmo sujeito à incidência do imposto estadual.

Da mesma forma, ao se contratar um provedor de acesso à Internet, negocia-se não apenas o provimento de conectividade, mas também um prestador de serviços de telecomunicações que lhe disponibilize o suporte que o interligue ao provedor. A prestação do serviço de provimento de acesso, portanto, pressupõe necessariamente a prestação de um serviço de telecomunicação.

Com efeito, ainda que o provedor utilize meio físico de um terceiro (a exemplo de um concessionário de serviços de telecomunicação), isso não afasta a sua condição de intermediário entre o cliente (usuário), e a rede mundial de computadores (Internet), caracterizando, assim, a efetiva existência de um canal de comunicação. O serviço de provimento de acesso à Internet, portanto, sempre que prestado de forma onerosa, é também considerado um serviço de comunicação incluído no campo de incidência do ICMS, caracterizando-se como contribuinte do imposto estadual todo aquele que atua na prestação desse serviço.

Diante de todo o exposto, temos que tais serviços se incluem no campo de incidência do imposto estadual.

Infração caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269133.0007/19-2**, lavrado contra **SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.439.345,89**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILo REIS LOPES – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR