

A. I. Nº - 281081.0009/22-5
AUTUADO - ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08/05/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0069-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ASSINATURAS MENSAIS DE TRÁFEGO DE DADOS COM A INTERNET, COM IP DEDICADO 100%. FALTA DE RECOLHIMENTO. 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 tráfego de dados com a *internet* com IP dedicado 100% fornecidos pela empresa a seus clientes. Infração subsistente. Indeferido o pedido de perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 32.916.245,36, acrescido da multa de 60%, em razão de falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados. A empresa não ofereceu a tributação do ICMS, diversos serviços de telecomunicação referentes as assinaturas mensais de tráfego de dados com a *internet*, com IP dedicado 100%, fornecido pela empresa a seus clientes, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. (Infração 002.008.038).

O autuado impugna o lançamento fls.85/102. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que vem, respeitosamente, apresentar impugnação em face do Auto de Infração, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

Informa constar deste PAF que “possui um mandado de segurança nº 0509022-56 2013.1.05.0001, cópia apensada, que veda a cobrança pelo fisco baiano de ICMS sobre serviços de provimento a *internet*”, mas que tais serviços de provimento “*não foram objeto de tributação neste auto de infração*”. Repete o valor e o enquadramento legal do auto de infração.

Afirma que o Auto impugnado sustenta que prestou, entre 2018 e 2021, serviços de telecomunicações, alegando suposta prestação de serviços de tráfego de dados entre seus clientes e a *internet*, mediante *link* de IP dedicado. Ou seja, o Autuante entendeu, sem apresentar nenhuma prova ou evidência, além da menção “*tráfego de dados*” no objeto de alguns contratos da empresa, que essa, não presta serviços de provimento de *internet*, mas sim, serviços de telecomunicações, estes tributados por ICMS, ensejando o Auto em questão.

Entretanto, aponta que tem, desde 01/04/2020, decisão transitada em julgado, onde o Juízo da 1^a Vara da Fazenda Pública de Salvador/BA, no Mandado de Segurança de nº 0509022-56.2013.8.05.0001, que entendeu ter comprovado o desempenho da atividade de provedor de acesso à *internet*, determinando, portanto, a inexigibilidade de ICMS sobre tais valores.

Nota que o Mandado de Segurança, ainda teve por objetivo afastar o Auto de Infração nº 299634.0001/13-8, lavrado pelo ora Autuante, em 14/5/2013, com base na mesma alegação atual, qual seja, a suposta prestação de serviço diverso ao de provimento de acesso à *internet*.

Então, apresentou faturas emitidas em valores elevados das empresas Telemar Norte Leste S/A e Centurylink Comunicações do Brasil LTDA, referentes à aquisição de *links* de internet indicativos de atividade dependente de rede de telecomunicação preestabelecida por terceiros; anotação de responsabilidade técnica encomendada ao CREA/BA (BA2013.246614), onde se constatou que a atividade desenvolvida pela empresa era de provimento de *internet*. Ou seja, comprovou que seus serviços dependem de empresas de grande porte com acesso ao Ponto de Troca de Tráfego - PTT, característica inerente aos serviços de provimento de *internet*, um serviço de valor adicionado (SVA) não tributado pelo ICMS, conforme Súmula 334/STJ.

Assim, aduz que ante a prova inequívoca de prestação exclusiva de provimento de *internet*, aquele Juízo, então, concedeu a segurança pleiteada, ordenando que a impetrada, ora Autuante, e seus prepostos, se abstivessem de lhe exigir o recolhimento do ICMS sobre suas atividades de provimento de acesso à *internet*. A sentença em questão, de 22/10/2015, foi mantida em Segunda Instância, em 27/03/2018, tendo transitado em julgado em 01/04/2020, estampando que, no período apurado no Auto ora impugnado, a Autuada já havia provado em juízo, não prestar nenhum serviço além do de provimento de *internet*.

Diz que ao tentar reavivar a discussão natimorta e já decidida em processo judicial transitado em julgado, qual seja, a fictícia prestação de serviços diversos ao provimento de *internet* por parte da Autuada, o Autuante viola o instituto da coisa julgada.

Reitera que obteve decisão judicial transitada em julgada que atestou que, entre 2013 e 2020, prestou serviços de provimento de *internet*, classificados como Serviços de Valor Agregado (SVA), conforme art. 61, da lei 9.472/1997, onde não incide ICMS, vide Súmula 334/STJ.

Frisa que, o que intenta o Autuante, é violar a coisa julgada obtida, consubstanciada no Mandado de Segurança nº 0509022-56.2013.8.05.0001, ou seja, a ofensa à coisa julgada, definida pelo art. 337, § 4º, do Código de Processo Civil, pela repetição de “*ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado*”. Portanto, havendo tentativa de rediscussão de matéria já rechaçada por decisão judicial transitada em julgado, qual seja, a suposta prestação de serviço diverso ao de provimento de *internet* por parte da Autuada, há violação à coisa julgada, de forma que deve o Auto de Infração 281081.0009/22-5 ser anulado de plano, conforme art. 45, do Decreto nº 70.235/1972.

Entende que do Auto impugnado, constata-se que os valores de ICMS apontados como indevidamente não recolhidos, seriam devidos pela prestação de serviços de telecomunicações tributados por ICMS, esses consubstanciados na previsão contratual de oferta de “*assinaturas mensais de tráfego de dados com a Internet, com IP Dedicado 100%*”. Ou seja, a despeito do contrato social da empresa, seu CNAE e todas as disposições dos contratos de prestação de serviços com seus clientes, o Autuante entendeu que aquela primeira, por ofertar a seus clientes meios para o “*tráfego de dados com a Internet*”, teria se desviado da prestação de serviços de provimento de *internet*.

Entretanto, afirma que em momento algum, o Autuante trouxe qualquer prova ou indício mínimo de prestação de serviço diverso ao de provimento de *internet*, de forma que o suposto fato gerador de ICMS não está fundado no Auto em nenhuma constatação, mas na presunção de que o termo contratual “*tráfego de dados*” implica, inexoravelmente, serviço de telecomunicação.

Novamente, aduz ser mera provedora de *internet*, de forma que não possuiu *link* direto de acesso à *World Wide Web*, fazendo a aquisição desses *links* com grandes empresas de telecomunicações, ou seja, apoiando seus serviços em redes de telecomunicações preexistentes e de terceiros, adicionando àquelas novas utilidades, novos serviços.

Explica que esses novos serviços, que dependem das redes de telecomunicações preestabelecidas, foram definidos como Serviços de Valor Adicionado (SVA). No caso de decisão definitiva

favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora, exonerá-lo de ofício dos gravames decorrentes do litígio, conforme art. 61, da Lei 9.472/1997, e não se confundem, de maneira alguma, com os serviços de telecomunicações dos quais depende.

Esclarece que o teor do citado art. 61, da Lei 9.472/1997, traz expressamente a possibilidade de que os SVA's "acessem", "armazenem", "apresentem", "movimentem" ou "recuperem" informações, dados, de forma que quando seus contratos de prestação de serviços falam em "*tráfego de dados*", nada mais é, do que se prevê o "acesso" e a "movimentação" de dados, sem que isso configure um serviço de telecomunicação.

Em verdade, diz que o SVA de provimento de *internet* prestado, permite, intermedia, possibilita, que seus clientes finais utilizem a *internet*, via *links de acesso* adquiridos de grandes operadores de telecomunicações. Nesse norte, acosta a defesa Administrativa os contratos de *links de acesso* à *internet* que possui com as empresas que, efetivamente, prestam os serviços de telecomunicação aos quais o serviço de provimento de *internet* é dependente. Anexa notas fiscais dos serviços de telecomunicações contratados com as empresas, Telemar Norte Leste S/A e Centurylink Comunicações do Brasil LTDA.

Repete que não possui *link* direto de acesso à *internet*, adquirindo este de terceiros, empresas do ramo de telecomunicação, para vender a seus próprios clientes um meio de acesso à *World Wide Web*, intermediando tal acesso, o que é denominado provimento de *internet*, serviço este, que como dito e repisado, não é tributado por ICMS.

Comenta que a ITS foi construída para a prestação de provimento de *internet*; adquire *link* de *internet* de terceiros para prestar seus serviços de provimento; menciona expressamente em seus contratos que a prestação de serviços é para o provimento de *internet*, cobrando de seus clientes/contratantes apenas tais serviços; já provou judicialmente, em processo transitado em julgado, que não exerce atividades diversas ao provimento de *internet*, de forma que há arcabouço probatório de prestação de serviço de provimento de *internet*.

Assim, diz que a única forma de lastrear o Auto de Infração impugnado, seria o Autuante comprovar, mediante evidência mímina, de que presta, não os serviços previstos em seu contrato social e em seus contratos de prestação de serviços, mas sim, serviços de telecomunicação tributados por ICMS. Entretanto, inexiste tal evidência, de forma que a alegação de prestação de serviço de telecomunicação se baseia unicamente, na expressão "*tráfego de dados*" constante nos contratos com seus clientes, existindo qualquer prova de que esse "*tráfego*" seria dissociado do provimento de *internet*. Ou seja, afirma que deixou o Autuante de provar a existência de fato gerador, apenas "*presumiu*" a ocorrência desse, com base unicamente, em interpretação *atécnica* da citada expressão "*tráfego de dados*".

Entende, que não houve, portanto, qualquer tipo de comprovação capaz de demonstrar que, ao realizar "o envio e recebimento de dados e informações entre os computadores e servidores da empresa com *internet*" (texto do auto de infração e não do contrato), a Autuada estaria não provendo *internet*, mas sim, prestando serviço de telecomunicação tributado por ICMS.

Assim, não há prova de prestação diversa à de provimento de *internet*, de forma que o Autuante deixou de indicar, expressamente, o fato gerador do imposto dado como não recolhido, inviabilizando seus meios de defesa.

Comenta que não pode defender-se do Auto impugnado, se este apenas diz que "*tráfego de dados*" é serviço de telecomunicação. Portanto, requer a anulação do Auto de Infração, pois não indica o suposto fato gerador da exação, e impossibilita seu direito de defesa, violando a disposição do art. 59, inciso II, do Decreto 70.235/1972, c/c art. 142, caput, do CTN.

Argumenta que conforme vasta comprovação documental, exerce a atividade de provimento de *internet*, através do que se chama de IP dedicado, consubstanciado em um número de Protocolo de *Internet* outorgado e autorizado à Autuada pelo comitê Gestor de *Internet* no Brasil, o que irá ser transmitido dentro e através das redes de diversas Prestadoras de Serviços de

Telecomunicações, devidamente outorgados pela União, até o Ponto de Troca de Tráfego - PTT, onde diversos outros provedores de acesso à *internet* se encontram, de forma autônoma, identificados por um recurso de numeração denominado sistema autônomo de numeração, para trocarem tráfego entre si e entre outros PTT's espalhados pelo mundo e, também, interligados entre si, favorecendo seus clientes finais. Sobre o tema, cita o doutrinador José Eduardo Soares de Melo. Frisa que a função do provedor é tão somente controlar a transmissão destes protocolos de *internet*, não sendo ele quem cria ou quem os distribui.

Assim, o provedor de acesso à *internet* é apenas aquele que fornece acesso à *internet* através do controle da transmissão de protocolos, intermediando o acesso do cliente à rede mundial de computadores, utilizando-se dos meios técnicos pré-disponíveis, caracterizando um serviço de valor adicionado, conforme art. 31 da Lei 9.472/97, que reproduz.

Afirma que para viabilizar o serviço de provimento de *internet*, compra de terceiros o serviço de telecomunicação com acesso ao PTT, onde todos os dados dos clientes da *Internet* passam, para que então, efetue seu serviço de valor adicionado. Assim, sobre o serviço de transmissão de dados entre o PTT e o cliente da empresa de telecomunicação deve incidir o ICMS, o que não ocorre na prestação de serviço de provimento de acesso à *internet*, vez que apenas acrescenta um valor adicionado aquela rede de telecomunicação original, como fixado pela Súmula 334/STJ, que transcreve.

Entretanto, diz que nos contratos apresentados e indicados como exemplo pelo Autuante, a constatação é exatamente contrária à afirmação da prestação de serviços de telecomunicação. No referido anexo contratual, aduz ser descrito a especificação dos serviços: A1) Tipo de serviço contratado dedicado: IP dedicado; A2) Capacidade do canal dedicado: 100 MB, para tráfego de dados entre a rede computacional interna do Contratante, com a rede *internet*, bem como, o roteamento no ambiente da Contratada e serviços de DNS (primário e secundário) para navegação.

Esclarece que para tráfego de dados entre a rede computacional interna do Contratante, com a rede *internet*, bem como, o roteamento no ambiente da Contratada e serviços de DNS (primário e secundário) para navegação", é necessário a interconexão com o PTT através de uma rede de telecomunicações, que é exatamente o serviço de valor adicionado. Os serviços de telecomunicações aos quais, os serviços de provimento de *internet* dependem são feitos por empresas por ele contratadas para tal, conforme comprovam os contratos anexos. A partir de tais serviços adquiridos de terceiros, então faz o serviço de valor adicionado que é o Provimento de Acesso à *Internet*, transmitido pela rede destas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Colaciona duas notas fiscais exemplificativas da aquisição de serviços de telecomunicação, estes indispensáveis à prestação de seus próprios serviços de provimento de *internet*, sendo aqueles firmados na monta de quase R\$ 200 mil reais mensais, não fazendo qualquer sentido ter esse gasto mensal de grande valor, se houvesse a condição em realizar o suposto serviço de telecomunicação, ou seja, fica claro e evidente, que é realmente uma empresa de provimento de acesso à *internet*.

Destaca que, nos quatro contratos de prestação de serviços, exemplificados pelo Autuante, com as tomadoras: Conexman Monitoramento Segurança Eletrônica Automação Rede e *Internet* LTDA; Start Telecom LTDA; G3 Telecomunicações LTDA e Net Work Fiber Comércio e Serviços de Comunicação LTDA, constam expressamente a prestação de serviço de provimento de acesso à *internet*. Assim, a única forma de caracterização de fato gerador de ICMS nos serviços prestados seria a existência de prestações diversas ao provimento de *internet*, o que em momento algum foi comprovado pelo Autuante. Novamente, diz que todos os seus documentos, notas fiscais e escrituração indicam a prestação de SVA de provimento de *internet*.

Comenta que o Autuante deveria, então, ter comprovado seu entendimento, no sentido de que ao possibilitar "tráfego de dados", teria prestado serviço diverso ao de provimento de *internet*, o que não se vislumbra no Auto de Infração impugnado.

Esclarece, ainda, que para tráfego de dados entre a rede computacional interna do contratante, com a rede *Internet*, bem como, o roteamento no ambiente da contratada e serviços de DNS (primário e secundário) para navegação, é necessário a interconexão com o PTT através de uma rede de telecomunicações, sendo exatamente o serviço de valor adicionado. Os serviços de telecomunicações são feitos por empresas contratadas pela Autuada para tal, conforme comprovam os contratos em anexo, sendo que faz o serviço de valor adicionado denominado Provimento de Acesso à *Internet*, transmitido pela rede destas prestadoras de serviços de telecomunicações. Resta claro, portanto, que os serviços de telecomunicações e o de comunicação são diferentes e desassociados dos serviços de provimento de acesso à *internet*, podendo o executor deste utilizar-se de qualquer rede de telecomunicações, inclusive de uma rede neutra, para a prestação de seus serviços.

Nesse norte, assevera que os serviços de telecomunicações, como atividade-fim, são serviços prestados ao consumidor final (usuário ou assinante) por Pessoas Jurídicas devidamente habilitadas na forma do art. 1º, alínea “b”, e art. 9º, da Lei nº 5.194/1966, e disciplinados nos termos da Emenda Constitucional nº 8 de 1995, pela Lei nº 9.472/97, conforme definido no art.60 da referida Lei.

Aduz que os serviços de telecomunicações dependem de estações de telecomunicações e de uma “infraestrutura primária”, sendo o meio necessário e complementar para haver a comunicação, incluindo terminais portáteis (telefone móvel), acessórios e periféricos, conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários para haver à realização da telecomunicação, havendo na venda destes equipamentos o recolhimento do ICMS. Porém, não se encontra regulamento para a atividade de telecomunicações como atividade-meio, ou seja, há claramente uma neutralidade de rede de telecomunicações, ficando este ambiente, livre para a prestação de outros serviços que não se confundem com telecomunicações denominados de serviços de valor adicionado, conforme art. 61, da Lei 9.472/97, inclusive o de provimento de acesso à *internet*.

Já a atividade-meio é a disponibilização, através de sua locação, sublocação, direito de passagem ou cessão de direito de uso, arrendamento, execução e/ou a construção da infraestrutura denominada rede de telecomunicações para a prestação de serviços, que não se confundem com telecomunicações, conforme item 3.04 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, sendo assegurado ao seu provedor a sua utilização, conforme previsto no § 2º, do art. 61 da Lei 9.472/97.

Explica que as redes de telecomunicações são análogas a rodovias e são as verdadeiras estradas da informação ou comunicação, sendo que a prestação destes serviços é feita primária e indistintamente por pessoas físicas ou jurídicas devidamente habilitadas na forma de Decreto, conforme art. 09 da Lei nº 5.194/66. Os meios de redes de comunicações ou telecomunicações, podem ser fornecidos como infraestrutura básica “serviços-meio”, sendo que os recursos da rede que compõe a infraestrutura não se confundem com a prestação dos serviços em si, ou seja, a prestação de serviços de telecomunicações pode ser desagregada da rede de telecomunicações, portanto, a rede pode ser constituída de forma separada, sendo que a detenção destes recursos de infraestrutura de redes de telecomunicações ou comunicações, não é uma prerrogativa apenas de prestadores de serviços de telecomunicações como atividade-fim.

Reitera que: i) tem CNAE 6190-6/01 (*provedores de acesso às redes de comunicações*); ii) os contratos analisados pelo Autuante preveem expressamente, a prestação de serviço de valor adicionado; iii) comprovou ao Poder Judiciário baiano ter prestado serviços de provimento de *internet*; iv) possui arcabouço probatório robusto e não superado pelas rasas alegações do Autuante.

Portanto, o serviço prestado é de provimento de *internet*, este dissociado dos serviços de (tele) comunicações, caracterizando um SVA, não tributado por ICMS, e inexistindo prova técnica

mínima, no sentido de que os serviços que presta não são de provimento de *internet*, deve ser anulado o presente Auto de Infração.

Afirma que a discussão em questão, qual seja, a prestação de serviço diverso ao constante no contrato social, nos contratos de prestação de serviços e nas notas fiscais que emite, já foi analisada e finalizada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que concluiu, em duas instâncias, que os serviços prestados são de provimento de acesso à *internet*, não tributados por ICMS.

Ilustra a discussão efetuada e encerrada nos autos do Mandado de Segurança nº 0509022-56.2013.8.05.0001. Cita trecho da sentença proferida naqueles autos (fls. 305/312). Colaciona o teor do Parecer Ministerial nº 5616/2017, de autoria da Procuradora de Justiça Lucy Mary Thomas, acostado às fls. 361/365 daqueles autos, já em sede de Apelação.

Reitera novamente, que o que intenta o Autuante é contrariar o entendimento do judiciário baiano em ação transitada em julgado e cujo tema é exatamente o mesmo do caso em tela. Diz que não houve nenhuma mudança na sua situação, que continua provendo serviços de conexão à *Internet*, como pode ser verificado no objeto dos contratos juntados pela Administração Tributária e anexados ao processo, mas, ainda assim, de forma arbitrária, a empresa foi autuada e multada por suposto não recolhimento de ICMS, ferindo o direito já proferido pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Registra que o direito em questão, é independente da forma da capacidade do canal dedicado, da tecnologia utilizada, dos equipamentos utilizados, da capacidade de transmissão, ou qualquer outro fato relacionado à efetivação do serviço de provimento de *internet* prestado. Aponta que o Autuante cria entendimento divergente próprio, em benefício próprio, para efetuar cobrança de ICMS indevido, buscando tributar a prestação de serviço, como serviço de comunicação, sem qualquer comprovação de caráter técnico de que, comprovadamente, é serviço de valor adicionado, não tributado pelo ICMS. Portanto, ausente comprovação de fato gerador de ICMS previsto nos art. 1º, inciso III, da Lei 7.014/1966, deve o Auto de Infração ser improcedente. Afirma que o Auto traz ainda, que a empresa de forma deliberada, não tributa os supostos serviços de comunicações, portanto, para correta cobrança do ICMS devido sobre estes serviços tributados, foi incluído o ICMS na base de cálculo de apuração do imposto, conforme determina artigo 17, parágrafo 11, da Lei 7014/96. Entende que certamente, o Autuante também se equivocou, majorando a base de cálculo do ICMS, realizando o cálculo por dentro. Esse tratamento é dado exclusivamente, para a apuração do ICMS em casos de importação e operações interestaduais. Em todos os dispositivos legais citados no Auto, não há indução nem tratamento sobre a inclusão de 28% (vinte e oito por cento) do ICMS sobre a base de cálculo.

Explica que no dispositivo citado, o mesmo menciona apenas, os valores inerentes à instalação e entrega do serviço ao consumidor final. O Auto ignorou também, o art. 20 da Lei 7.014/96. Como determina este artigo, se as operações não têm preço determinado, a base de cálculo do imposto é o valor corrente, como pode nas prestações da autuada, o imposto incorporar as prestações com o preço determinado? Exemplifica o cálculo com valores da planilha tomados mensalmente.

Aponta que com este arbitramento indevido da base de cálculo do ICMS, sobre o faturamento destacado no período, a empresa é onerada em um montante de 39% (trinta e nove inteiros percentuais) de ICMS, sobre o faturamento real do período, e este imposto com os acréscimos, totaliza 65,35% (sessenta e cinco inteiros e trinta e cinco centésimos percentuais) sobre o faturamento total. O que é irracional e ilógico.

Diante do exposto, entende que não há respaldo legal para incluir o ICMS na base de cálculo dos serviços prestados. Portanto, também por isso, deve ser improcedente o Auto de Infração.

Após a exposição dos fatos, conclui que o auto de infração deverá ser julgado improcedente, pelas seguintes razões: a) o Auto de Infração ofende a coisa julgada consubstanciada no Mandado de Segurança 0509022-56.2013.8.05.0001, cuja decisão transitou em julgado em 01/04/2020; b) o Auto

não indica, expressamente, o suposto fato gerador de tributo apontado, mencionando, sem qualquer prova técnica, que presta serviços de telecomunicações; c) já teria comprovado ao TJBA, ser prestadora de serviço de provimento de *internet*, este não tributado pelo ICMS, de forma que, para a legitimidade do Auto, seria indispensável a apresentação de prova em sentido contrário, o que não é possível, pois de fato, a empresa é prestadora de serviço de provimento a *internet*.

Requer, ante a fundamentação apresentada e os vícios insanáveis apontados, que seja o auto de infração julgado improcedente, com o arquivamento de seu respectivo PAD.

O Autuante presta a informação fiscal fls. 107 a 115. Aduz que o contribuinte em lide foi flagrado no cometimento da irregularidade apontada no auto de infração.

Explica que a empresa não ofereceu a tributação do ICMS diversos serviços de telecomunicações, referentes a assinaturas mensais de tráfego de dados com a *Internet* fornecidos pela empresa a seus clientes. Sintetiza as alegações defensivas. Afirma que a defesa anexa apenas 04 notas fiscais dos serviços de telecomunicações contratados com as empresas Telemar Norte Leste S/A e Centurylink Comunicações do Brasil.

Inicialmente, esclarece que a fiscalização, em nenhum momento desrespeitou a decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança de nº 0509022-56.2013.8.05.0001, visto que, neste auto de infração em lide, não foi realizada nenhuma cobrança fiscal relativa a Prestação de Serviços de Provimento a *Internet*, serviço classificado como de valor agregado (SVA), objeto do mandado de segurança.

Esclarece que esta decisão judicial, apesar de ter sido transitada em julgada em 2020, devido a lentidão da justiça, trata apenas de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010 a 2013, visto que, o Mandado de Segurança nº 0509022- 56.2013.8.05.0001 foi dado entrada em 29/07/2013, para defender-se contra o Auto de Infração 299.634.0001/13-8 lavrado em 15/05/2013, que cobrava fatos geradores dos exercícios de 2010 e 2011, época em que a empresa era apenas, um Prestador de Serviço de Conexão a *Internet* (PSCI), que era um Serviço SVA, não tributado pelo ICMS.

Explica que, como sabemos, entre o ano de 2013 e os anos de 2018/2019, houve o surgimento da *Internet* Banda Larga, ocorrendo um enorme avanço tecnológico que mudou completamente a realidade dos serviços prestados pela ITS Telecomunicações, devido ao enorme crescimento tecnológico na infraestrutura da empresa, já evidente em 2018 e 2019, fato que demonstrará e vai explorar mais à frente, no decorrer da informação fiscal.

Ressalta que os exercícios que são efetivamente, objeto da cobrança, são 2018 e 2019. A empresa ITS Telecomunicações foi autuada por não oferecer a tributação do ICMS, diversos Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), todos prestados através de sua Banda Larga, com IP 100% dedicado, fornecidos com diversas velocidades de tráfego de dados, que possibilitam a seus clientes realizar a Transmissão de Dados em alta performance para realização de *Downloads*, *Uploads*, Sinais de Áudio, Vídeo, Voz, Imagens, Textos, Animação, Gráficos, Serviços de Vídeo Chamadas, Teleconferências *on-line*, além de diversas outras informações de qualquer natureza, utilizando sua Rede Própria de Fibra Ótica e de *Backbones*.

Salienta que, apenas os Serviços de Comunicação Multimídia (SCM) prestados pela empresa foram objeto de autuação, conforme pode ser apurado nos anexos de cobrança 02, 03 e 05, apensos ao PAF, folhas 07 a 18. Cita alguns exemplos dos serviços SCM objetos da cobrança: Provimento de Acesso a *Internet* 1GB; Provimento de Acesso a *Internet* 10MB; Provimento de Acesso a Internet 500MB; Provimento de Acesso a Internet 2GB; Provimento de Acesso a Internet 300MB; Provimento de Acesso a Internet 1.5GB; Provimento de Acesso a Internet 600MB; Provimento de Acesso a Internet 3,75GB; Provimento de Acesso a Internet 6.1GB; Provimento de Acesso a Internet 20MB; Provimento de Acesso a Internet 750MB, etc.

Frisa que todos estes serviços (SCM) são tributados pelo ICMS, de acordo com legislação vigente na Lei 7.014/96, nos seus artigos 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII e art. 32. Traz algumas informações importantes como:

Conceito de SCM (Serviço de Comunicação Multimídia): O SCM é regido pela Lei Geral de Telecomunicações. Ele também é, dessa forma, não apenas regulamentado, mas fiscalizado pela Anatel. Assim sendo, por definição de sua natureza, o SCM é um conjunto de atividades ou serviços que facilitam a oferta de transmissão, emissão ou recepção de informações. Estes serviços são, efetivamente, serviços de telecomunicações e são tributados pelo ICMS, conforme Resolução nº 614/2013 da ANATEL. O Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução 614/2013, incorporou o provimento de conexão à *internet* a seu escopo, ou seja, a conexão à *Internet* pode ser inerente à prestação do SCM.

Na Resolução ANATEL nº 614/2013, art. 3º, estabelece que o 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, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

Observa que com a aprovação da Resolução 614/2013, o Serviço de Comunicação Multimídia incorporou o provimento de conexão à *internet* a seu escopo, ou seja, a conexão à *Internet* passou a ser inerente à prestação do SCM. Após aprovação do SCM, em 2013, a Secretaria de Telecomunicações, ao analisar a situação atual do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) observou que “para o acesso à rede mundial de computadores, não é tecnicamente necessária a intermediação do PSCI”. O Serviço de Comunicação Multimídia oferta diretamente a capacidade ‘dedicada’ de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia para acesso à *internet* em banda larga”. Portanto, não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI), para a conexão à *internet* em banda larga, porque o PSCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia. Inclusive, esse entendimento é corroborado pela Nota Técnica, da Secretaria de Telecomunicações, que transcreve.

Portanto, diante do avanço tecnológico proporcionado pelo Serviço SCM, assevera que fica evidente que os serviços PSCI se tornaram funcionalidades inerentes ao próprio serviço de telecomunicações e passou a fazer parte dos serviços de telecomunicações que dão suporte à rede mundial de computadores. Fica demonstrado que o serviço PSCI, em relação à internet em banda larga (compreendidas aqui os acessos não discados) deixou de ser Serviço de Valor Adicionado (SVA), para agregar a definição de uma modalidade de serviço de telecomunicações do SCM, tributado pelo ICMS.

Após estas considerações, elenca 05 fatos que comprovam de maneira incontestável, que a empresa nos exercícios autuados de 2018 e 2019, não mais ofertava a seus clientes, Prestação de Serviço de Conexão a Internet (PSCI), passando a ofertar apenas, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

a) *Fato 01:* A empresa ITS Telecomunicações conforme termo PVST/SPV nº 196, pede a ANATEL “Autorização para Exploração de Serviço de Comunicação Multimídia” (SCM), mediante o pagamento de uma outorga, com a finalidade de poder ofertar a seus clientes, em âmbito nacional e internacional, serviços de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia utilizando quaisquer meios, dentro de uma área de prestação de serviço. A ANATEL através do Ato 3.704, concede a Autorização para a ITS Telecomunicações, explorar os Serviço de Comunicação Multimídia” (SCM), em todo território nacional. Todos estes documentos estão apensos ao PAF as folhas 135 a 150.

b) *Fato 02:* A empresa ITS Telecomunicações, nos exercícios autuados de 2018 e 2019, não ofertava mais aos seus clientes os planos de simples conexão com internet (PSCI), ofertando exclusivamente, os Serviço de Comunicação Multimídia” (SCM), através da venda de Pacotes de Banda Larga com variadas capacidades de transmissão de dados e velocidades, com oferta de IP Dedicado, sendo estes serviços prestados, através de sua rede própria de Fibra Óptica, rádio, e dos seus *Backbones* próprios.

Todas essas ofertas, estão devidamente comprovadas pelo fisco e expostas no *Site* oficial da ITS Telecomunicações, através do *link*: *Banda Larga - ITS Brasil*. Apensa ao PAF algumas dessas ofertas SCM, folhas 116 a 129. Os Serviços de *Internet Banda Larga* com IP dedicado ofertados pela ITS no seu *site*, oferecem diversas velocidades para tráfego de dados, ou seja, quanto maior o pacote de banda larga contratado pelo cliente, mais caro e maior será a sua capacidade de transmissão de dados em alta velocidade, que possibilitará a execução, em alta performance, de *uploads*, *downloads*, sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e áudio, animação, gráficos e textos, serviços de vídeo chamadas, teleconferências *on-line* e outras informações de qualquer natureza, ou seja, “Exploração de Serviço de Comunicação Multimídia” (SCM).

Ressalta que no *site* oficial da empresa para comercialização de seus produtos, não existe nenhuma oferta de venda aos clientes que ofereça apenas, o serviço de conexão e provimento a *internet* (PSCI). *Site: Banda Larga - ITS Brasil*, conforme todas as ofertas anunciadas, fica evidente que a ITS Telecomunicações passou a oferecer o autenticador de conexão, o tal provimento de acesso à *internet*, sem nenhuma cobrança aos seus clientes, visto que, este serviço já está incluso no preço do pacote de banda larga contratado, não sendo necessário pagar nenhum valor adicional por ele. Diante dos fatos, fica comprovado que os Pacotes de Banda Larga vendidos aos clientes não discriminam, em nenhum momento, a cobrança, à parte, do serviço de conexão à *internet*, evidenciando que o mesmo, já está incluso no preço do pacote contratado da Banda Larga.

De acordo com os fatos descritos, observa que com a aprovação da Resolução 614/2013, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) incorporou o provimento de conexão à *internet* a seu escopo, ou seja, a conexão à Internet passou ser inerente à prestação do SCM. Portanto, fica claro que a empresa ITS ofertou, nos exercícios de 2018 e 2019, os Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), conforme autorização concedida pela Anatel, de acordo com suas ofertas apresentadas em seu *Site Oficial*, e também com os serviços descritos no quadro de especificações técnicas nos contratos com todos seus clientes, tudo apensado ao PAF.

c) Fato 03: nos pacotes de Banda Larga ofertados aos seus clientes, com *IP Dedicado*, prestados através de fibra óptica ou rádio, a ITS telecomunicações confessa, que possui rede própria de fibra óptica e *Backbones*, com cobertura em todo nordeste, para prestar serviços aos clientes com 100% de garantia, estabilidade, velocidades idênticas de *download* e *upload* e diversos outros serviços de comunicação, conforme descrição de oferta de produtos, que confirma as afirmações e estão acostados ao auto de infração as folhas 120 e 121. Tendo em vista que a ITS Telecomunicações possui seus próprios *Backbones* e Rede de Fibra Ótica, fica comprovado que a empresa está prestando sozinha, o serviço de comunicação, estando aí incluído também, o serviço de telecomunicação.

Anota que a alegação da empresa de aquisição de meios de rede no montante de aproximadamente R\$ 200.000,00 mensais, não foi comprovada com documentação suporte, visto que apenas 03 notas fiscais foram anexadas pela empresa, folha 153 a 156 deste PAF.

Informa que não existe nenhuma aquisição de serviço de comunicação de terceiros em sua DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS) nos exercícios de 2018 e 2019, fato que não comprova a informação prestada pela empresa. Estas DMA estão apensas ao PAF as folhas 151 e 152. Considerando as 03 notas fiscais anexadas pela defesa, que não estão declaradas na DMA, conclui que estas aquisições não modificam os fatos apurados, visto que se mostram aquisições de valores irrisórios de R\$ 228.300,00, tendo em vista o seu faturamento de R\$ 87.382.935,92, em 2018 e 2019, que seriam equivalente a insignificantes 2,61% do total faturado, ficando evidente se tratar de compras realizadas para suprir, em algum momento, alguma necessidade momentânea ou específica da empresa.

Acrescenta que, caso realmente “existissem” todas as outras notas fiscais de compras que não foram anexadas, e que não constam na Declaração e Apuração Mensal de ICMS (DMA), que

pudessem comprovar tais aquisições de R\$ 200.000,00/mensais, ainda assim, continuariam sendo aquisições insignificantes, equivalentes a apenas 5,48% do seu faturamento em 2018 e 2019. Salienta que a ocorrência de pequenas compras de *link* de terceiros, em nada altera a relação comercial entre a ITS telecomunicações, prestador de serviço de banda larga (SCM) e seus clientes. A relação comercial onerosa de prestação de serviço de comunicação (SCM) permanece a mesma, visando possibilitar a comunicação desejada, que foi contratada e paga diretamente a ITS Telecomunicações pelos clientes.

Assevera ser evidente que é a própria ITS por meios de sua infraestrutura, quem recebe a mensagem com a incumbência de passá-la adiante, com destino à *Internet*, de acordo com contratos com clientes, servindo de “mensageiro”, vale dizer, de terceira pessoa que se obriga a levar a mensagem do usuário até a *Internet*. Portanto, mesmo nestes casos, continua havendo a prestação do serviço de comunicação pela ITS, que é a responsável pela comunicação contratada pelo cliente, independente de ocorrer alguma terceirização de serviço, caracterizando definitivamente a prestação de serviço de comunicação, sujeito ao recolhimento do ICMS.

Afirma que a Constituição não limita a incidência do ICMS aos serviços de telecomunicações. A Lei Complementar 87/1996 estabelece, em seu art. 2º, que incide o ICMS sobre “prestações onerosas de Serviços de Comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

d) Fato 04: Os Contratos Comerciais estabelecidos entre a ITS Telecomunicações e seus principais clientes, comprovam de forma irrefutável, no seu *Quadro de Especificações Técnicas do Serviço*, que a empresa ITS Telecomunicações comercializa exclusivamente, Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), prestados através de sua Banda Larga, com IP 100% dedicado, fornecidos com diversas velocidades de tráfego de dados, que garantem o tráfego pelo canal, para que seus clientes possam realizar a transmissão de dados em alta performance. Acrescenta ainda, que a empresa, no campo objeto dos seus contratos, informa que presta apenas, Serviços de Valor Adicional a *Internet*. Essa informação/descrição se mostra totalmente incompatível com os serviços SMC informados no Quadro de Especificações Técnicas do Serviço. Informa que os Contratos estão devidamente apensos ao auto de infração as folhas 23 a 62.

e) Fato 05: conforme os fatos expostos, a realidade confirma, que a empresa ITS Telecomunicações divulga e comercializa em seu *Site* oficial “*Banda Larga - ITS Brasil*”, apenas Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), Banda Larga, que são de natureza idêntica aos mesmos Planos Banda Larga (SCM), que são prestados pelas empresas TIM, VIVO e CLARO, conforme pode ser apurado nas cópias impressas fls. 130 a 134 deste PAF, e também no *link* oficial destas empresas: Vivo Fibra / Tim Internet |TIM Fibra |. Assine 0800 777 1919 e Planos de *Internet* Residencial | Banda Larga Claro NET Virtual.

Aponta que as empresas TIM, CLARO e VIVO, tributam todos seus Planos de Banda Larga (Serviço de Comunicação Multimídia - SCM), com a alíquota de 28% de ICMS no Estado da Bahia.

Observa que a empresa ITS Telecomunicações vem praticando uma concorrência nociva no mercado baiano, ao não tributar em 28% seus Planos de Banda Larga, Serviço de Comunicação Multimídia, de natureza idêntica aos seus concorrentes, Vivo, Claro e Tim. Desta forma, a empresa vem crescendo e conquistando clientes na Bahia, em detrimento de empresas do mesmo segmento, que ofertam e tributam corretamente os seus Planos de Banda Larga (Serviço de Comunicação Multimídia). Este fato vem trazendo enormes prejuízos ao Erário baiano, em virtude desta evasão fiscal, que apenas nos exercícios de 2018 e 2019 alcançam os expressivos valores atualizados de R\$ 60.248.389,28, cobrados neste auto de infração. Em seu *Site* oficial, a empresa confirma seu crescimento: “A ITS Brasil está presente em mais de 40 municípios, com investimento acelerado e com ampliações contínuas, expandindo sua capacidade de atender empresas, provedores, operadoras e governo.” Vide *Link*, “*Para Você - ITS Brasil*”, e folha 121 deste PAF.

Diante de todos os fatos e provas demonstrados pela fiscalização em relação a defesa, fica comprovado que a impugnação do autuado está amparada em fatos inverídicos e em falsas premissas legais, visto que se baseia numa realidade de 2013, sem levar em conta os enormes avanços tecnológicos ocorridos na ITS Telecomunicações, que investiu bastante nos últimos 05 anos, especialmente em sua infraestrutura física e tecnológica, possuindo hoje rede própria de fibra ótica e de *Backbones*, que a capacitou para autuar em mais de 44 municípios, ofertando Serviços de Comunicação de Multimídia, via sua Banda Larga com IP *Dedicado* de alta qualidade, realidade completamente distinta de 2010 a 2013, época que prestava apenas serviços PSCI de conexão à *internet*. Diante dos fatos expostos, fica comprovado que não houve nenhuma violação da coisa julgada no Mandado de Segurança de nº 0509022-56.2013.8.05.000.

Conclui com a certeza de ter comprovado que a ITS Telecomunicações, devido a sua enorme evolução tecnológica, deixou de ser um Simples Provedor de Conexão com a Internet (PSCI), serviço de valor adicional (SVA) isento do ICMS, e se tornou, sem sombra de dúvidas, um Prestador de Comunicação de Multimídia (SCM), que é um Serviço de Telecomunicação tributado pelo ICMS. Portanto as alegações da autuada não devem prosperar por falta de amparo legal e material. Assim, mantém a ação fiscal de cobrança na sua integra.

Sobre o item 03 da defesa, alegação de nulidade do auto de infração em lide, informa que consta claramente no lançamento de ofício: o fato gerador, a alíquota, o imposto, a descrição dos fatos e sua capitulação legal, que são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, portanto, a alegação da autuada não merece prosperar, sendo mantida a exigência fiscal de cobrança na sua integra, posto que nos argumentos e fatos expostos a defesa se mostra incapaz de elidir a ação fiscal.

No item 04 da defesa, onde é questionada a base de cálculo, cita a Lei nº 7.014/96, art. 17, inciso VIII e incisos XI e XIII, do art. 4º, § 1º, onde se confirma que o ICMS integra sua própria base de cálculo. Frisa que tendo em vista que a empresa ITS Telecomunicações, por sua conta e risco, decidiu não oferecer a tributação os seus Planos de Internet Banda Larga, Serviços de Comunicação Multimídia, fica evidente que o valor do imposto não fez parte da base de cálculo cobrada dos seus clientes. Portanto, cabe ao fisco baiano, incluir o valor do imposto na sua base de cálculo, exatamente como foi apurado em todas as planilhas de cobrança: Anexos 01, 02, 03, 04 e 05", na coluna base de cálculo, utilizando a alíquota vigente de 28% de ICMS. Tudo apurado conforme Anexos de cobrança 01, 02, 03, 04 e 05, apensos ao PAF, as folhas 07 a 18.

Portanto, a base de cálculo foi corretamente apurada pela fiscalização, inclusive esta é a jurisprudência administrativa deste CONSEF. Sobe o tema cita alguns Acórdãos desta jurisprudência: JJF Nº 0127-05/14, CJF Nº 0234-12/16, CJF Nº 0260- 13/13, CJF Nº 0272-11/16 e CJF Nº 0261-12/17.

Por tudo quanto exposto e mediante as considerações apresentadas, conclui pela procedência integral da ação fiscal, que resultou na exigência do crédito tributário lançado de ofício, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Colégio, um julgamento exemplar pela procedência total do presente auto de infração.

VOTO

Preliminarmente, após analisar as peças componentes do presente PAF, mesmo não tendo sido alegado questões específicas sobre nulidades, não vislumbro na autuação, qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do Autuado, que foi exercida plenamente, haja vista que demonstrou perfeito conhecimento da infração, a qual foi fundamentada em demonstrativos analíticos fls. 07 a 20, cópias de contratos de prestação de serviços com seus clientes fls. 23 a 62, CD contendo demonstrativos e termo de recebimento destes documentos pela empresa fls. 70/73, inexistindo cerceamento do direito de defesa, pois os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como o dispositivo legal referente à multa aplicada.

Verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos: o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado.

Dessa forma, o lançamento tributário contém os pressupostos materiais e essenciais que determinam sua validade, pois, a sua lavratura obedeceu a lei 7014/96, ao RICMS/2012 e ao disposto no art. 39 do RPAF/99, sem ocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art.18 do citado diploma legal, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide, que se afigura alicerçada na norma tributária vigente. Assim, indefiro o pedido de realização de perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do RPAF-BA/99.

No mérito, o presente Auto de Infração cuida da falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação, por escrituração de valores tributados como não tributados. A empresa não ofereceu a tributação do ICMS, diversos serviços de telecomunicação referentes as assinaturas mensais de tráfego de dados com a *internet*, com IP dedicado 100%, fornecido pela empresa a seus clientes, nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019.

A matéria encontra-se disciplinada na legislação conforme dispositivos a seguir reproduzidos:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - 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;

Lei nº 7.014/96:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

III - a prestação de serviços de comunicação.

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;

O defendant contestou a autuação. Alegou que foi acusado pela fiscalização de supostamente ter prestado serviços de tráfego de dados entre seus clientes e a *internet*, mediante *link* de IP dedicado. Disse que o Autuante entendeu, sem apresentar nenhuma prova ou evidência, além da menção “tráfego de dados”, no objeto de alguns contratos da empresa, que essa, não presta serviços de provimento de *internet*, mas sim, serviços de telecomunicações, estes tributados por ICMS, ensejando o Auto em questão.

Neste cenário, o fulcro da questão consiste em se decidir, se as operações autuadas atraem sobre

si a incidência do ICMS.

Ora, é patente que a exigência do imposto sobre a prestação de serviço de comunicação decorre do art. 155, inciso II da Constituição Federal e está amparada legalmente no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 2º, inciso VII, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96, dispositivos acima reproduzidos. A hipótese de incidência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação emanadas destes dispositivos legais, não se atém exclusivamente ao serviço de transmissão de comunicação, se estendendo a 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.

Observo que as atividades disponibilizadas aos usuários mediante remuneração e que fazem parte do conjunto que possibilitam a oferta do serviço de comunicação, compreendem, na verdade, a utilização de todos os meios cedidos e disponibilizados onerosamente para o fim específico de realizar a comunicação, alcançando a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação da comunicação.

No caso concreto, não há dúvidas de que a prestação de serviços de tráfego de dados entre os clientes e a *internet*, mediante *link* de IP 100% dedicado são serviços de telecomunicações, tributados pelo ICMS. Nesse sentido, as grandes empresas de telefonia que operam neste Estado, como as empresas TIM, CLARO e VIVO, tributam todos seus Planos de Banda Larga (Serviço de Comunicação Multimídia - SCM), com a alíquota de 28% de ICMS no Estado da Bahia.

O Autuado em sua defesa tenta afastar a acusação fiscal, alegando que não presta estes serviços a seus clientes, se limitando ao provimento de acesso à *internet*, que depende de empresas de grande porte com acesso ao Ponto de Troca de Tráfego - PTT, característica inerente a um Serviço de Valor Adicionado (SVA). Assim, frisou que as operações autuadas não guardam relação com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação e, por isso, não estão sujeitos ao ICMS, já que se configura como um serviço de valor adicionado.

Em sede de informação fiscal, o Autuante rebateu objetivamente estes argumentos. Disse que as operações contidas no levantamento fiscal, e que o Autuado não ofereceu à tributação do ICMS, são Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), todos prestados através de sua banda larga, com IP 100% dedicado, fornecidos com diversas velocidades de tráfego de dados, que possibilitam a seus clientes realizar a transmissão de dados em alta performance, para realização de *Downloads*, *Uploads*, Sinais de Áudio, Vídeo, Voz, Imagens, Textos, Animação, Gráficos, Serviços de Vídeo Chamadas, Teleconferências *on-line*, além de diversas outras informações de qualquer natureza, utilizando sua Rede Própria de Fibra Ótica e de *Backbones*.

É importante registrar, que em face das controvérsias surgidas a respeito da temática da tributação sobre serviços de comunicação é que foi objeto da constituição de Grupo de Estudos e Trabalho no seio da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, cujo resultado produziu o parecer SEI 006.10299.2019.0011365-83, concluindo que diversos serviços prestados pelas empresas de telefonia, se consubstanciam em atividade-meio, apurando se tais serviços estariam ou não, sujeitos à incidência do ICMS.

Constam do citado Parecer da PGE/PROFIS do Estado da Bahia os seguintes serviços conexos ao de comunicação, por meio da telefonia móvel, a saber: 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 serviços*; h. *Bloqueio de DDD e DDI*; i. *Habilitação*; j. *Religação*; i. *Auxílio à lista (102) e hora programada*; j. *Serviço de manutenção instalação e configuração de aparelho ou equipamento*, que ante os recursos repetitivos e jurisprudência consolidada, foram afastados do campo de incidência do ICMS. Saliento que no processo ora em apreciação, não consta qualquer dos serviços citados.

O deficiente alegou, que a presente autuação se configura em desobediência a decisão judicial, considerando que tem, desde 01/04/2020, decisão transitada em julgado, onde o Juízo da 1ª Vara da

Fazenda Pública de Salvador/BA, no Mandado de Segurança de nº 0509022-56.2013.8.05.0001, entendeu ter comprovado que desempenha atividade como prestador de serviços de provedor de acesso à *internet*, portanto, inexigível a cobrança do ICMS lançado. Acrescentou que o Mandado de Segurança, ainda teve por objetivo afastar o Auto de Infração nº 299634.0001/13-8, lavrado em 14/5/2013, com base na mesma alegação atual, qual seja, a suposta prestação de serviço diverso ao de provimento de acesso à *internet*.

Sobre esta alegação, o Autuante esclareceu que, em nenhum momento desrespeitou a decisão judicial, visto que neste auto de infração não foi realizada nenhuma cobrança fiscal relativa a Prestação de Serviços de Provimento a *Internet*, serviço classificado como de valor agregado (SVA), objeto do mandado de segurança.

Explicou que esta decisão judicial, apesar de ter sido transitada em julgada em 2020, trata apenas de fatos geradores ocorridos no exercício de 2010 a 2013, visto que o pedido do Mandado de Segurança foi impetrado para afastar o Auto de Infração 299.634.0001/13-8 lavrado em 15/05/2013, que cobrava fatos geradores dos exercícios de 2010 e 2011, época em que a empresa vivia realidade completamente diferente da atual e era apenas um Prestador de Serviço de Conexão a *Internet* (PSCI), Serviço SVA, não tributado pelo ICMS.

Sobre estas alegações, observo que, como sabemos, a dinâmica das operações perpetradas pelas empresas de telefonia, com a modernização e o avanço tecnológico inerente as atividades do mundo digital, avança rapidamente e a relação de novos serviços é rotineiramente alimentada e atualizada. Foi o que ocorreu com o surgimento da *Internet* Banda Larga, que desencadeou um enorme avanço tecnológico e mudou completamente a realidade dos serviços prestados, devido ao enorme crescimento tecnológico na infraestrutura dessas empresas.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não aconteceu diferente com os serviços prestados pela autuada. A empresa ITS Telecomunicações, conforme termo PVST/SPV nº 196, solicitou licença a ANATEL “*Autorização para Exploração de Serviço de Comunicação Multimídia*” (SCM), mediante o pagamento de uma outorga, com a finalidade de poder ofertar a seus clientes, em âmbito nacional e internacional, serviços de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia utilizando quaisquer meios, dentro de uma área de prestação de serviço, o que foi concedido pela ANATEL através do Ato 3.704, para exploração destes Serviços de Comunicação Multimídia” (SCM), em todo território nacional.

Ademais, conforme constatado pelo Autuante, o defensor, nos exercícios autuados, não oferecia mais aos seus clientes, os planos de simples conexão com *internet* (PSCI). Neste período, disponibilizou exclusivamente, os Serviços de Comunicação Multimídia” (SCM), através da venda de Pacotes de Banda Larga com variadas capacidades de transmissão de dados e velocidades, com oferta de IP dedicado, sendo estes serviços prestados, através de sua rede própria de fibra óptica, rádio, e dos seus *Backbones* próprios. Estas informações estão expostas no Site oficial da empresa, através do link: *Banda Larga - ITS Brasil*.

Assim, afasto esta alegação defensiva, visto que comprovadamente, a natureza das operações ora apreciadas, divergem totalmente daquelas ocorridas nos exercícios de 2010 a 2013, constantes do Auto de Infração 299.634.0001/13-8 lavrado em 15/05/2013, alvo de apreciação pelo judiciário.

O defensor afirmou que os serviços que presta aos usuários trata-se de SVA de provimento de *internet* que permite, intermedia e possibilita que seus clientes finais utilizem a *internet*, via *links de acesso* adquiridos de grandes operadores de telecomunicações. Frisou que são essas grandes empresas que, efetivamente, prestam os serviços de telecomunicação, dos quais o serviço de provimento de *internet* é dependente. Disse que consta expressamente, em seus contratos que a prestação de serviços é para o provimento de *internet*, cobrando de seus clientes/contratantes apenas tais serviços. Para comprovar sua assertiva anexou notas fiscais dos serviços de telecomunicações contratados com as empresas, Telemar Norte Leste S/A e Centurylink Comunicações do Brasil LTDA.

Sobre estas alegações, analisando as 03 notas fiscais que foram anexadas pela empresa, folha 153 a 156 deste PAF, verifico que não possuem o condão de elidir a acusação fiscal, nem se prestam a comprovar de forma inequívoca as alegações defensivas.

Conforme informado pelo Autuante, não existe nenhuma aquisição de serviço de comunicação de terceiros registrada em sua DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS) nos exercícios de 2018 e 2019, cópias anexadas às folhas 151 e 152. Ademais, concordo com o Autuante, que tais documentos fiscais não retratam relevância nos fatos apurados, para o faturamento declarado da empresa no montante de R\$ 87.382.935,92, em 2018 e 2019 e podem representar pequenas compras de *link* de terceiros, para atender necessidades eventuais e momentâneas da empresa.

Em assim sendo, o deficiente não apresentou as provas necessárias e suficientes para desconstituir a infração.

O deficiente insistiu que a fiscalização o autuou se baseando unicamente, na expressão “*tráfego de dados*” constante nos contratos com seus clientes. Ou seja, o Autuante não prova a existência de fato gerador, apenas “presumiu” a ocorrência desse, com base em interpretação da citada expressão “*tráfego de dados*”.

Analizando cópias dos contratos comerciais presente nos autos folhas 23 a 62, estabelecidos entre a ITS Telecomunicações e seus principais clientes, verifico que está expresso no *Quadro de Especificações Técnicas do Serviço*, que a empresa ITS Telecomunicações comercializa exclusivamente, Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), prestados através de sua Banda Larga, com IP 100% dedicado, fornecidos com diversas velocidades de tráfego de dados, que garantem o tráfego pelo canal, para que seus clientes possam realizar a transmissão de dados em alta performance. Embora no campo *objeto* dos seus contratos, a empresa informe que presta apenas Serviços de Valor Adicional (SVA) à *Internet*, essa informação/descrição se contrapõe aos serviços SMC informados no Quadro de Especificações Técnicas do Serviço.

Nessa esteira, caberia ao Autuado trazer a luz deste processo, os documentos fiscais que legitimam sua assertiva de que adquire serviços de comunicação de grandes operadoras de telecomunicações, o que lhe permitiria prestar aos seus clientes, única e exclusivamente os serviços de (PSCI) provimento de internet, não incidentes do ICMS, o que no presente caso não ocorreu.

Sendo assim, verifico que conforme os fatos expostos, e baseado nos elementos presentes neste PAF, que é a própria Autuada quem divulga e comercializa em seu *Site* oficial: “*Banda Larga - ITS Brasil*”, os Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), banda larga, que possuem a mesma natureza dos Planos Banda Larga (SCM), prestados por outras empresas de telefonia como, a TIM, VIVO e CLARO, serviços estes, coincidentes com o anunciado no *link* oficial destas empresas: Vivo Fibra / Tim Internet | TIM Fibra |. Assine 0800 777 1919 e Planos de *Internet* Residencial | Banda Larga Claro NET Virtual.

No que diz respeito à constituição da base de cálculo, a defesa sustentou que o ICMS sobre os serviços de telecomunicações é devido a partir do momento da emissão da nota fiscal, ocasião em que é conhecido o preço do serviço efetivamente tomado, o imposto é calculado e a ele agregado, ou seja, o imposto é calculado sobre o valor da operação realizada, que é a faturada e a auferida, conforme as determinações legais. Disse que o Autuante ignorou esta sistemática e utilizou para cálculo, o chamado “*imposto por dentro*” gerando uma base de cálculo artificial.

No que se refere ao argumento defensivo, de que teria havido majoração da base de cálculo, o posicionamento já assentado neste CONSEF é de que o procedimento da fiscalização encontra respaldo no artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, que estabelece o “*cálculo por dentro*” na formação da base, sobre a qual deve incidir o tributo.

Saliento que não podem ser apreciadas as alegações de constitucionalidade das normas legais, uma vez que não se incluem na competência do CONSEF, nos termos do artigo 125, inciso I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Convém ressaltar, conforme prescreve o art. 52 do RICMS-BA/99, art. 17, da Lei nº 7.014/96, em consonância com o disposto no art. 13, inciso III, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, que a base de cálculo do ICMS é:

“Art. 13.

[...]

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

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

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; ”.

Deste modo, a sistemática adotada na ação fiscal para a constituição da base de cálculo questionada pelo Impugnante, tem amparo na legislação tributária, calculando-se por dentro o valor do tributo, pois na base de cálculo correspondente aos fatos imponíveis indicados no art. 12 da LC 87/96, está incluindo o próprio imposto.

Analizando o levantamento fiscal, verifico que foi exigido ICMS, apenas sobre os serviços de Comunicação Multimídia (SCM) prestados pela empresa, conforme anexos de cobrança 02, 03 e 05, apensos ao PAF, folhas 07 a 18, como: Provimento de Acesso a *Internet* 1GB; Provimento de Acesso à *Internet* 10MB; Provimento de Acesso a *Internet* 500MB; Provimento de Acesso a *Internet* 2GB; Provimento de Acesso a *Internet* 300MB; Provimento de Acesso a *Internet* 1.5GB; Provimento de Acesso a *Internet* 600MB; Provimento de Acesso a *Internet* 3,75GB; Provimento de Acesso a *Internet* 6.1GB; Provimento de Acesso a *Internet* 20MB; Provimento de Acesso a *Internet* 750MB, etc, todos estes serviços (SCM) tributados pelo ICMS, consoante artigos 1º, inciso III; art. 2º, inciso VII e art. 32 da Lei 7.014/96.

Nessa esteira, considerando que a própria empresa autuada declara em seu *site* oficial que presta serviços de comunicação com pacotes de banda larga ofertados aos seus clientes, com *IP Dedicado*, prestados através de rede própria de fibra ótica e *Backbones*, com cobertura em todo nordeste, com 100% de garantia, estabilidade, velocidades idênticas de *download* e *upload* e diversos outros serviços de comunicação, concluo pela subsistência da autuação.

Por todo exposto, 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 281081.0009/22-5, lavrado contra **ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.916.245,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR