



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

1

**ACÓRDÃO**

**Classe** : **Apelação nº 0539541-09.2016.8.05.0001**  
**Foro de Origem** : Salvador  
**Órgão** : Quinta Câmara Cível  
**Relator** : **Des. Baltazar Miranda Saraiva**  
**Apelante** : Estado da Bahia  
**Procurador** : Cinthya Viana Fingergut  
**Proc. Justiça** : Franklin Ourives Dias da Silva (OAB: 4692/BA)  
**Apelado** : Claro S/A  
**Advogado** : Luciana Angeiras Ferreira (OAB: 147607/SP)  
**Advogado** : Mauricio Pedreira Xavier (OAB: 9941/BA)

**Assunto** : Anulação de Débito Fiscal

**APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS - NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇO DE PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET. ENTENDIMENTO ASSENTE NA CORTE SUPERIOR ?SÚMULA N.º 334?. SERVIÇOS FORA DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DO ICMS, NÃO SE CONFUNDINDO COM O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.** Segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ?Súmula n.º 334?, não incide ICMS sobre operações de acesso à internet. 1 . Os serviços prestados pelos provedores de acesso à INTERNET, embora considerados pelo CONFAZ como serviços de telecomunicações, pela definição dada no art. 60 da Lei 9.472 /97, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, não podem ser assim classificados. 2. O serviço desenvolvido pelos provedores da INTERNET é serviço de valor adicionado ?art. 61 , Lei 9472 /97?, o qual exclui expressamente da classificação de serviços de telecomunicações ?§ 1º, art. 61?. 3. Não sendo os serviços prestados pela INTERNET serviço de telecomunicações, e sim, SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO ?art. 61 , § 1º da Lei 9.472 /97?, não há incidência da exação questionada. Apelação improvida. Sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0539541-09.2016.8.05.0001**, em que figuram, como Apelante, **ESTADO DA BAHIA**, e como Apelada, a **CLARO S/A**,

**ACORDAM** os Desembargadores componentes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em  
BMS01



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

**CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

Sala das Sessões da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 02 de outubro de 2018.

**DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA**  
**PRESIDENTE/RELATOR**

**PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

**RELATÓRIO**

**Classe** : **Apelação nº 0539541-09.2016.8.05.0001**  
**Foro de Origem** : Salvador  
**Órgão** : Quinta Câmara Cível  
**Relator** : **Des. Baltazar Miranda Saraiva**  
**Apelante** : Estado da Bahia  
**Procurador** : Cinthya Viana Fingergut  
**Proc. Justiça** : Franklin Ourives Dias da Silva (OAB: 4692/BA)  
**Apelado** : Claro S/A  
**Advogado** : Luciana Angeiras Ferreira (OAB: 147607/SP)  
**Advogado** : Mauricio Pedreira Xavier (OAB: 9941/BA)

**Assunto** : Anulação de Débito Fiscal

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo **ESTADO DA BAHIA** contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal, com pedido de Tutela Provisória de Urgência Cautelar Antecedente, referente à cobrança de débitos de ICMS, objetos das infrações 02 e 04 do Auto de Infração nº 279692.00043/13-3, referentes ao período de janeiro a dezembro de 2010, constituídos sob a alegada falta de recolhimento do imposto sobre a prestação de serviços de valor adicionado, que assim decidiu:

No caso de serviços de valores adicionados ao serviço de comunicação, é importante identificar se as atividades prestadas pela Autora integram os serviços de comunicação, em caráter oneroso, com o objetivo de propiciar a efetiva comunicação entre o emissor e o receptor. Do compulsar dos autos, constatou-se que os serviços prestados pela Autora, fls. 58, não são serviços de telecomunicações, mas sim de valores adicionais, já que o objeto não é a efetiva prestação onerosa para o estabelecimento da comunicação entre o emissor e o receptor, o que caracteriza os serviços telefônicos. (...) Assim, diante da definição de serviços telefônicos e não-telefônicos da Lei Geral de Telecomunicações, constato que os serviços da infração 02 e 04 estão fora da base de cálculo do ICMS, por serem classificáveis como Serviços de Valor Adicionado – SVA's. Isto posto, tendo em vista as razões retro expendidas, bem como tudo mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a presente **AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL** para que sejam cancelados os débitos de ICMS, objeto do AI nº 279692.0003/13-3, infrações 02 e 04, ratificando a decisão concessiva da liminar de fls. 186. **CONDENO** o Réu ao pagamento dos honorários advocatícios, estes na base de 8 % (oito por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido. A fixação dos honorários seguiu o quanto estabelecido no art. 85, § 3º, II, do CPC Com reexame necessário por força do artigo 496, § 3º, II, do CPC” (fls. 312 e 313).

Irresignado, o Estado da Bahia interpôs o presente Recurso de Apelação de **fls. 323/341**, pugnando pela reforma da sentença alegando, em síntese, que a referida sentença



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

deve ser reformada porque foi prolatada sem prova contundente de que as operações descritas nas infrações 02 e 04 do AI nº 279692.0003/13-3, seriam, de fato, serviço de valor adicionado SVA's, mas tão somente com base nas alegações da empresa recorrida, durante o processo administrativo fiscal.

Aduz que o cerne da questão diz respeito a incidência do ICMS sobre serviços de valor adicionado, e que o lançamento fiscal não deixa dúvidas de que diz respeito a sua atividade fim, ou seja, serviço de comunicação, compreendido no período de janeiro a dezembro de 2010.

Além disso, alega que a decisão recorrida não analisou os demonstrativos anexados aos autos de infração, os quais não deixam dúvidas de que se trata de serviço de comunicação prestado pela empresa de telefonia, afastando qualquer alegação de se tratar de “serviço facilitador, acessório ou adicionado”.

Aduz que a decisão de primeiro grau não analisou os serviços indicados no anexo ao auto de infração com devido vagar, deixando de fundamentar em que provas teria se baseado para considerá-los como serviços suplementares e facilidades adicionais, na medida em que não houve perícia técnica para apurar esta informação.

Depois de tecer comentários sobre a correta cobrança do ICMS no caso dos presentes autos, conclui que a sentença merece reforma por invocar motivos que se prestaria a fundamentar qualquer outra decisão, além de deixar de enfrentar todos os argumentos levantados pelo Estado, como a inexistência de provas de natureza jurídica dos serviços serem, de fato, de valor adicionado, ante a fundamentação da sentença se basear no documento de fl. 58, a qual se refere à impugnação administrativa da empresa, que não tem qualquer traço de verossimilhança.

Conclui afirmando que a questão debatida permanece controversa, uma vez que as provas dos autos são suficientes para afastar a incidência do ICMS, e longe de garantir qualquer certeza de que se trata de SVA, ao tempo em que pede o Provimento da presente apelação para reformar a sentença de primeiro grau, mantendo-se o lançamento fiscal.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

Em suas contrarrazões de **fls. 353/368**, a Apelada afirma que não merecem prosperar as frágeis alegações do Apelante, uma vez que não há dúvidas de que os supostos débitos impugnados foram lançados a título de ICMS supostamente incidente sobre prestações de serviços de valor adicionado, os quais, conforme pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial, não caracterizam efetivas prestações de serviços de telecomunicação.

Aduz que o Apelante alegou, equivocadamente, que a r. sentença deveria ser reformada, uma vez que teria sido proferida sem provas suficientes de que as operações autuadas seriam, realmente, prestações de serviços de valor adicionado. No entanto, essa alegação não procede, pois é inequívoco que os supostos débitos em discussão se referem à exigência de imposto no que toca aos serviços de valor adicionado. Isto está definido desde a esfera administrativa, conforme se infere da r. decisão proferida nos autos do Processo Administrativo de constituição do crédito tributário: Decisão 1ª Instância: “(...) *É certo que os serviços descritos nas infrações 2, 3 e 4 os serviços ali relacionados se caracterizam como serviços de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações, por serem utilidades.*” Este documento foi assinado digitalmente por MAURICIO PEDREIRA XAVIER. Protocolado em 19/02/2018 às 15:02:01.

Depois de explicitar sua defesa quanto ao adequado comportamento empresarial, a Apelada afirma que restou incontroverso que as operações descritas nas infrações 02 e 04 do AI n. 279692.0003/13-3, referem-se a serviços de valor adicionado prestados pela Apelada, pelo que a produção de outras provas se mostra desnecessária, revelando-se o acerto do MM. Juízo a quo ao julgar procedente o pedido formulado na petição inicial no estado em que se encontrava o feito.

Ainda que fosse admitida a possibilidade de revisão do lançamento com a alteração do critério jurídico do lançamento (erro de direito), o que se admite apenas para argumentar ante sua vedação expressa, tal revisão somente seria permitida enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública, conforme se infere do parágrafo único do artigo 149 do CTN.

O Apelante insiste na alegação de legitimidade da cobrança perpetrada, ao argumento de que os serviços de valor adicionado seriam serviços suplementares e facilidades adicionais, isto é, “*serviços acessórios do serviço de comunicação, relacionados a uma*



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

*comunicação à qual dão viabilidade, ou suporte*”, e, por assim serem, a respectiva prestação ensejaria a incidência do ICMS. Todavia, os serviços de valor adicionado não estão no campo de incidência do ICMS, pois este apenas incide sobre os serviços de comunicação propriamente ditos.

Aduz que não incide ICMS sobre atividades acessórias, preparatórias ou intermediárias à efetiva prestação do serviço de comunicações, pois com este não se confundem. 2. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, julgado sob a sistemática dos Recursos Repetitivos: *"A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade-fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta, sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS."* (STJ, REsp 1176753/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 28/11/2012, DJe 19/12/2012).

Ao final, requer seja negado integral provimento ao Recurso de Apelação ora contra-arrazoadado, mantendo-se a r. sentença apelada tal como proferida pelo MM. Juízo a quo.

Com este relato, nos termos do art. 931 do CPC, encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta.

Salvador, 17 de setembro de 2018.

**DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA**  
**RELATOR**



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

VOTO

**Classe** : **Apelação nº 0539541-09.2016.8.05.0001**  
**Foro de Origem** : Salvador  
**Órgão** : Quinta Câmara Cível  
**Relator** : **Des. Baltazar Miranda Saraiva**  
**Apelante** : Estado da Bahia  
**Procurador** : Cinthya Viana Fingergut  
**Proc. Justiça** : Franklin Ourives Dias da Silva (OAB: 4692/BA)  
**Apelado** : Claro S/A  
**Advogado** : Luciana Angeiras Ferreira (OAB: 147607/SP)  
**Advogado** : Mauricio Pedreira Xavier (OAB: 9941/BA)

**Assunto** : Anulação de Débito Fiscal

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Cuida-se de recurso de Apelação interposto pelo **ESTADO DA BAHIA** contra sentença proferida pelo juízo da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal, com pedido de Tutela Provisória de Urgência Cautelar Antecedente, referente à cobrança de débitos de ICMS, objetos das infrações 02 e 04 do Auto de Infração nº 279692.00043/13-3, referentes ao período de janeiro a dezembro de 2010, constituídos sob a alegada falta de recolhimento do imposto sobre a prestação de serviços de valor adicionado, que assim decidiu:

No caso de serviços de valores adicionados ao serviço de comunicação, é importante identificar se as atividades prestadas pela Autora integram os serviços de comunicação, em caráter oneroso, com o objetivo de propiciar a efetiva comunicação entre o emissor e o receptor. Do compulsar dos autos, constatou-se que os serviços prestados pela Autora, fls. 58, não são serviços de telecomunicações, mas sim de valores adicionais, já que o objeto não é a efetiva prestação onerosa para o estabelecimento da comunicação entre o emissor e o receptor, o que caracteriza os serviços telefônicos. (...) Assim, diante da definição de serviços telefônicos e não-telefônicos da Lei Geral de Telecomunicações, constato que os serviços da infração 02 e 04 estão fora da base de cálculo do ICMS, por serem classificáveis como Serviços de Valor Adicionado – SVA's. Isto posto, tendo em vista as razões retro expendidas, bem como tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL para que sejam cancelados os débitos de ICMS, objeto do AI nº 279692.0003/13-3, infrações 02 e 04, ratificando a decisão concessiva da liminar de fls. 186. CONDENO o Réu ao pagamento dos honorários advocatícios, estes na base de 8 % (oito por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido. A fixação dos honorários seguiu o quanto estabelecido no art. 85, § 3º, II, do CPC Com reexame necessário por força do artigo 496, § 3º, II, do CPC” (fls. 312 e 313).

Em que pese as razões apresentadas pelo Apelante, a controvérsia reside na





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

legalidade da cobrança do ICMS sobre o valor adicionado ao serviço de comunicação prestado pela Apelada, que, segundo a sentença, é matéria já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ, no sentido de que tais serviços encontram-se fora do âmbito de incidência do ICMS, não se confundindo com serviço de comunicação/telecomunicação.

Realmente, os fiscos estaduais têm entendido que esses serviços de valor adicionado são atividades que se conectam aos serviços de comunicação/telecomunicação, incidindo a cobrança de ICMS sobre tais serviços.

Segundo o art. 51 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9472/97), o Serviço de Valor Adicionado (SVA), é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicação que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações, salientando, em seu parágrafo primeiro, que o serviço de valor adicionado não é serviço de telecomunicação.

Realmente, nossos tribunais têm entendido:

TRIBUTÁRIO. ISS. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei n. 9.472 /97), consoante teor da Súmula 334/STJ. 2. O ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos aqueles que cabem o ICMS (art. 156, inciso III, da Constituição Federal). 3. Não havendo expressa disposição acerca do serviço de valor adicionado na lista anexa ao Decreto Lei 406 /68, nem qualquer identidade entre esse serviço e outro congênere nela expressamente previsto, não ocorre a incidência do ISS. 4. Recurso especial não provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 719635 RS 2005/0016338-2 (STJ) Jurisprudência • Data de publicação: 07/04/2009)

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA TRIBUTÁRIO ICMS NÃO INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇO DE PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET ENTENDIMENTO ASSENTE, INCLUSIVE, NA CORTE SUPERIOR (SÚMULA N.º 334) RECURSO IMPROVIDO. Nos termos de orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 334), não incide ICMS sobre operações de acesso à internet. "1. Os serviços prestados pelos provedores de acesso à INTERNET, embora considerados pelo CONFAZ como serviços de telecomunicações, pela definição dada no art. 60 da Lei 9.472/97, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, não podem ser assim classificados." "2. O serviço desenvolvido pelos provedores da INTERNET é serviço de valor adicionado (art. 61, Lei 9472/97), o qual exclui expressamente da classificação de serviços de telecomunicações (§ 1º, art. 61)." "3. Se o ICMS só incide sobre serviços de telecomunicações, nos termos do art. 2º da LC 87 /96, não sendo os serviços prestados pela INTERNET serviço de telecomunicações, e sim, SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (art. 61, § 1º da Lei 9.472 /97), não há incidência da exação questionada". (REsp n.º 456.650, Min. Eliana Calmon). (TJ-





PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
Quinta Câmara Cível

SC - Apelação Cível em Mandado de Segurança MS 778279 SC 2008.077827-9  
(TJSC Jurisprudência • Data de publicação: 02/04/2009).

A douta sentença não merece reforma. O serviço de valor adicionado é um serviço não-telefônico cobrado do assinante toda vez que é usado ou na forma do contrato assinado entre as partes, caracterizando uma atividade que acresce ao serviço de comunicação lhe dando um determinado suporte.

De acordo com a discriminação contida na **fl. 58**, os serviços ali descritos não são serviços de telecomunicação, mas sim serviços de valores adicionais, já que o objeto difere dos serviços de telecomunicação descrito no art. 60 da referida lei, que é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

É pacífico o entendimento do STJ no sentido de não incide ICMS sobre serviço prestado pelos provedores de acesso à internet uma vez que a atividade desenvolvida por eles consubstancia mero serviço de valor adicionado, conforme art. 61 da Lei 9472/97. Inteligência da Súmula nº 334/STJ (Resp 911.299/RS, 2ª Turma, Ministro João Otávio de Noronha -DJ 10.05.2007.

O próprio Apelante considera que a Autoridade Fiscal apurou ser devido ICMS sobre recursos de “*MOBILE FUN*” os quais consistem em acesso a endereço eletrônico de serviços para aquisição de músicas e vídeos mediante o Auto de Infração ora impugnado por entender que se amoldam aos fatos geradores do ICMS.

O serviço de telecomunicação não se confunde com o serviço de valor adicionado, que impede o Apelante de cobrar ICMS sobre tal serviço, conforme determinação legal.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER** e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Sala das Sessões, 02 de outubro de 2018.

**DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA**  
**RELATOR**