

PROCESSO	- A. I. N° 281394.0004/17-1
RECORRENTE	- SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0008-01/19
ORIGEM	- DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/10/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0262-11/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Comprovado que os serviços prestados foram apenas de provimento à internet, prestações de serviços de valor adicionado – SVA, eis que o recorrente se utiliza de concessionárias de serviço público de telecomunicações, que lhe dá suporte na sua atividade de prover acesso à internet aos seus clientes e, nesta condição, conforme já sumulado pelo STJ, por meio do verbete de nº 334, “*O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet*”. Razões recursais capazes a modificação do Acórdão recorrido. Infração insubstancial. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª JJF, através do Acórdão nº 0008-01/19, que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir do contribuinte, sob Inscrição Estadual nº 42.045.519, débito de R\$ 758.259,69, acrescido da multa de 60%, inerente aos meses de janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015, em razão da seguinte acusação:

Infração 01 – 03.09.01

Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação.

Erro na aplicação da alíquota.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, após aduzir que o lançamento de ofício preenche todos os requisitos do devido processo legal e à ampla defesa; rejeitar as preliminares de nulidade arguidas e no mérito tecer as seguintes considerações:

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

O presente auto de infração trata da exigência de ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM), conforme descrito nos documentos fiscais emitidos pelo autuado.

Apesar de a defesa complementar ter sido protocolada após o prazo estabelecido na legislação, como não houve à época arquivamento pelo órgão preparador, considerarei as alegações adicionais neste julgamento com fundamento no princípio da verdade material.

A exigência fiscal contida neste Auto de Infração, não está em duplicidade com a exigência contida no Auto de Infração nº 281394.0003/17-5 (fls. 63 a 65). Neste Auto de Infração, a exigência decorre da constatação da falta de lançamento dos débitos fiscais na apuração do ICMS. O valor do débito fiscal foi apurado neste auto pela alíquota de 28%, com base nas notas fiscais emitidas pelo autuado e consignadas no registro de saídas, e estão acima do informado na DMA. No Auto de Infração nº 281394.0003/17-5, o que se exige é a diferença entre o valor informado pelo autuado na DMA como imposto a recolher e o efetivamente recolhido, segundo os

controles de arrecadação da SEFAZ. Logo, as exigências destes autos de infração não se confundem.

Também não pode ser alegado, que a falta de compensação neste processo de créditos fiscais vinculados aos serviços de comunicação multimídia prestados, se configura como uma afronta ao princípio da não cumulatividade do ICMS. A presente exigência fiscal não retira do autuado a apropriação de créditos fiscais a que faça jus. A apropriação extemporânea de eventuais créditos, deve ser objeto de requerimento, nos termos do art. 315 do RICMS, e a deliberação acerca do pedido deverá ser finalizada no prazo de 180 dias.

Porém, na apuração do imposto devido, o autuante considerou como crédito fiscal os valores destacados nas notas fiscais emitidas por empresas de telecomunicações, contra a SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA., referente à prestação de serviços de acesso à internet, inclusive em relação ao documento fiscal anexado pelo autuado à fl. 105, conforme demonstrativo à fl. 08.

A redução de base de cálculo do inciso IV, do artigo 267 do RICMS-BA, tratava de uma tributação que não tem relação direta com a exigência deste auto de infração. Não foi exigido neste auto de infração ICMS sobre a rubrica denominada “outros serviços (SVA)”, mas apenas sobre a rubrica “serviço multimídia – SCM”. Assim, não há porque se discutir acerca da observação do princípio da anterioridade nonagesimal, pois não houve qualquer mudança na legislação em relação à tributação de serviço de comunicação multimídia – SCM. Aliás, as prestações de serviço de comunicação multimídia (SCM) nunca gozaram de qualquer benefício fiscal no Estado da Bahia.

Ficam, assim, rejeitadas as arguições de nulidade.

O autuante anexou às fls. 21 e 22, cópias das Notas Fiscais nos 244560 e 244561, emitidas pelo autuado, onde constam como descrição dos serviços: “serviço multimídia-SCM” e “outros serviços-SVA”, sendo, em ambos, antecedido da expressão: “acesso à internet”. Constam, ainda, das fls. 24 a 27, documentos que comprovam autorização concedida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) ao autuado, emitida em julho de 2008, para prestação, em regime privado, do Serviço de Comunicação Multimídia, por prazo indeterminado.

No contrato de prestação de serviço de conexão à rede internet, anexo pelo autuado às fls. 106 e 107, consta como objeto a prestação de serviços de conexão à rede internet por acesso dedicado via cabo (UTP ou fibra) ou via rádio. À fl. 108, constam as modalidades de pacotes de internet que o autuado disponibiliza a seus clientes. Assim, fica evidente que o autuado não oferece simplesmente um serviço de provimento de acesso à internet, mas oferece a própria internet em diversas planos de velocidade. O autuado disponibiliza cabos e rádios de sua propriedade a fim de possibilitar a comunicação pela Internet, ainda que também utilize a infraestrutura de empresas de telecomunicações. Ele compra acesso à internet junto a empresas de telecomunicações e revende a seus clientes em diversos formatos de velocidade, ficando caracterizada a prestação de SCM.

Convém destacar, que os valores referentes aos serviços de comunicação multimídia (SCM), descritos nas notas fiscais emitidas pelo autuado, sofreram tributação normal, conforme lançamento com código CST 000 no registro de saídas à fl. 6427, do arquivo denominado “registros de saídas 2015” em CD à fl. 07.

Com base nos registros de saídas efetuados pelo autuado, o autuante apurou o valor das prestações registradas com o código CST 000, calculou o débito fiscal pela alíquota de 28% e abateu o valor informado pelo autuado na DMA referente a débitos fiscais relativos a prestações de serviços de comunicação tributadas pelo ICMS, afastando, como já informado, a possibilidade de ocorrência de duplidade de exigência fiscal com o Auto de Infração nº 281394.0003/17-5.

A respeito da alegação do autuado de que a sua atividade consiste exclusivamente em serviço de valor adicionado, saliento que, de acordo com o Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, foi arquivado o Incidente de Uniformização nº 2016.164780-0, que discutia a exclusão da tributação dos chamados serviços adicionais ao de comunicação. O arquivamento se deu por entenderem prudente aguardar o pronunciamento do STF acerca do tema. Explicaram que em recente decisão datada de 13/10/2016, nos autos do RE nº 912.888, com repercussão geral reconhecida, o STF afirmou a incidência de ICMS sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, circunstância que sugere a possível adoção, pela Corte Constitucional, de linha de interpretação diversa daquela até então trilhada pelo STJ. Sendo por este motivo não considerada a decisão proferida no Acórdão CJF N° 0339-12/15, relativamente ao serviço de valor adicionado, por ter sido anterior ao referido ofício da PGE.

A PGE complementou esclarecendo que prevalece a sua orientação, firmada nos autos do Processo PGE nº 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; f) troca de área de registro; g) troca de plano de serviço; h) bloqueio de DDD e DDI; i) habilitação; j) religação.

Convém destacar, que o ICMS incide não apenas sobre a prestação de serviços de “telecomunicações”, mas sobre todas as prestações onerosas de serviços de comunicação, da qual as “telecomunicações” são apenas uma modalidade. Assim, em que pese os “serviços de valor adicionado” não se constituírem em “serviço de telecomunicações”, nos termos do § 1º, do art. 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), não podemos concluir que estão fora do campo de incidência do imposto estadual.

Os serviços de valor adicionado são prestados a partir da plataforma de telecomunicações pré-existente. Assim, não é possível generalizar o tratamento jurídico-tributário dado a essas prestações, sem analisar o caso concreto. Esses serviços são dinâmicos. Surgem por meio de inovações tecnológicas e sofrem mudança de denominação à medida que são agregadas novas funcionalidades. Desse modo, não é possível se afirmar com segurança que qualquer serviço de valor adicionado não se constitui em fato gerador do ICMS. É necessário, portanto, se analisar o caso concreto e a natureza e peculiaridade de cada serviço existente.

Importante frisar que a alínea “a”, do Inciso II, do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 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, um serviço de valor adicionado cobrado do destinatário, não pode ficar fora do campo de incidência do ICMS. O autuado cobrou de seus clientes não apenas um serviço de provimento à internet, mas a internet em si. Não existe cobrança das empresas de telecomunicações junto aos clientes do autuado, mas uma venda de acesso à internet dessas empresas ao autuado, consignada nas notas fiscais anexadas das fls. 09 a 20.

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, sugerindo à Autoridade Fazendária competente, a possibilidade de realizar nova ação fiscal para analisar a viabilidade de exigência do ICMS sobre a rubrica denominada “outros serviços (SVA)”.

No Recurso Voluntário, às fls. 140 a 147 dos autos, inicialmente, o recorrente aduz que a exigência fiscal lhe atribuiu a prática da infração de “*recolhimento a menor do ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação, devido a erro na aplicação da alíquota. Ou seja, aplicou a alíquota de 5% quando deveria aplicar a alíquota de 28% nos exercícios de 2014 e 2015*”, tendo a JJF decidido pela manutenção do lançamento, por entender que a prestação de serviços realizada encontra-se no campo de incidência do ICMS, muito embora tenha sido comprovado nos autos, em mais de uma oportunidade, que a atividade praticada pelo contribuinte/recorrente está adstrita exclusivamente à prestação de serviço de provedor de internet, na modalidade SVA – Serviço de Valor Adicionado, cujo fato gerador do ICMS inexiste, nos termos da legislação pátria (art. 61, Lei nº 9.472/97; art. 3º, Res. Anatel 73/98 e Ofício nº 490/2017/PRRE/ANATEL).

O recorrente afirma que atua como provedor de acesso à internet utilizando-se de concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações e que a indicação de prática de SCM nas notas fiscais emitidas ocorreram por equívoco e erro na interpretação da legislação, do que anexou nota fiscal emitida pela Intelig para comprovar que é usuária de um serviço de telecomunicação prestado pela empresa que lhe dá suporte (fl. 105), bem como cópia do contrato de prestação de serviço de conexão à rede internet que celebra com seus clientes (fls. 101 a 104), sendo forçoso reconhecer que a documentação trazida é capaz de demonstrar de forma inequívoca a inexistência da realização de atividades estranhas ao provimento de acesso à internet na modalidade SVA, de modo a tornar improcedente a exação fiscal, baseado em mera suposição, devendo-se observar a verdade material.

Em seguida, o recorrente passa a tecer considerações sobre o princípio da verdade material e a reiterar que, desde a sua constituição, exerce tão somente a atividade de prestação de serviços de acesso à internet na condição de provedor de acesso à internet a consumidores finais, que são seus clientes/usuários, jamais realizando qualquer atividade/serviço de telecomunicação, em que pese admitir que, além da prática da prestação de Serviço de Valor Adicionado (SVA) que efetivamente realiza, por equívoco, emitiu notas fiscais em que sugeriu a suposta prática de prestação de serviço multimídia (SCM), crendo estar agindo em consonância com a legislação, a exemplo do Convênio ICMS 78/01 e suas alterações, que dispunha acerca da redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviços de acesso à internet. Porém, à luz do princípio da verdade material, jamais houve desempenho de atividades na modalidade SCM, tratando-se de mero equívoco na sua indicação junto às notas fiscais emitidas no período fiscalizado.

Destaca que os artigos 2º e 3º do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela ANATEL por meio da Resolução nº 73/1998, com clareza elucida que os serviços de valor adicionado, na forma do art. 61 da Lei nº 9.472/1997 não constituem serviços de telecomunicações.

Diz que o aludido art. 61 conceitua a correta delimitação do modo de desempenho do Serviço de Valor Adicionado – SVA, sempre pautado a partir de um serviço de telecomunicação prestado por terceiros, conforme a seguir:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o 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 a 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.

Assim, concluiu ser evidente que a recorrente, enquanto prestadora, de modo exclusivo, do serviço de valor adicionado – SVA não realiza qualquer serviço de telecomunicações a ensejar incidência de ICMS. Ao revés, na prestação de atividade de SVA é a recorrente que necessita de serviço de telecomunicação SCM que sustente, adquirindo de terceiros mediante contratação (conforme documentação anexa – Nota Fiscal de aquisição perante a TIM).

Diz que a preservação do serviço de acesso à internet, enquanto SVA, foi reiterada pela ANATEL através do Ofício nº 490/2017/PRRE-Anatel, ao afirmar que “... o Serviço de Conexão à Internet-SCI, enquanto Serviço de Valor Adicionado-SVA, nos termos da Norma nº 4/1995, do Ministério das Comunicações, **resta preservado**”.

Registra ser possível extrair do citado Ofício e das ditas normas que o serviço de acesso à internet pode ser prestado por meio de Serviço de Valor Adicionado (PSCI), ou por meio do Serviço de Comunicação Multimídia, bastando a identificação dos agentes envolvidos no processo para correta delimitação da atividade.

O recorrente diz que o desempenho de atividade “SVA” pelo contribuinte está adstrito ao uso, mediante aquisição onerosa das redes de serviços de telecomunicações de terceiros, que não se confunde com o mesmo. Deste modo, o serviço de internet é prestado por meio de uma parceria entre a empresa provedora de acesso à internet e a empresa detentora da outorga SCM, ocasião em que será identificado e caracterizado como SVA, cujo ICMS não incide, a exemplo do quanto já sumulado pelo STJ, por meio do verbete de nº 334, “O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet”.

Destaca que, nesta operacionalização, na condição de provedora, realiza nova utilidade ao serviço de telecomunicação adquirido da INTELIG/TIM, provendo acesso à internet aos seus clientes, cuja contratação se dá através da escolha, pelo consumidor, de um dos “PLANOS” ofertados e posterior assinatura do “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CONEXÃO À REDE INTERNET”, em anexos, razão pela qual não há qualquer prestação de serviço de telecomunicação, dentre eles a atividade SCM, desempenhada pelo recorrente, afastando a incidência do ICMS.

Deste modo, enquanto provedor, lhe compete transmitir ao usuário do serviço a informação indispensável para a realização da comunicação do usuário com a internet, mediante os meios técnicos que dispõe, sendo apenas provedor de acesso.

Pelo exposto, requer a nulidade e, subsidiariamente, a improcedência do Auto de Infração.

À fl. 159 dos autos, os membros desta 1ª CJF convertem o PAF em diligência à PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico, quanto à matéria, opinando sobre a incidência do ICMS no caso, tendo, naquela oportunidade, às fls. 162 a 168 dos autos, sido informado que:

- Segundo entendimento firmado pelo STJ – Súmula nº 334, não há incidência do ICMS nas prestações de provimento de acesso à internet, por se tratar as mesmas de serviços de valor

adicionado – SVA e que, neste sentido, trilhou Acórdão do TJ/BA sobre a questão.

- O disposto na Resolução nº 614/2013 da ANATEL definiu a conceituação de Serviços de Comunicação Multimídia – SCM, pela qual percebe-se que os serviços de provimento de conexão à internet podem estar incluídos no âmbito do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), conforme se extrai do advérbio “inclusive”, a seguir transcreto:

Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e interestadual, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

- Assim, podem ser prestados no bojo do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), como serviço adjeto, o serviço de provimento de acesso à internet. Na mesma toada, em sentido contrário, deflui-se que o serviço de provimento a internet não encerra o rol de serviços adstritos ao gênero de Comunicação Multimídia (SCM).
- Existe uma infinidade de tipos de serviços dessa modalidade como, por exemplo, provimento de acesso à internet via rádio, serviço de Voz sobre IP, a locação de equipamentos, monitoramento de alarmes e câmeras, controle de tráfego de veículos, rádio táxi, rádio chamada, etc.
- Deste modo, tendo o próprio autuado registrado, de forma genérica, a prestação de serviços de Comunicação Multimídia, necessário se faz termos indene de insegurança a exclusividade na prestação de provimento à internet, consoante sustentado pelo recorrente.
- Desta forma, para o deslinde da questão se impõe que seja colacionado aos autos, para demonstração da exclusividade nas operações de provimento à Internet, que o recorrente colacione aos autos o contrato celebrado com as operadoras de telefonia contratadas para cessão da sua plataforma de conexão à Internet, eis que o atendimento à diligência determinada à fl. 89 dos autos, não se prestou a trazer o embasamento necessário à verificação da exclusividade das atividades do autuado se circunscrever ao provimento de acesso à internet, sendo colacionado apenas um contrato de adesão genérico e o cartão do CNPJ.

Em consequência, à fl. 171 dos autos, o PAF foi encaminhado à repartição de origem para realização da diligência sugerida, às fls. 168 dos autos, nos termos do parágrafo anterior.

As fls. 176 a 179 dos autos consta informação fiscal do autuante na qual salienta que, conforme notas fiscais de serviço de comunicações (fls. 21 e 22), a empresa fornece outros serviços (SVA) e serviço multimídia (SCM), sendo este através de rede própria, inclusive com fibra ótica, conforme fls. 21 a 27, que é tributado pelo ICMS, do que reproduz publicação no Diário Oficial da União (fl. 24), a seguir:

<p>EXTRATO DE TERMO DE AUTORIZAÇÃO PVST/SPV N.º 174/2008 – ANATEL, DE 13 DE JUNHO DE 2008</p> <p>PARTES: Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e Saturno Comunicações Ltda. Espécie: Termo de Autorização. OBJETO: Autorização para prestação, em regime privado, do Serviço de Comunicação Multimídia, de interesse coletivo, em âmbito nacional e internacional, tendo como área de prestação todo o território nacional.</p> <p><i>A autorização é expedida a título oneroso, nos termos do art. 48 da LGT, sem caráter de exclusividade, por prazo indeterminado.</i></p> <p>SIGNATÁRIOS: Jarbas José Valente – Superintendente de Serviços Privados.</p> <p>Pela AUTOORIZADA: Christopher Amaral Sarmento e Dilson Amaral Sarmento – Sócios.</p>

Em seguida transcreve os artigos 1º ao 3º do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, art. 2º, VII da Lei nº 7.014/96 e Nota Técnica nº 01/2019 do Grupo de Trabalho 40 – Comunicações do CONFAZ (Ato COTEPE 48/19), do que destaca o seguinte excerto:

[...]

Essa modernidade trouxe uma mudança de procedimentos: para a conexão não há mais a necessidade de se buscar um provedor de internet (embora algumas empresas ainda tenham essa expressão na razão social ou a utilizem para tentar fazer crer que não prestam serviços de telecomunicações), pois ao usuário basta contratar

o serviço de uma única empresa: uma operadora de telecomunicações.

Assim, o que antes era um serviço à parte, de pequeno valor, mas separado do serviço de telecomunicações, passou a ser um procedimento simplório dentro de um serviço maior, o serviço de comunicação multimídia.

Todas as empresas que prestam serviços de acesso à internet necessitam de autorização da Anatel, uma vez que estão prestando serviços de telecomunicações e o antigo provedor de internet se tornou desnecessário.”

...
“A Súmula nº 334 do STJ (O ICMS não incide nos serviços dos provedores de acesso à Internet) foi editada quando ainda havia a necessidade de contratação dos serviços de provedor de internet, ou seja, em relação a fatos ocorridos na época em que o acesso à internet se dava pelas linhas discadas.

Obviamente que, com o avanço da tecnologia, o acesso em alta velocidade permitiu que os procedimentos de conexão fossem realizados de modo intrínseco ao serviço de telecomunicação contratado, a Súmula ficou com aplicabilidade muito restrita.

Aos poucos, os julgados foram se adaptando a essa nova realidade tecnológica, e o que se observa é um entendimento pacífico da Justiça pela desnecessidade de contratação de provedor para se obter o acesso à internet.”

Aduz, ainda, o autuante que, conforme Acórdão JJF nº 0008-01/19 (em análise):

No contrato de prestação de serviço de conexão à rede internet, anexado pelo autuado às fls. 106 e 107, consta como objeto a prestação de serviços de conexão à rede internet por acesso dedicado via cabo (UTP ou fibra) ou via rádio. À fl. 108, constam as modalidades de pacotes de internet que o autuado disponibiliza a seus clientes. Assim, fica evidente que o autuado não oferece simplesmente um serviço de provimento de acesso à internet, mas oferece a própria internet em diversas planos de velocidade. O autuado disponibiliza cabos e rádios de sua propriedade a fim de possibilitar a comunicação pela Internet, ainda que também utilize a infraestrutura de empresas de telecomunicações. Ele compra acesso à internet junto a empresas de telecomunicações e revende a seus clientes em diversos formatos de velocidade, ficando caracterizada a prestação de SCM.

Convém destacar, que os valores referentes aos serviços de comunicação multimídia (SCM), descritos nas notas fiscais emitidas pelo autuado, sofreram tributação normal, conforme lançamento com código CST 000 no registro de saídas à fl. 6427, do arquivo denominado “registros de saídas 2015” em CD à fl. 07.

Por fim, informa que, após intimação, o contribuinte apresentou “Contrato de Prestação de Serviço” celebrado entre a empresa Saturno Comunicações Ltda e a operadora INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (TIM), denominado “PROJETO COMERCIAL Serviço SCM Nº 348BHETRO2116”.

Às fls. 220/221 dos autos, consta Parecer Jurídico PGE, pelo qual, na esteira do Parecer de fls. 162/168, em conjunto com o Contrato Social de fl. 56, contrato de prestação de serviço de conexão à rede de internet (fls. 154/155), projeto comercial Serviço SCM (fls. 193/2011) e contrato de permanência de fls. 212/216, opina pelo provimento do apelo voluntário, pois, em que pese o recorrente estar autorizado a prestar Serviços de Comunicação Multimídia (SCM) pela ANATEL (art. 3º da Resolução nº 614/2013), apenas presta exclusivamente serviços de acesso à internet aos seus usuários, utilizando-se de plataformas de concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações.

Desta forma, segundo o Parecer da PGE, aplica-se o entendimento firmado pelo STJ – Súmula nº 334, no sentido da não incidência do ICMS nas prestações de provimento de acesso à internet, por se tratar as mesmas de serviços de valor adicionado – SVA, de cujo direcionamento trilhou acórdão do TJ/BA (*Apelação 0539541-09.2016.8.005.00001, julg. 02 de outubro de 2018*), cuja ementa transcreve.

À fl. 222 dos autos consta o Despacho PROFIS-NCA da Procuradora Assistente, Dr.^a Paula Gonçalves Morris Matos, pelo acolhimento do Parecer de lavra do Dr. José Augusto Martins Junior.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado contra o estabelecimento autuado, com Inscrição Estadual nº 42.045.519, para exigir o débito de R\$ 758.259,69, acrescido da multa de 60%, inerente aos meses de janeiro a dezembro de 2014 e fevereiro a dezembro de 2015, sob a

acusação de ter recolhido a menor ICMS relativo a prestação de serviço de comunicação, em razão de erro na aplicação da alíquota.

As razões recursais, em síntese, limitam-se a sustentar que a atividade praticada pelo contribuinte está adstrita exclusivamente à prestação de serviço de provedor de internet, na modalidade SVA – Serviço de Valor Adicionado, cujo fato gerador do ICMS inexiste, nos termos da legislação (art. 61, Lei nº 9.472/97; art. 3º, Resolução Anatel nº 73/98 e Ofício nº 490/2017/PRRE/ANATEL), já sumulado pelo STJ, por meio do verbete de nº 334, utilizando-se de concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações (Intelig) que lhe dá suporte.

Assim, no sentido de comprovar a exclusividade na prestação de provimento à internet, como dito pelo recorrente, a PGE/PROFIS, ao emitir parecer jurídico sobre a matéria, avaliou o Contrato Social do contribuinte, contrato de prestação de serviço de conexão à rede de internet, projeto comercial Serviço SCM e contrato de permanência, e opinou pelo provimento das razões recursais, concluindo que o contribuinte apenas presta serviços de acesso à internet aos seus usuários utilizando-se de plataformas de concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações e, desta forma, aplica-se o entendimento firmado pelo STJ (Súmula nº 334) de não incidência do ICMS nas prestações de provimento de acesso à internet, por se tratar as mesmas de serviços de valor adicionado – SVA, de cujo direcionamento trilhou acórdão do TJ/BA (Apelação nº 0539541-09.2016.8.005.00001).

Como bem citado no Parecer Jurídico da PGE, a solução da lide requer a comprovação do quanto alegado pelo recorrente de que somente prestou serviço de provimento à internet, na modalidade SVA – Serviço de Valor Adicionado, cujo fato gerador não incide ICMS, o que se confirmou, diante das seguintes considerações:

- A exação de R\$ 758.259,69 se lastreia no “*Demonstrativo de erro na aplicação da alíquota*”, à fl. 8 dos autos, em cuja apuração o autuante considerou o ICMS à alíquota de 28% sobre valor das prestações de serviço de provimento à internet realizadas pelo autuado aos seus clientes e deduziu: *i*) o ICMS recolhido de 5% sobre a fatura (art. 267, IV do RICMS/BA – vigente até 31/12/14) e *ii*) crédito fiscal destacados nas notas fiscais emitidas contra a autuada pela concessionária de telecomunicações, referente à prestação de serviços de acesso à internet;
- Às fls. 55 a 57 dos autos, consta da cláusula terceira da Décima Primeira Alteração do Contrato Social da Saturno Comunicações Ltda. que a sociedade tem por objeto a exploração da atividade de PROVEDORES DE ACESSO ÀS REDES DE COMUNICAÇÕES.
- Às fls. 9 a 20 dos autos, consta notas fiscais de prestação de serviço de comunicação de faturas contra o autuado, emitidas por concessionária de serviço público do ramo de telecomunicações (Claro S/A e Intelig/TIM) decorrentes do fornecimento de serviço de acesso à internet.
- Em que pese às fls. 21 e 22 dos autos constarem notas fiscais faturas emitidas pelo recorrente contra seus clientes consignando “Acesso à Internet – Serviço Multimídia-SCM” e “Acesso à Internet – Outros Serviço (SVA)”, verifica-se a existência de diversos Planos de Internet (fl. 23) e Contrato de Prestação de Serviço de Conexão à Rede Internet (fl. 154), cujo objeto é a conexão à rede na velocidade do plano escolhido no termo de adesão dos seus clientes.
- Às fls. 193/216 do PAF, consta Projeto Comercial Serviço SCM entre a Intelig Telecomunicações Ltda. e a Saturno Comunicações Ltda., com o objetivo de oferecer uma solução customizada completa de comunicação de dados e internet, para se adequar às necessidades do adquirente, compostas pelos produtos IP Fast e LAN Connect, como também Contrato de Permanência.

Tal documentação corrobora com a alegação recursal de que exerce tão somente a atividade de prestação de serviços de acesso à internet na condição de provedor de acesso à internet a seus clientes, consumidores finais, razão de comungar com o opinativo da PGE/PROFIS que analisou o conjunto probatório para verificar que os serviços prestados foram tão-somente de provimento à internet e, assim, concluir tratarem de prestações de serviços de valor adicionado – SVA, eis que se utiliza de concessionárias de serviço público do ramo de telecomunicações, no caso atual a

operadora Intelig/TIM, que lhe dá suporte na sua atividade de apenas prover acesso à internet aos seus clientes e, nesta condição, conforme já sumulado pelo STJ, por meio do verbete de nº 334, “*O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet*”.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0004/17-1**, lavrado contra **SATURNO COMUNICAÇÕES LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS