

PROCESSO	- A. I. N° 281081.0009/22-5
RECORRENTE	- ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0069-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 14/04/2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0070-11/25-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. Não conhecida as preliminares de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0069-03/23-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 13/12/2022 no valor histórico de R\$ 32.916.245,36, abordando a seguinte infração:

Infração – 002.008.038 – Falta de recolhimento do ICMS na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados.

A empresa ITS Telecomunicações não ofereceu a tributação do ICMS diversos serviços de telecomunicações, referentes as assinaturas mensais de tráfego de dados com a Internet, com IP Dedicado 100%, fornecidos pela empresa aos seus clientes.

A empresa presta serviços de tráfego de dados entre seus clientes e a Internet, cobrando mensalidades de acordo com a velocidade e quantidades de dados contratados, garantidos através de um IP 100% dedicado, para que possa ocorrer a prestação destes serviços de comunicação. Os serviços de tráfego de dados são utilizados pelos clientes para que possa ocorrer o envio e recebimento de dados e informações entre os computadores e servidores da empresa com a internet.

Essas informações foram apuradas após análise dos contratos de prestação de serviços entre a empresa autuada e seus clientes. Os contratos de prestação de serviços foram fornecidos pela autuada em atendimento a intimação fiscal nº 02-2022, apensa ao PAF. Todos contratos fornecidos estão apensos ao PAF em meio magnético. Apensamos também em papel, de forma ilustrativa rápida para visualização, os contratos de alguns de seus maiores clientes, entre eles a G3 TELECOMUNICAÇÕES, STARNET COM E SERV DE INFORMÁTICA, CONEXMAN LTDA e NET WORK FIBER COM E SERV DE COMUNICAÇÃO. A relação completa dos clientes e seus valores e serviços faturados estão devidamente discriminados no Anexo 04 e no Anexo 02, apensos ao PAF.

Citamos abaixo alguns dos principais serviços tributados de tráfego de dados entre seus clientes e a internet, lançados pela autuada em sua escrita fiscal, de forma irregular, como não tributados. Todos serviços autuados, seus valores e clientes estão devidamente discriminados nos anexos de cobrança 02 e 03, anexos ao PAF.

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.

Todos estes serviços de comunicação prestados pela autuada para a navegação e tráfego de dados na internet 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.

Todos dados e valores foram apurados no saturamento da empresa ITS Telecomunicações, fornecidos ao fisco através do Convênio 115/03.

A empresa de forma deliberada não tributa tais serviços de comunicações, portanto, para correta cobrança do ICMS devido sobre estes serviços tributados, incluímos o ICMS na base de cálculo de apuração do imposto, conforme determina Artigo 17, Parágrafo 11, da Lei 7.014/96.

Cabe salientar que a empresa possui um mandado de segurança nº 0509022-56.2013.8.05.0001, apenso ao PAF, que veda a cobrança pelo fisco baiano de ICMS sobre serviços de provimento a internet.

A fiscalização informa os serviços de provimento de acesso à internet prestados pela autuada não foram objeto de tributação neste auto de infração. Cabe salientar que a fiscalização considera estes serviços exclusivos de provimento de acesso à internet, como não tributados pelo ICMS.

Os serviços de comunicação objeto desta autuação se referem exclusivamente a prestação de serviço de tráfego de dados, cobrados dos clientes de acordo com a velocidade e quantidade de dados contratados, garantidos através de um IP 100% dedicado para que possa ocorrer o envio e recebimento de dados e informações entre os computadores e servidores da empresa com a Internet.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 defendente 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 defensor 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 oferecer 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 defensor não apresentou as provas necessárias e suficientes para desconstituir a infração.

O defensor 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 inconstitucionalidade 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.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, argui a nulidade do julgamento de 1ª Instância por ausência de intimação para realização de sustentação oral, afirmando jamais ter sido intimada da inclusão do Auto de Infração em pauta de julgamento, o que implicou em prejuízo ao seu direito de defesa.

Também em sede de preliminar, suscita ofensa à coisa julgada porque a autuação a acusa de prestar serviços de telecomunicações, alegando suposta prestação de serviços de tráfego de dados entre seus clientes e a internet, mediante link de IP dedicado porque o autuante entendeu, sem prova ou qualquer evidência, que a menção a “tráfego de dados” no objeto de alguns contratos significa que não presta serviços de provimento de internet.

Aponta que possui, desde abril de 2020, decisão transitada em julgado no Mandado de Segurança de nº 0509022-56.2013.8.05.0001, no qual o Juízo da 1º Vara da Fazenda Pública de Salvador/BA entendeu que esta comprovou o desempenho de atividade de provedor de acesso à internet, determinando a exigibilidade de ICMS sobre tais valores, afastando Auto de Infração lavrado com base na mesma alegação de agora.

Observa que apresentou faturas emitidas em valores elevados pelas empresas TELEMAR NORTE LESTE S/A e TELEFÔNICA INTERNACIONAL WHOLESALE SERVICES BRASIL LTDA, referentes à aquisição de links de internet, indicativos de atividade dependente de rede de telecomunicação preestabelecida por terceiros e que, assim, teria comprovado 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, serviço de valor adicionado, não tributado pelo ICMS, conforme Súmula nº 334/STJ.

Afirma que o autuante pretende violar a coisa julgada obtida no referido mandado de segurança, de modo que o Auto de Infração deve ser anulado.

Ainda em sede de preliminar, aponta a ausência de indicação do fato gerador porque a acusação fiscal aponta como não recolhido o tributo pela prestação de serviços de telecomunicações consubstanciados na previsão contratual de oferta de “*assinaturas mensais de tráfego de dados com a Internet, com IP Dedicado 100%*” de maneira que o autuante entendeu que se desviou da prestação de serviços de provimento de internet, porém, em momento algum o autuante trouxe qualquer prova ou indício mínimo de prestação de outro serviço, de modo que o suposto fato gerador de ICMS está fundado em presunção de que o termo contratual “tráfego de dados” implica serviço de telecomunicação.

Diz que é mera provedora de internet, que não possui link direto de acesso à *World Wide Web*, e os adquire junto a grandes empresas de telecomunicações de modo que apoia seus serviços em redes de telecomunicações preexistentes e de terceiros, adicionando novas utilidades que dependem dessas redes de telecomunicações preestabelecidas, sendo definidos como serviços de valor adicionado (SVA), conforme art. 61 da Lei nº 9.472/1997 e não se confundem com os serviços de telecomunicações dos quais depende.

Destaca que o citado artigo menciona expressamente a possibilidade de que os SVAs “acessem”, “armazenem”, “apresentem”, “movimentem” ou “recuperem” informações, dados, de modo que a expressão “tráfego de dados” se refere ao “acesso” e “movimentação” de dados, sem que configure serviço de telecomunicação, ou seja, o SVA de provimento de internet prestado pela recorrente nada mais que permite, intermedeia, possibilita que seus clientes finais utilizem a internet, através de links de acesso adquiridos de grandes operadoras de telecomunicações.

Repete que juntou aos autos 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, firmados com as empresas BRASIL TELECOM COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA S.A. e TELXIUS CABLE BRASIL LTDA, emitidos com a descrição expressa de aquisição de serviços de (tele)comunicação.

Defende que a única forma de lastrear a autuação seria o autuante comprovar, mediante evidência mínima, que a recorrente não presta os serviços indicados em seu contrato social e de prestação de serviços, mas sim os serviços de telecomunicação tributados por ICMS, entretanto, não existem esta evidência, ou seja, o autuante deixou de provar a existência do fato gerador, apenas presumindo a sua ocorrência sem prova de prestação diversa à de provimento de internet.

No mérito, discorre sobre o serviço de provimento de acesso à internet, apontando que sua atividade, através do que se chama IP Dedicado, se refere a um número de Protocolo de Internet, outorgado e autorizado pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil e que é transmitido através das redes de diversas prestadoras de serviços de telecomunicações até o Ponto de Troca de Tráfego – PTT, onde diversos provedores de acesso à internet se encontram, de forma autônoma, identificados por um sistema autônomo de numeração para troca de tráfego em si e entre outros PTT's espalhados pelo mundo e, também, interligados entre si.

Defende que a função do provedor é tão somente controlar a transmissão destes protocolos de internet, não sendo ele quem cria ou quem distribui, mas aquele que fornece acesso à internet através do controle da transmissão de protocolos, utilizando-se dos meios técnicos predisponíveis, caracterizando um serviço de valor adicionado, conforme art. 61 da Lei nº 9.472/97.

Diz que para viabilizar seu serviço, adquire de terceiros o serviço de telecomunicação com acesso ao PTT, onde todos os dados dos clientes da internet passam, sendo que o ICMS incide sobre o serviço de transmissão de dados entre o PTT e o cliente da empresa de telecomunicação mas não ocorre na prestação de serviço de provimento de acesso à internet, uma vez que esta acrescenta um valor adicionado àquela rede de telecomunicação original, conforme Súmula nº 334/STJ.

Rechaça o argumento do autuante quanto ao tráfego de dados, ressaltando que nos contratos apresentados e indicados como exemplo há expressa indicação que o objeto é a prestação de serviço de valor adicionado a internet, com a devida especificação dos serviços em seus anexos, conforme trecho abaixo reproduzido:

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. Esclarecemos 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.

Afirma que os serviços de telecomunicações, dos quais o seu serviço de provimento de internet depende, são realizados por empresas contratadas para este fim, tendo colacionado notas fiscais exemplificativa da aquisição de serviços de telecomunicação, indispensáveis à prestação de seus próprios serviços de provimento de internet, na monta de quase R\$ 200.000,00 mensais.

Salienta ter anexado três notas fiscais de prestação de serviços exemplificativas, com alguns de seus tomadores, onde consta expressamente a prestação de serviço de provimento de acesso à internet, de modo que a única forma de caracterizar o fato gerador do ICMS seria a existência de prestações diversas deste serviço, o que em nenhum momento foi evidenciado, reiterando que todos os documentos, notas fiscais e escriturações indicam a prestação precípua de SVA de provimento de internet.

Esclarece que, para tráfego de dados entre a rede computacional interna do contratante com a internet, assim como roteamento do ambiente da contratada e serviços de DNS (primário e necessário) para navegação, é necessário a interconexão com o PTT através de uma rede de telecomunicações, realizados por empresas contratadas pela recorrente, restando claro que os serviços de telecomunicações e o de comunicação são diferentes e desassociados dos serviços de

provimento de acesso à internet.

Observa que os serviços de telecomunicações, como atividade-fim, são prestados por pessoas jurídicas devidamente habilitadas na forma da legislação e que dependem de estações de telecomunicações e de uma “infraestrutura primária”, necessária e complementar para que ocorra a comunicação, incluindo terminais portáteis (telefone móvel), acessórios e periféricos, conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários.

Diz que a atividade-meio é a disponibilização, através da 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, de maneira que os meios de rede de comunicações ou telecomunicações podem ser fornecidos como infraestrutura básica dos “serviços-meio”, sem se confundir com a prestação do serviço em si, ou seja, a detenção de recursos de infraestrutura de redes de telecomunicações ou comunicações não é uma prerrogativa exclusiva de prestadores de serviços de telecomunicações como atividade-fim.

Reitera que possui CNAE 6190-6/01, pertinente a provedores de acesso às redes de comunicações, que os contratos analisados possuem previsão expressa de valor adicionado e que comprovou ao Poder Judiciário ter prestado serviço de provimento de internet, dissociado dos serviços de telecomunicações e, portanto, não tributado pelo ICMS.

Repete que a discussão já foi analisada e finalizada pelo TJ/BA, reproduzindo trecho da sentença obtida no mandado de segurança mencionado e do parecer do MP/BA acostado nos referidos autos em segunda instância, reiterando que já provou ser prestadora de SVA e que o autuante pretende contrariar o entendimento do Judiciário.

Questiona ainda a valoração do Auto de Infração por incluir o ICMS na base de cálculo da apuração do imposto, conforme § 11º, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, afirmando que a inclusão do imposto na base é tratamento dado exclusivamente para casos de importação e operações estaduais, tendo ignorado o art. 20 da Lei nº 7.014/96, segundo o qual a base de cálculo é o valor corrente do serviço no local da prestação, nas prestações sem preço determinado.

Diz que o arbitramento indevido da base de cálculo sobre o faturamento destacado no período a onera no montante de 39,00% de ICMS sobre o faturamento real e este imposto com os acréscimos totaliza 65,35% sobre seu faturamento total, o que é irracional, ilógico e por isso deve ser anulado o Auto de Infração.

Conclui requerendo a nulidade do julgamento de primeira instância ou a integral anulação do auto de infração, no mérito.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, a recorrente atravessou petição informando que formalizou pedido de cumprimento da decisão judicial, com base na decisão proferida no sobredito mandado de segurança, perante a NRJ da Procuradoria Fiscal – PROFIS, juntando ainda cópia do despacho proferido no Processo SEI nº 006.0400.2023.0020963-34, da lavra do Exmo. Procurador do Estado Dr. Thiago de Freitas Alves Pereira, por meio do qual sugeriu a possibilidade de haver similitude entre os Serviços de Comunicação Multimídia (SCM) que seriam objeto da presente autuação e a coisa julgada obtida pela recorrente.

Diante disso, considerando que a controvérsia possui certa complexidade e que há até mesmo a possibilidade de o recurso ser considerado prejudicado em face da medida judicial, a 1ª CJF deliberou, por unanimidade, pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS, a fim de que apresentasse parecer sobre a discussão.

Sobreveio o Parecer PROFIS-NCA-JAM de fls. 243-246, que concluiu pela inexistência de vinculação à coisa julgada obtida no mandado de segurança referido, porque tinha como objeto auto de infração específico e não a declaração da não incidência do tributo, esclarecendo ainda

que, além dos fatos geradores no presente auto de infração terem ocorrido antes do trânsito em julgado do remédio constitucional, o lançamento recaiu sobre assinaturas mensais de tráfego de dados com por IP Dedicado.

Neste sentido, explica que o Serviço de Conexão à Internet (SCI) é uma modalidade de Serviço de Valor Adicionado (SVA) “*que inclui a disponibilização e implementação de protocolos e rotinas necessários à conexão do assinante à rede*” e o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) compreenderia a “*disponibilização e administração do enlace de comunicação que permite que o assinante receba um IP Público ... disponibilizado pelo provedor de internet e, que, com esse IP, tenha acesso à rede*”, estando o SCI fora do alcance do ICMS e o SCM não.

Mas, considerando que a Anatel teria incluído na definição do SCM a possibilidade de provimento de Serviço de Conexão à Internet (SCI), por meio da Resolução nº 614/2013, conclui que, na hipótese do SCM prestado pelo sujeito passivo só refletir o Serviço de Conexão à Internet (SCI), não estaria sujeito ao ICMS, inclusive no caso de assinaturas mensais de tráfego de dados com a internet por IP Dedicado, como é o caso.

A recorrente se manifestou às fls. 252-256 insistindo, notadamente, na nulidade da autuação por força da coisa julgada.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 14/06/2024, porém, os membros da 1ª CJF deliberaram por nova conversão em diligência à PGE/PROFIS, a pedido do Exmo. Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Junior, a fim de proferir novo parecer jurídico.

No parecer de fls. 270-291, acolhido pela Procuradora Assistente (fl. 292), a PGE/PROFIS, após transcrever tópico sobre a Definição do Serviço de Comunicação Multimídia extraído da Análise nº 304/2013-GCMB elaborada pelo Conselheiro Relator da Anatel, Marcelo Bechara de Souza Hobaika, e que discorre sobre a evolução tecnológica dos serviços regulados pela Agência em descompasso com as normas que o regulam, conclui que “[...] para que não haja a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente ao serviço de conexão em relação ao fornecimento de internet ao consumidor final, o provedor teria que comprovar o quanto do valor da mensalidade diz respeito ao SCM e o quanto equivale ao serviço de provimento de acesso (SCI)”.

A recorrente se manifestou às fls. 294-297 pontuando que, ao contrário do quanto alegado pela fiscalização, a Resolução ANATEL nº 752/2022 não teria revogado a regulamentação referente ao Provimento de Serviços de Conexão à Internet (PSCI), o incorporando ao Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), pois a separação entre SCM e PSCI permanece na Resolução ANATEL nº 614/2013 (Regulamento do SCM) inclusive pela redação que lhe foi dada pela Resolução ANATEL nº 765/2023 (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, com vigência a partir de 01/09/2025), reforçando o fato de que o PSCI jamais foi “incorporado” ao SCM.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 21/03/2025 e adiado para o dia 28/03/2025. Compareceu(ram) o(as) autuante(s) e o(as) representante(s) legal(is) da recorrente, Dr. Leonardo Pereira Rocha Moreira, OAB/SP 345.670 e Dr. Heitor Rambaiolo Salles, OAB/MG 167.485.

VOTO VENCIDO

Analiso a preliminar de nulidade do julgamento por ausência de intimação para a realização de sustentação oral.

Entendo que o recurso não merece prosperar, neste sentido.

O RICONSEF apenas prevê a divulgação antecipada da pauta de julgamentos, não havendo previsão de intimação pessoal dos interessados. Aliás, nem mesmo há obrigação de publicação no Diário Oficial do Estado no art. 49 do RICONSEF, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto nº 7.883/2000:

Art. 49. A pauta de julgamentos será divulgada com antecedência mínima de 3 (três) dias da data da sessão.

Ainda assim, este relator verificou que a pauta foi disponibilizada tanto na página da SEFAZ, no local destinado às informações sobre julgamentos, como no Diário Oficial do Estado, ainda que não fosse obrigatório neste último, conforme comprovam as imagens abaixo:

Pauta divulgada no site da SEFAZ	DOE nº 23.639, de 11 de abril de 2023
<p>3º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL</p> <p>SECRETÁRIO(A): GISELNE NEIVA SANTANA DATA: 18/04/2023 às 08:30, Terça-feira SESSÃO: Vid Conferência LOCAL: CONSEF À DISTÂNCIA Data de Disponibilização da Informação: 10/04/2023</p> <p>RELATOR(A): ALEXANDRINA N. B. SANTOS Auto de Infração - 2810810009225 - Defesa Autuado - ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA Autuante(s) - RICARDO R. M. AGUIAR</p> <p>RELATOR(A): JOSE FRANKLIN FONTES REIS Auto de Infração - 2989630006199 - Defesa Autuado - CARLOS ANTONIO DA CUNHA CONCEICAO LTDA Autuante(s) - ANTONIO CALMON ANJOS DE SOUZA</p>	<p>3º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 18/04/2023 às 08:30</p> <p>RELATOR(A): ALEXANDRINA NATALIA B SANTOS Auto de Infração - 2810810009225 - Defesa: Autuado(a) ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA - Autuante(s) - RICARDO RODEIRO MACEDO AGUIAR</p> <p>RELATOR(A): JOSE FRANKLIN FONTES REIS Auto de Infração - 2989630006199 - Defesa: Autuado(a) CARLOS ANTONIO DA CUNHA CONCEICAO EIRELI - Autuante(s) - ANTONIO CALMON ANJOS DE SOUZA</p>

Ressalte-se que, neste caso, a impugnação foi assinada pela própria recorrente (fl. 102), sem representação por advogado. Logo, a divulgação da pauta de julgamento atendeu à legislação estadual, inexistindo razão para acolher a preliminar de nulidade da decisão de primeiro grau por este motivo.

Todavia, entendo que a nulidade da decisão de primeira instância deve ser acolhida por outro motivo. De acordo com o parágrafo único do art. 137 do RPAF/BA, havendo juntada de documento novo ou elemento probatório, deve ser dado vista ao sujeito passivo ou autuante, conforme o caso. Observo que a informação fiscal de fls. 107-115 trouxe diversos documentos novos para os autos (fls. 116-156), porém não consta nos autos a informação de que foi conferida à recorrente a oportunidade de manifestação, na forma da legislação.

Entendo que se trata de nulidade insanável, resultando em indevido cerceamento de defesa e violação do devido processo legal, especialmente porque se trata de descumprimento de expressa previsão do Regulamento do Processo Administrativo, o que compromete a lisura do processo administrativo. Neste sentido, aliás, cabe relembrar acórdão também da lavra deste relator, acolhido por unanimidade por esta Câmara:

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0291-11/21-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SOB REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. SERVIÇO DE TRANSPORTE. PRESTAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. PRESTAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Juntado nos autos documento novo do contribuinte ou indicação de outro elemento probatório, durante o preparo ou na fase de instrução do processo, os autos devem ser encaminhados ao autuante, conforme art. 137, § único do RPAF/BA. É nula a decisão que ignora esta providência bem como os documentos e/ou elementos de prova apresentados, sem qualquer fundamento. Acolhida a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância. Modificada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância. Nulidade da Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

Registre-se ainda que o acórdão recorrido se valeu exatamente dos documentos juntados pelo autuante em sede de informação fiscal para fundamentar sua decisão, conforme trecho abaixo transcreto, com nossos destaques:

“[...] 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 oferecer 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 defendant, 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. [...]"

Conforme já mencionado, os documentos de fls. 116-156 são anexos da informação fiscal, ou seja, a Decisão recorrida se pautou quase que exclusivamente em elementos de prova em relação aos quais a recorrente não teve oportunidade de exercer o contraditório, com exceção das faturas de fls. 153-156 que também constam da mídia trazida com a defesa (fl. 104), caracterizando inequívoco prejuízo.

Por este ângulo, rejeito a preliminar suscitada no recurso, porém, no mérito, suscito de ofício e ACOLHO A PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO, determinando-se o retorno dos autos para a primeira instância, a fim de que seja proferido novo julgamento, após a concessão de vista dos documentos juntados pelo autuante, na informação fiscal, à recorrente.

Uma vez vencido na preliminar, cabe apreciar as demais matérias, conforme art. 154 do RPAF/BA.

A recorrente argui a preliminar de ofensa à coisa julgada formada no Mandado de Segurança nº 0509022-56.2013.8.05.0001, cuja cópia integral, até a certidão de trânsito em julgado, consta da mídia que acompanhou a impugnação (fl. 104). Contudo, entendo que também não prospera.

Compulsando os autos do processo mencionado, este relator observou que se trata de *mandado de segurança preventivo*, com o objetivo de obter prestação jurisdicional consistente na “[...] declaração da inexigibilidade do ICMS pelo Estado da Bahia nas operações de provimento de acesso à internet, em observância ao disposto no artigo 155, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 61 da LGT”.

A segurança foi concedida pela 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, “[...] para ordenar ao impetrado e seus prepostos que se abstêm de autuar a impetrante para exigir-lhe o recolhimento do ICMS sobre suas atividades de provimento de acesso à internet” e mantida pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, entendendo que “[...] a apelada possui direito líquido e certo à não incidência do ICMS sobre as suas atividades, por força da Súmula nº. 334, do Superior Tribunal de Justiça [...]”, motivo pelo qual foi mantida a sentença em todos os seus termos.

Ocorre que, considerando que o acórdão manteve a r. sentença de primeira instância que, por sua vez, reconheceu a inexigibilidade do ICMS sobre as atividades de provimento de acesso à internet, não há, a rigor, obstáculo para que seja exigido o tributo sobre as demais atividades da recorrente, caso constituam fato gerador do imposto. E é esta a premissa indicada no Auto de Infração em discussão.

Neste sentido, aliás, em decisão cadastrada em 29/01/2024 nos autos mencionados, a 1ª Vara da Fazenda Pública de Salvador rejeitou a alegação de descumprimento da ordem judicial, formulado pela recorrente, tendo como fundamento os Autos de Infração de nºs 2810810001/23-2 e

2810810002/23-9, lavrados, respectivamente, em 15/03/2023 e 18/03/2023.

Portanto, não vislumbro violação da coisa julgada, motivo pelo qual REJEITO A PRELIMINAR.

Em relação ao mérito, observo que a discussão diz respeito à natureza dos serviços prestados pela recorrente. A fiscalização sustenta que se tratam de serviços de telecomunicações que constituem fato gerador do ICMS e a recorrente defende que são, em verdade, serviços de valor adicionado (SVA), em relação aos quais o imposto estadual não incide.

A matéria não é nova e já foi objeto de apreciação por ambas as Câmaras deste Conselho, conforme ementas abaixo:

**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 **Imprecedente**. Decisão unânime.

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0057-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. O serviço desenvolvido pelos provedores da INTERNET é serviço de valor adicionado, não se classificando como serviços de telecomunicações, visto que apenas adiciona uma facilidade (o provimento de acesso à Internet), mas não cuida de completar a relação comunicativa. Conforme Súmula nº 334 do STJ, sobre o serviço de mero acesso à internet, entendido como serviço de valor adicionado, prestado por provedores de conexão, não incide ICMS. A recorrente comprovou, através da cópia da nota fiscal de aquisição de serviço de acesso à Internet junto à INTELIG/TIM, que é mero usuário de serviço de telecomunicação prestado por terceiro (INTELIG/TIM), a quem cabe o lançamento e recolhimento do ICMS. Infração insubstancial. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Imprecedente**. Decisão unânime.

Embora tenha afastado a preliminar de ofensa à coisa julgada suscitada pela recorrente, entendo que a fundamentação da sentença do Mandado de Segurança nº 0509022-56.2013.8.05.0001 traz ponderações relevantes e que coincidem com a discussão aqui travada, conforme trecho abaixo:

“[...] O Estado da Bahia e o impetrado alegam que a autora não é empresa provedora de acesso à internet, ou ao menos que a exigência fiscal objeto da lide não decorre do exercício de tal atividade. Para tanto, sustentam que à vista do Ato nº 3704, de 23/06/2008, da Anatel, a autora encontra-se autorizada a explorar o Serviço de Comunicação Multimídia SCM, por prazo indeterminado, sem caráter de exclusividade, em âmbito nacional e internacional; que o termo PVST/SPV nº 196/2008, firmado pela autora junto à referida agência reguladora, em seu item 1.1.1, esclarece que o SCM é “serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço”, que nada mais que mera reprodução do contido no art. 3º do Anexo da Resolução nº 272/2001-Anatel, que aprovou o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, vigente à época da autuação.

Como prova de que a impetrante seria efetivamente prestadora de serviços de comunicação tributáveis pelo ICMS, o ente público se vale da peça publicitária juntada pela própria impetrante às fls. 75/77, na qual esta faria propaganda de serviços de acesso à internet por banda larga (“Planetarium”) prestado “por ondas de rádio, com tecnologia de última geração”, além de um outro intitulado WIP Plus Empresarial, que se caracterizaria como “serviço de acesso à internet 24 horas por dia, com acesso ilimitado, sem necessidade de uso de linha telefônica e cobrança de pulsos telefônicos”. Tais ofertas, a seu ver, evidenciam que a autora presta serviços independentemente da utilização de redes de telecomunicações de terceiros e não necessitaria ser amparada por empresa de telecomunicações com acesso ao PTT Ponto de Troca de Tráfego na internet para desenvolvimento de sua atividade, caracterizando-se assim como autêntica prestadora de serviços de telecomunicações e não mero provedor de internet.

Todavia, os elementos probatórios constantes dos autos não subsidiam as conclusões sustentadas pelo impetrado e o ente público.

É fato incontrovertido que a autora ostenta autorização da Anatel para prestar Serviços de Comunicação Multimídia, conforme Ato nº 3704, de 23/06/2008, e termo PVST/SPV nº 196/2008, emitidos pela Anatel, porém isto não é suficiente para concluir que a impetrante não atua como provedora de acesso à internet, pois de acordo com a própria Anatel, a referida autorização é necessária para que se preste tal serviço, consoante se vê da orientação constante do seu site (<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecial.do?codItemCanal=1266>), item 7:

“7. Qual a autorização de serviço de telecomunicações que uma empresa precisa obter para prover os meios de acesso a Internet? Para prover os meios de acesso a Internet, a empresa deverá obter, junto a Anatel, autorização para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que possibilita a oferta de tráfego de informações multimídia (símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza), a assinantes dentro de uma área de prestação do serviço, conforme disposto no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9/8/2001. A autorização para a exploração do SCM não se dará a título gratuito, sendo devido o Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações - PPDESS, no valor de R\$ 9.000,00, que poderá ser recolhido em até 3 parcelas semestrais (Regulamento aprovado pela Resolução n.º 386, de 3/11/2004). Além do referido preço, serão devidas a Taxa de Fiscalização de Instalação - TFI e a Taxa de Fiscalização de Funcionamento - TFF (Lei 9.472/1997), bem como as contribuições para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST (Lei nº 9.998, de 17/08/2000) e para o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações - FUNTTEL (Lei nº 10.052, de 28/11/2000).” (original sem destaque em negrito).

Sendo assim, a autorização dada à autora para explorar o SCM não a exclui como provedora de acesso à internet, mas a confirma já que segundo a própria ANATEL para o exercício desta atividade, a obtenção desta licença é condição sine qua non.

Também não prospera a alegação de que o material publicitário acostado às fls. 75/77 comprovaria que o serviço prestado pela autora se enquadraria na classificação de serviço de telecomunicações vez que o referido material se refere à empresa Planetarium Ltda, CNPJ nº 00.992.104/0001-20, e não à autora.

Ademais, as faturas acostadas às fls. 214/215, emitidas em valores elevados pelas empresas Telemar Norte Leste S/A (OI) e Telefônica Internacional Wholesale Services Brasil Ltda, referentes à aquisição de links de internet, indicam que as atividades desenvolvidas pela autora não dispensam o suporte de redes de telecomunicações de empresas de grande porte com acesso ao PTT Ponto de Troca de Tráfego na internet.

Anote-se, ainda, que a autora juntou aos autos um laudo técnico de engenheiro atestando o desempenho da atividade de provedor de internet, e embora tenha impugnado a referida peça pela parcialidade e sustentado que autora desenvolva atividades não enquadradas no conceito de serviços adicionados às telecomunicações, e portanto, passíveis de tributação, os réus, apesar da suposta auditoria realizada, não lograram demonstrar especificamente quais os serviços prestados pela autora no período da autuação que seriam passíveis de tributação.

Por fim, a impetrante comprovou ter realizado serviços de provimento de acesso à internet às fls. 224 e 304 (Companhia Docas do Estado da Bahia CODEBA) e 255/259 (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural Administração Regional da Bahia SENAR AR/BA).

Diante desses argumentos e da comprovação do desempenho da atividade de provedor de acesso à internet, entendo como comprovada a atuação da impetrante como provedora de acesso à internet, e consequentemente, que a autuação fiscal sofrida incorreu em equívoco, vez que tributou atividade fora do campo de incidência, afrontando o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula nº 334 do STJ, situação que pode vir a se repetir, a justificar a concessão da segurança pleiteada.”

O acórdão da Terceira Câmara Cível, por sua vez, esclarece:

“[...] A controvérsia diz respeito, em síntese, à natureza dos serviços prestados pela apelada, na medida em que a questão fundamental para decidir sobre a possibilidade de sujeição à cobrança do ICMS pelo Estado da Bahia.

Como afirmei por ocasião do julgamento do agravo de instrumento nº. 0016057-30.2013.805.0000 – que concedeu a antecipação de tutela pleiteada nos autos do mandado de segurança - a apelada instruiu os autos com prova pré-constituída de seu direito, composta por laudo técnico em ART (Anotação de Responsabilidade Técnica), emitido por engenheiro, atestando que se enquadra tecnicamente como provedora de serviços de acesso à internet; contrato social com Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE 6190-6/01, que revela a prestação de serviço de provimento de acesso à internet como atividade principal; e contratos de prestação de serviços de provimento acesso à internet firmados com o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - SENAR AR/BA.

A tudo isso, soma-se a certidão de fl. 224, disponível na página eletrônica “transparência pública”, da Presidência da República, que releva a celebração de contrato com a Companhia das Docas do Estado da

Bahia, com o seguinte objeto: “prestação de serviços de acesso à internet e link de interligação de dados entre a sede e os portos de Aratú-Candeias, Ilhéus e Salvador”.

Como é cediço, a atividade dos provedores de acesso à internet não configura serviço de comunicação, mas sim serviço de valor adicionado, porque o provedor apenas utiliza o serviço de telefonia disponibilizado por uma empresa.

É o que dispõe o art. 61, da Lei 9.472/97, que trata sobre a organização dos serviços de telecomunicações:

...
Justamente nesse sentido, como bem observou a Procuradoria de Justiça, a apelada não possui acesso direto ao ponto de troca de tráfego (PTT) da internet, recorrendo aos serviços prestados por operadoras de telecomunicações como a Telemar Norte e Leste S/A e a Telefônica (fls. 214/215)

Outrossim, ainda com base nas observações da Procuradoria de Justiça, esclareço que as autorizações fornecidas pela ANATEL à apelada, para a prestação de serviço de comunicação multimídia – SCM, não é incompatível com a prestação de serviço de acesso à internet. Pelo contrário, trata-se de requisito indispensável para toda e qualquer sociedade empresarial que se disponha a atuar como provedora de internet, em conformidade com a Resolução nº 272, de 09/08/2001 (fl. 14 – autos físicos).

Logo, é fácil vislumbrar que a apelada possui direito líquido e certo à não incidência do ICMS sobre as suas atividades, por força da Súmula nº. 334, do Superior Tribunal de Justiça: [...]”

Como fica claro nas decisões e também se comprehende dos pareceres PGE/PROFIS de fls. 243-246 e 270-291, o fato de a recorrente ter obtido a outorga para a prestação de Serviços de Comunicação Multimídia (SCM), essa autorização, por si só, não impede que sua atividade seja de Provedor de Serviços de Conexão à Internet (PSCI), que constitui espécie de Serviço de Valor Adicionado (SVA), sobre o qual não incide o ICMS, conforme Súmula nº 334 do STJ e definições trazidas na Norma nº 004/95 - Uso da Rede Pública de Telecomunicações, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995 do Ministério das Comunicações.

Além disso, o próprio Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614/2013 da ANATEL prevê expressamente:

Art. 3º 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.

Não ignoro que a Anatel também prevê que Provedores de Serviços de Conexão à Internet, quando integrantes de Grupos Econômicos de Prestadoras do SCM, prestarão o SCI de forma gratuita, na forma do art. 64 do Regulamento do SCM:

Art. 64. A Prestadora do SCM que oferte Planos para conexão à internet por meio de um Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) que integre seu Grupo Econômico deverá garantir em todas as ofertas a gratuidade pela conexão à internet.

§ 1º É assegurado a qualquer Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) a oferta de conexão gratuita à internet de que trata o caput nas mesmas condições do PSCI que integre o Grupo Econômico, mediante definição de critérios isonômicos e não discriminatórios de escolha.

§ 2º A exigência contida neste artigo não se aplica às Prestadoras de Pequeno Porte.

Contudo, de acordo com o § 2º acima transcrito, esta exigência não se aplica aos Prestadores de Pequeno Porte, como é o caso da recorrente, considerando as seguintes normas da Agência:

Resolução ANATEL nº 600, de 8 de novembro de 2012

Art. 1º Este Plano dispõe sobre o incentivo e a promoção da competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações prevista na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, nas hipóteses em que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte de Grupo com Poder de Mercado Significativo em determinado mercado relevante exige a adoção de medidas regulatórias assimétricas.

...
Art. 4º Para fins deste Plano, além das definições constantes da legislação e regulamentação, aplicam-se as seguintes definições:

...
XV - Prestadora de Pequeno Porte: Grupo detentor de participação de mercado nacional inferior a 5%

(cinco por cento) em cada mercado de varejo em que atua;

ATO ANATEL N° 6539, DE 18 DE OUTUBRO DE 2019

Art. 1º Declarar que as prestadoras pertencentes ao GRUPO TELEFÔNICA, ao GRUPO TELECOM AMERICAS, ao GRUPO TELECOM ITALIA, ao GRUPO OI e ao GRUPO SKY/AT&T não são consideradas Prestadoras de Pequeno Porte, segundo o conceito estabelecido no inciso XV do art. 4º do Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, e alterado pela Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018.

Art. 2º Declarar, por critério de exclusão, que as prestadoras de serviços de telecomunicações não pertencentes aos Grupos elencados no art. 1º deste Ato são consideradas Prestadora de Pequeno Porte, segundo o conceito estabelecido no inciso XV do art. 4º do Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012, e alterado pela Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018.

Outrossim, também não vejo problemas em reconhecer a possibilidade de que apenas parte dos serviços prestados pela recorrente poderiam ser enquadrados como SVA, cabendo a incidência do ICMS sobre as parcelas eventualmente caracterizadas como serviço de telecomunicações. Mas, para tanto, entendo que cabia à fiscalização (e não a este Conselho, na minha opinião) “determinar a matéria tributável” (art. 142 do CTN) e, inclusive, considerar os créditos fiscais decorrentes dos serviços adquiridos, conforme o caso, haja vista que o próprio autuante trouxe faturas de aquisição de serviços de telecomunicações onde se constata o destaque do imposto.

Do mesmo modo, também não se pode perder de vista que a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados pelo contribuinte, ainda que superada a falta da legislação específica prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, demandaria a demonstração clara da conduta praticada com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, **no ato do lançamento ou em procedimento prévio**, o que não se verifica nestes autos.

A título de exemplo, convém mencionar o trecho da Nota Técnica nº 008/2012 da SEFAZ/SC, acerca da aplicação do instituto conforme a legislação daquele estado, com nossos destaques:

“[...] 4. Procedimento de desconsideração do negócio jurídico na legislação catarinense:

A desconsideração de ato ou negócio jurídico, prevista no parágrafo único do art. 116 do CTN, depende do ente tributante (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) editar lei ordinária estabelecendo os procedimentos a serem observados pelas autoridades fazendárias.

No caso catarinense, a Lei 13.441/05 acrescentou o art. 20-A à Lei 3.938/66 disciplinando o procedimento de desconsideração de ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Conforme leciona Marco Aurélio Greco (Planejamento Tributário. 3ª ed. São Paulo Dialética, 2011, p. 193), “na medida em que a simulação passa a ser vista como vício da causa ou do motivo do negócio jurídico, esta se configura sempre que houver discrepância entre o motivo aparente e o motivo real ou entre a causa do negócio e o perfil que ele apresenta”.

Uma vez identificada a dissimulação, a autoridade fiscalizadora deve proceder à desconsideração do ato ou negócio jurídico, compreendendo a desqualificação do negócio jurídico (o negócio simulado) e a sua requalificação (reconhecendo o negócio dissimulado), como procedimento preparatório para o lançamento. [...]”

Reconheço ainda, como destacado pela PGE/PROFIS no último parecer, que o avanço tecnológico faz com que, atualmente, do ponto de vista técnico, o provimento de serviço de conexão à internet pode não existir ou caminhar para não existir mais como serviço autônomo, especialmente pela abrangência de atuação dos SCM. Todavia, além da distinção ainda existir no âmbito normativo (o acesso à internet é considerado essencial ao exercício da cidadania, segundo art. 7º da Lei nº 12.965/2014, Marco Civil da Internet), a própria Agência reguladora discute no máximo uma sugestão de repartição de receitas entre SCM e SCI, na proporção 60/40, em Grupo de Trabalho criado para estudar e aprofundar metodologias sobre o tema (*VOTO N° 52/2023/PR, Processo SEI nº. 53500.296744/2022-69*).

Logo, a própria ANATEL segue em sentido que não sustenta a autuação, pois esta parte do pressuposto de que o SCM extinguiu por completo o SCI ou que este constitui parcela ínfima das



receitas das prestadoras, o que não é demonstrado, ao menos nestes autos e eu penso que cabia à fiscalização o ônus da prova, e não à recorrente, como sugerido no último Parecer PGE/PROFIS, porque seus contratos e declarações, conforme ordenamento jurídico vigente, gozam da presunção de boa-fé.

E nem se diga que se trata de prova impossível ou de difícil obtenção. A Administração Tributária goza da prerrogativa de obtenção de informações dos sujeitos passivos junto a órgãos ou entidades, públicos ou privados, conforme art. 198, §§ 4º e 5º do CTN, além da mútua assistência para fiscalização e permuta de informações com os demais entes tributantes, na forma do art. 199 do CTN.

A prestação de serviços de telecomunicações constitui fato gerador tanto do ICMS como da CIDE-Fust, prevista no art. 6º da Lei nº 9.998/2000, como receita do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações, cabendo às prestadoras encaminhar a prestação de contas referente ao seu valor à Anatel, mensalmente, conforme § 3º do art. 10 da mesma Lei.

Assim, a meu ver, bastaria trazer com a autuação a cópia da declaração para afastar qualquer dúvida da eventual prestação de serviços de telecomunicações, servindo até mesmo como parâmetro para a apuração da base de cálculo do tributo a perseguir, considerando ainda que, quem não aufera receita desta atividade, deve prestar Declaração de Inexistência do Fato Gerador em atenção ao art. 21 do Regulamento de Arrecadação de Receitas Tributárias, aprovado pela Resolução ANATEL nº 720/2020.

Em outras palavras, não apenas **por uma questão de coerência** com o entendimento que manifestei ao acompanhar o voto proferido pelo Ilmo. Cons. Fernando Antônio Brito de Araújo no Acórdão CJF nº 0262-11/22-VD, entendo que nestes autos não houve a comprovação suficiente da tese da fiscalização, como também foi o caso de decisão recente da lavra do Ilmo. Cons. Luiz Alberto Amaral de Oliveira, cuja ementa transcrevo abaixo:

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0117-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. VALORES TRIBUTADOS, COMO NÃO TRIBUTADOS. Considerando o fato de que não há evidências de que o Sujeito Passivo preste serviço de telecomunicações, nem nada nesse sentido que tenha sido trazido aos autos pela fiscalização, é forçoso concluir que o auto de infração é improcedente, com base na Súmula 334 do STJ e em toda a jurisprudência deste Conselho de Fazenda. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

Em comum com esses precedentes, vejo que também aqui a autuação se pauta principalmente pelo tipo de outorga detida pela recorrente (SCM) como suficiente para justificar a incidência do tributo, mesmo quando a Anatel e o Poder Judiciário da Bahia possuem normas e decisões, respectivamente, indicando que isso, por si só, não descharacteriza o prestador como Provedor de Serviço de Conexão à Internet tampouco implica na incidência do imposto sobre toda a receita derivada dos seus contratos. Consequentemente, entendo que o raciocínio também se aplica neste PAF e, portanto, deve acolhida a pretensão recursal.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar INSUBSTANTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Peço licença para divergir do eminentíssimo relator.

No tocante à preliminar de nulidade acolhida no Voto do qual discordo, os fundamentos tomados por base para decidir na instância de primeiro grau não são relativos a elementos gerados pelo Fisco ou por terceiros, ao contrário, são fatos e documentos notórios, de cunho público ou dos quais o recorrente já tinha posse.

Rejeito, portanto, juntamente com esta, todas as outras nulidades suscitadas no presente Recurso (cerceamento de direito de defesa por falta de intimação; desrespeito a coisa julgada etc.).

No mérito, os serviços de comunicação multimídia prestados pelo sujeito passivo, como disse a Fiscalização, têm relação com a navegação e tráfego de dados/ banda larga dedicada na Internet e são tributados pelo ICMS, de acordo com a legislação vigente, ou seja, com a Lei nº 7.014/96, nos seus artigos 1º, inciso III e art. 2º, inciso VII. Claramente, não se está a tratar do provimento de acesso à Internet de que trata o mandado de segurança com trânsito em julgado a que se refere o contribuinte (nº 0509022-56.2013.8.05.0001), mas, como dito, de telecomunicação, tráfego de dados/ banda larga dedicada (SCM).

Os valores foram apurados de acordo com os dados fornecidos ao Fisco, nos termos do Convênio ICMS 115/03.

Reitero, os serviços de provimento de acesso à Internet não foram objeto de exigência neste Auto de Infração, visto que não são tributados pelo ICMS, nos termos da Súmula nº 334 do STJ (“*O ICMS não incide sobre o serviço de provedores de acesso à Internet*”).

Os serviços de comunicação objeto deste lançamento de ofício (resultante de denúncia da Agência Nacional de Telecomunicações) se referem exclusivamente ao tráfego de dados ou banda larga dedicada, cobrados dos clientes de acordo com a velocidade e quantidade contratadas, garantidos através de um IP 100% dedicado para que possa ocorrer o envio e recebimento de informações entre os computadores e servidores da empresa com a rede mundial de computadores e afins.

Segundo renomados doutrinadores, o fato gerador do ICMS exige não só a oferta de infraestrutura, mas a efetiva prestação de um serviço de comunicação. Marco Aurélio Greco sustenta que:

“*Presta serviço de comunicação aquele que coloca à disposição dos usuários os meios para transmitir e receber mensagens, independentemente do conteúdo, o que pressupõe a existência de uma relação negocial onerosa* (Greco, *Internet e Direito*, 2000, p. 133)”.

Roque Antonio Carrazza defende que:

“*A incidência do ICMS depende da efetivação de uma prestação de serviço de comunicação, onde se verifica a existência de uma relação comercial entre prestador e tomador, não se confundindo com a mera disponibilização de infraestrutura* (Carrazza, *ICMS*, 14ª ed., Malheiros, 2009, p. 186)”.

Ives Gandra da Silva Martins aponta que:

“*Somente se configura fato gerador do ICMS a prestação de um serviço de comunicação que estabelece uma obrigação contratual efetiva, implicando a onerosidade na transmissão de dados entre as partes* (Martins, *Tributação na Internet*, Revista dos Tribunais, 2001, p. 44)”.

Dessa forma, a doutrina evidencia que, para que o imposto incida, é necessário que o serviço transcendia a simples disponibilização de meios e se consuma como prestação comunicacional efetiva e onerosa, o que aconteceu no presente caso.

No campo jurisdicional, o Superior Tribunal de Justiça tem contribuído para a consolidação do entendimento acerca da matéria. Em resposta à Consulta nº 17.971 de 21/12/2018, o órgão indicou que:

“*Incide ICMS na prestação onerosa de Serviço de Comunicação Multimídia.*”

No REsp nº 456.650-PR, relatado pela Ministra Eliana Calmon (DJ de 8/9/2003), o STJ afirmou que:

“*O serviço prestado, quando oneroso e caracterizado pela efetiva transmissão de dados e informações, enquadra-se como prestação de serviço de comunicação multimídia, sujeitando-se à incidência do ICMS.*”

No REsp nº 323.358-PR (DJ de 3/9/2001), o relator destacou:

“*Para que se configure a incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação, é imprescindível a existência de uma relação negocial onerosa, característica comprovada na prestação de serviços de comunicação multimídia.*”

Mais recentemente, no REsp nº 745.534-RS (DJ de 27/3/2006), o STJ reiterou:

“*A incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação multimídia fundamenta-se na existência de um contrato oneroso que garante a transmissão e recepção de dados, configurando assim o fato gerador do tributo.*”

Esses precedentes demonstram que, embora existam debates quanto à abrangência do conceito de “serviço de comunicação”, o entendimento do STJ, sobretudo em relação aos serviços de tráfego de dados ou banda larga dedicada, como no presente caso – cuja prestação envolve efetivamente a comunicação entre partes – é de que o imposto incide quando se observa a onerosidade e a contraprestação.

À luz dos ensinamentos doutrinários e dos supracitados pronunciamentos do STJ, pode-se concluir que o ICMS incide sobre a prestação onerosa de serviços de tráfego de dados, desde que esteja presente o elemento negocial característico da relação jurídica de um serviço de comunicação. Essa interpretação respeita o princípio da legalidade e o enquadramento tipológico previsto na legislação, diferenciando os serviços de valor adicionado dos serviços de comunicação propriamente ditos.

Em síntese, a correta identificação do fato gerador do ICMS depende da análise dos elementos essenciais à prestação do serviço – a existência de uma relação onerosa e a efetiva transmissão, emissão ou recepção de informações –, fundamentos esses que encontram respaldo tanto na doutrina quanto na consolidada jurisprudência do STJ.

Portanto, 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.

Voto, por isso, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281081.0009/22-5, lavrado contra ITS TELECOMUNICAÇÕES LTDA., devendo ser intimado o recorrente, 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.

VOTO VENCEDOR (Preliminar devido à ausência de indicação do fato gerador) – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar devido à ausência de indicação do fato gerador) – Conselheiros(s): Anderson Ítalo Pereira, Bruno Nou Sampaio e Valdirene Pinto Lima.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, José Adelson Mattos Ramos e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(s): Anderson Ítalo Pereira, Bruno Nou Sampaio e Valdirene Pinto Lima.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

PAULO DANILO REIS LOPES - VOTO VENCEDOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS