

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.556/17/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000231553-86
Impugnação: 40.010137140-15, 40.010137249-08 (Coob.), 40.010137247-46 (Coob.), 40.010137250-84 (Coob.), 40.010137248-27 (Coob.), 40.010137246-65 (Coob.)
Impugnante: RBC - Rede Brasileira de Comunicação Ltda
IE: 223656063.00-65
Marcos Gonçalves Machado (Coob.)
CPF: 483.860.656-72
Prime Service Ltda (Coob.)
CNPJ: 05.296643/0001-48
Renata Rodrigues Couto de Lima (Coob.)
CPF: 949.960.836-20
Roberto Murilo Peres Correa Machado (Coob.)
CPF: 430.860.556-34
RW-Cobrança Prestadora de Serviços Ltda - ME (Coob.)
IE: 002022673.00-69
Proc. S. Passivo: Leonardo de Lima Naves/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SUJEITO PASSIVO – EMPRESAS COOBRIGADAS - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões das Empresas Coobrigadas concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pelo Contribuinte. Legítima, portanto, a sua manutenção no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso I, do CTN c/c art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. O Coobrigado Administrador, que gere as empresas envolvidas por meio de procuração, é responsável pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso II, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. Comprovado nos autos a prática, por parte dos sócios gerentes das Empresas Coobrigadas, de atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatou-se que a Autuada prestou serviço de comunicação multimídia (SCM) sem emitir o correspondente documento fiscal. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização para adequar a reincidência ao disposto na legislação. Porém, foi excluída a majoração da Multa Isolada relativa à reincidência, nos termos do art. 79 da Lei nº 22.549/17. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, em relação ao período de 01/01/09 a 31/01/14, de prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), modalidade *internet* banda larga, desacobertada de documentação fiscal.

As infrações foram constatadas por meio de documentos extrafiscais e arquivos eletrônicos apreendidos no âmbito da Operação Cabo de Guerra, os quais demonstram que o SCM modalidade *internet* banda larga era tratado pela Autuada como se fosse um mero Serviço de Valor Agregado (SVA), especificamente de Provedor de Serviços de Conexão à *Internet* – PSCI (o qual não é tributado), situação que não corresponde à realidade.

São exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XVI, ambas da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º do mesmo diploma legal.

As empresas Prime Service Ltda e RW-Cobrança Prestadora de Serviços Ltda – ME, assim como seus sócios administradores e o Sr. Marcos Gonçalves Machado, procurador das envolvidas, foram incluídas no polo passivo da autuação por força do disposto nos arts. 124, inciso I e 135, inciso II e III do Código Tributário Nacional - CTN c/c art. 21, inciso XII, § 2º, incisos II e III da Lei nº 6.763/75.

Saliente-se que o presente Auto de Infração trata apenas de uma parte das saídas desacobertadas constatadas em relação ao grupo Mastercabo, especificamente de R\$ 13.045.437,71 (treze milhões, quarenta e cinco mil, quatrocentos e trinta e sete reais e setenta e um centavos) de recursos recebidos pela empresa Prime Service Ltda. Como consequência, a Prime foi incluída como Coobrigada no presente Auto de Infração.

O Auto de Infração nº 01.000230985-36 cuida do restante das saídas desacobertadas, no total de R\$ 159.714.792,09 (cento e cinquenta e nove milhões, setecentos e catorze mil, setecentos e noventa e dois reais e nove centavos).

Outro ponto a ser observado é que, ao se referirem à empresa que presta os supostos serviços de provedor de *internet* do grupo Mastercabo, as Impugnações se utilizam indistintamente dos nomes Prime Service e VIP Comunicação, como se fossem uma única empresa.

Como o presente Auto de Infração cuida apenas dos recebimentos realizados em nome de Prime Service (os recebimentos em nome de VIP Comunicação

compõem o AI nº 01.000230985-36), quando houver citação pelos Impugnantes da empresa VIP Comunicação como sendo a empresa responsável pela prestação dos serviços de provedor de *internet*, deve-se considerar que a intenção era se referir à Prime Service.

O processo encontra-se instruído com Autos de Apreensão e Depósito e de Deslacrção referentes à Operação Cabo de Guerra (fls. 02/93); Auto de Infração (fls. 94/105); Procuração para recebimento do Auto de Infração (fls. 106/112); Demonstrativo do Crédito Tributário – DCT (fls. 113/120); Relatório Fiscal (fls. 121/137); Anexo 1 – Planilha de faturamento mensal da Mastercabo (fls. 138/155); Anexo 2 – Demonstrativo mensal da base de cálculo do ICMS (fls. 156/178); Anexo 3 – Amostragem do confronto Sintegra x CIAF (fls. 179/182); Anexo 4 – Autorização da Anatel para RBC explorar SCM (fls. 183/195); Anexo 5 – Fichas cadastrais, contratos sociais e telas SICAF dos sócios das empresas envolvidas (fls. 196/289); Anexo 6 – Telas do sítio eletrônico da Mastercabo, comprovando a oferta de SCM sob uma só marca (fls. 290/321); Anexo 7 – Ação cautelar impetrada pela AGE e Mem. SUFIS/NAP nº 019/13 (fls. 322/346); Anexo 8 – Amostragem de boletos extrafiscais (fls. 347/364); Anexo 9 – Cópia das DAPIs de RBC (fls. 365/461); Anexo 10 – Comprovação de que o domínio www.mastercabo.com.br é da RBC (fls. 462/465); Anexo 11 – Documento denominado “Diagnóstico Estrutural do Grupo Master” (fls. 466/500); Anexo 12 – RAIS 2009 a 2013 da RW, por amostragem (fls. 501/514); Anexo 13 – Amostragem de NFST de outras empresas de comunicação com destaque integral do ICMS para o SCM (fls. 515/535); Anexo 14 – Documentos comprobatórios da responsabilidade dos Coobrigados e relatórios técnicos emitidos pelo Núcleo de Auditoria Digital (fls. 536/564); Anexo 15 – Comprovação da Reincidência (fls. 565/584); Anexo 16 – Amostragem de boletos e correspondentes notas fiscais com valores inferiores emitidos contra o mesmo usuário (fls. 585/597); Anexo 17 – CD contendo as versões completas de todos os documentos comprobatórios da autuação e da Coobrigação (fls. 598/599); Anexo 18 – Relação e cópia dos documentos apreendidos na Operação Cabo de Guerra (fls. 601/2.289);

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 2.290/2.362, acompanhada dos documentos de fls. 2.363/2.611. Ao final, pugna pela improcedência do lançamento.

Os Coobrigados, também inconformados, apresentam tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação Conjunta às fls. 2.614/2.771, acompanhada dos documentos de fls. 2.772/2.928, e pedem pela improcedência do lançamento.

Da Reformulação do Crédito Tributário

Acatando parcialmente as razões da Defesa, a Fiscalização retifica o crédito tributário, nos termos do demonstrativo de fls. 2.955/2.968, para adequar a reincidência de forma que a exigência de majoração à razão de 100% (cem por cento) se desse apenas no período de outubro de 2011 a julho de 2012, em relação ao qual está comprovada a dupla reincidência.

Do Aditamento à Impugnação

Em seguida, a Impugnante anexa aos autos cópia de sentença do Mandado de Segurança nº 6011833-13-8-13-0024 (fls. 2.969/2.975), na qual lhe foi reconhecido o direito de não recolher ICMS sobre as atividades constantes na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98.

Da Primeira Manifestação Fiscal

Ato contínuo, a Fiscalização se manifesta às fls. 2.976/3.073 refutando as demais alegações da Impugnante e requerendo a procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário de fls. 2.955/2.968.

Da Diligência proposta pela Assessoria deste Conselho

A Coobrigada Vip Comunicação Ltda havia informado em sua defesa que recorreu ao Poder Judiciário, conforme Ação Declaratória nº 0181306-21.2013.8.13.0223 (petição acostada às fls. 2.377/2.399), visando obter declaração de inexistência de relação jurídica-tributária entre ela e o estado de Minas Gerais, com relação à incidência de ICMS-Comunicação na atividade por ela desenvolvida.

Requeru, ainda, a concessão de medida liminar para que o estado de Minas Gerais se abstenha de promover o lançamento e cobrança do ICMS-Comunicação sobre as atividades da Coobrigada, as quais, segundo alega, caracterizam como de serviço de “valor adicionado”.

À vista de informações a respeito desta ação, em 11/09/15, a Assessoria do CC/MG decidiu encaminhar os autos à Advocacia-Geral do Estado, nos termos do art. 105 do RPTA, para manifestação em face das ações judiciais interpostas pela Autuada e Coobrigada (fls. 3.070/3.073).

O presente PTA retorna, então, a tramitar neste Conselho, na medida em que a AGE orientou pela continuidade da fase administrativa, conforme parecer, datado de 15/12/15 (parecer e despacho às fls. 3.076/3.080).

Do Primeiro Parecer da Assessoria

A Assessoria deste Conselho emite, em 26/08/16, seu primeiro Parecer (fls. 3.186/3.212), opinando, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida. No mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário às fls. 2.955/2.968.

Do Deferimento de Juntada de Documentos Pela 2ª Câmara

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 06/10/16, decide deferir a juntada de documento protocolado no CC/MG em 05/10/16 (fls. 3.219).

Do Oferecimento de Novos Documentos Pela Impugnante

A Impugnante comparece às fls. 3.220/3.221, anexando os documentos de fls. 3.222/3.300, sendo o principal deles o Laudo Técnico Pericial de fls. 3.223/3.284, elaborado pelo Perito Robson de Souza Tanajura, nomeado nos autos da Ação Ordinária nº 01813062120138130223, movida pela empresa VIP Comunicações Ltda contra o estado de Minas Gerais no âmbito do Poder Judiciário.

Além disso, também inclui nos autos o Acórdão nº 22.013/16/1ª, proferido pelo Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, relativo a prestação de serviço de telecomunicação (fls. 3.285/3.299). Reitera pedido de improcedência do lançamento.

Da Segunda Manifestação da Fiscalização

A Fiscalização manifesta-se às fls. 3.302/3.310, anexando o Relatório de Fiscalização Anatel nº 0737/2015/GR04, de fls. 3.311/3.326, acompanhado do DVD de fls. 3.327, que contém os documentos utilizados na elaboração do relatório.

Do Novo Aditamento à Impugnação

Reaberta vista dos autos, a Impugnante volta a se manifestar às fls. 3.332/3.343 alegando, em síntese, que a juntada do Relatório de Fiscalização da Anatel seria ilícita e pedindo seu desentranhamento.

Da Terceira Manifestação da Fiscalização

A Fiscalização volta a se manifestar às fls. 3.345/3.350, afirmando que a inclusão do Relatório de Fiscalização da Anatel está amparada pelo CTN. Reitera pedido de procedência do lançamento.

Do Segundo Parecer da Assessoria

Em 14/06/2017, a Assessoria deste Conselho emite seu segundo Parecer (fls. 3.377/3.392), onde opina, em preliminar, pela rejeição do pedido de desentranhamento do Relatório de Fiscalização da Anatel. Quanto ao mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da Reformulação do Crédito Tributário de fls. 2.955/2.968.

DECISÃO

Os fundamentos expostos nos pareceres da Assessoria deste Conselho foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações.

Das Preliminares

Da Ausência de Motivação

Inicialmente, os Impugnantes alegam nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação para o lançamento.

No entanto, razão não lhes assiste.

Compulsando os autos, observa-se que a base legal e as infringências estão devidamente capituladas às fls. 103/104 e 127 dos autos.

Além disso, o Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração deixa claro que as exigências decorrem de prestação de serviço de comunicação na modalidade *internet* banda larga sem emissão de documento fiscal, na medida em que indevidamente classificada como se Provedor de Serviço de Conexão à *Internet* (PSCI) fosse.

A metodologia utilizada no trabalho está descrita às fls. 122/126, onde são apresentadas as bases fáticas e jurídicas que o levaram à conclusão de que o serviço prestado pela Autuada é de *internet* banda larga e não de PSCI.

Além disso, os fundamentos que levaram à inclusão dos Coobrigados no polo passivo também estão descritos às fls. 126 e pormenorizados no Memorando SUFIS/NAP/Nº 019/2013, (Anexo 7).

Dessa forma, não se vislumbra ausência de motivação do feito fiscal, razão pela qual deve ser afastada a alegação de nulidade.

Do Pedido de Desentranhamento de Relatório de Fiscalização

Preliminarmente, não assiste razão à Impugnante na alegação de nulidade do feito fiscal, com fundamento em ilicitude da juntada aos autos do Relatório de Fiscalização Anatel nº 0737/2015/GR04 por suposta afronta ao § 1º do art. 36 do Regulamento de Fiscalização da Anatel, publicado pela Resolução nº 596/12 dessa autarquia federal.

Cabe esclarecer que a confecção do Relatório de Fiscalização da Anatel e seu compartilhamento com a SEF/MG decorreram de solicitação da Superintendência de Fiscalização (SUFIS), órgão desta Secretaria de Fazenda, tendo sido realizada por meio de regular processo administrativo, amparado pelo art. 198, § 2º, do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

(...)

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

(Destacou-se)

Como se vê da leitura do art. 36 do citado Regulamento de Fiscalização da Anatel, são dois os alvos do sigilo de informações imposto pelo dispositivo: (1) os **usuários do sistema**, garantindo-se a manutenção da inviolabilidade do fluxo das comunicações entre eles (*caput* e § 2º) e (2) os **concorrentes de mercado** da empresa fiscalizada, impedindo-se que a divulgação das informações obtidas na fiscalização possa representar vantagem competitiva indevida desses em relação à empresa fiscalizada (§ 3º). Saliente-se que, nesse último caso, o sigilo ainda depende de solicitação do interessado, o que denota que ele nem mesmo tem caráter automático e irrestrito. Observe-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 36. Os dados e as informações acessados e obtidos pela Agência nos termos deste Regulamento são aqueles diretamente relacionados às obrigações da fiscalizada e indispensáveis ao exercício efetivo da função fiscalizadora da Anatel, **mantendo-se inviolável o fluxo das comunicações entre os usuários.**

§ 1º No procedimento de fiscalização será garantido o tratamento confidencial dos dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil acessados e obtidos pela Agência.

§ 2º Estende-se à Anatel o **dever de sigilo das informações pessoais dos usuários** a que se submetem as prestadoras de serviços fiscalizadas.

§ 3º A fiscalizada **pode solicitar** o sigilo de informações relativas a sua atividade empresarial, cuja **divulgação possa representar vantagem competitiva a seus concorrentes.**

(Destacou-se)

Tal sigilo não foi, e nem poderia ser direcionado a impedir que o Fisco obtivesse informações de interesse da fiscalização tributária. O intercâmbio de informações sigilosas no âmbito da administração pública não constitui quebra de sigilo fiscal dos dados obtidos, e não representa nenhuma contrariedade ao Regulamento de Fiscalização da Anatel, mormente porque o art. 195, *caput*, do CTN nega aplicação a quaisquer disposições legais que excluam ou limitem o direito do Fisco de examinar documentos e papéis de interesse da fiscalização de tributos:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

Assim, qualquer interpretação da citada norma regulamentar, que conduza à conclusão de que o Fisco não possa ter acesso a informações de interesse tributário, encontra óbice no art. 195, *supra*, sendo flagrantemente ilegal e incompatível com a teleologia das normas gerais de fiscalização tributária contidas no CTN e replicadas na legislação de regência do ICMS.

Ademais, como a Autoridade Fiscalizatória de tributos possui amplo poder de polícia em relação aos elementos materiais e jurídicos relacionados à ocorrência do fato gerador, não há que se falar em quebra de sigilo decorrente do compartilhamento com a SEF/MG de resultado da fiscalização realizada pela Anatel, posto que tais informações foram regularmente solicitadas e integram, nesse momento, processo tributário administrativo com natureza tão ou mais sigilosa do que aquela conferida à fiscalização realizada pela Anatel.

Dessa forma, sem razão a Impugnante, não havendo que se falar em desentranhamento do Relatório de Fiscalização da Anatel, uma vez que sua inserção nos autos se justifica pelos incontáveis elementos de elucidação e identificação do real Sujeito Passivo da autuação e da efetiva natureza do serviço prestado pelo Grupo Mastercabo, além de se encontrar devidamente respaldada pela lei.

Do Mérito

Da Sujeição Passiva

Os Coobrigados no presente feito fiscal são os seguintes:

- **RW Cobrança Prestadora de Serviços Ltda – ME**, doravante apenas **RW**, braço financeiro do grupo Mastercabo, responsável por emitir os boletos com dissimulação do objeto do SCM *internet* banda larga e por registrar todos os empregados operacionais do grupo, contribuindo para afastar indevidamente a receita da tributação pelo ICMS;

- **Prime Service Ltda**, doravante denominada apenas **Prime**, empresa de fachada utilizada para subtrair indevidamente a receita de *internet* banda larga da tributação em Minas Gerais, tratando-a como se de PSCI fosse;

- **Roberto Murilo Peres Correa Machado**, sócio das empresas **RBC** (participação de 90%) e **VIP** (participação de 10%), exercendo, na prática, o papel de segundo homem da organização, responsável pela administração dos negócios de telecomunicações do grupo Mastercabo;

- **Renata Rodrigues Couto de Lima**, ex-empregada da Autuada RBC e sócia administradora da **RW**, empresa gestora das atividades de emissão de boletos com fraude para os consumidores de *internet* banda larga do grupo Mastercabo, como se fosse apenas um serviço de “telemática” (provedor de acesso);

- **Marcos Gonçalves Machado**, presidente de fato do grupo Mastercabo, com participação ativa na condução dos negócios, tanto na condição de representante legal, por meio de inúmeras procurações, como na condição de sócio minoritário e indireto, conforme atestam os documentos acostados nos Anexos 14 e 18 do Auto de Infração;

O infográfico constante do Mem. SUFIS/NAP/Nº 019/2013 (Versão Completa no CD de fls. 599) faz uma análise criteriosa da participação de cada um dos envolvidos na trama que envolve a prática de sonegação dos tributos, sendo leitura indispensável para melhor compreensão da coobrigação no presente feito fiscal.

Alegam os Coobrigados que a RW e a Prime não prestam serviços de comunicação, razão pela qual não há como responsabilizá-las e a seus sócios por crédito tributário decorrente de tal serviço. O simples fato de pertencerem ao mesmo grupo econômico da Autuada não é suficiente para atrair a aplicação do art. 124, inciso I, do CTN. Citam jurisprudências no sentido de sua tese.

Além disso, afirmam que não há provas de que os Coobrigados pessoas físicas tenham agido com dolo, em atos com abuso de poder ou violação de lei, o que afasta a aplicação do art. 135 do CTN e do art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salientam que a ausência de dolo dos sócios também impede a aplicação de desconsideração da personalidade da RBC para alcançar-lhes o patrimônio particular.

Analisando o *modus operandi* utilizado na fraude, nota-se que a empresa VIP assinava um contrato com o cliente do grupo Mastercabo, contrato esse que tinha por objeto **formal** a mera prestação de serviços de autenticação para acesso à *internet*, típico serviço de SVA, não sujeito à tributação de ICMS.

No entanto, em sentido contrário, o documento continha cláusulas típicas de um contrato de prestação de SCM na modalidade *internet* banda larga, tais como plano, velocidade, pacote de serviços e autorização para entrada no imóvel do usuário para fins de instalação dos equipamentos necessários à prestação dos serviços.

Em seguida, era firmado um pseudo contrato de locação de fornecimento de redes de telecomunicação da RBC para a VIP, para que essa empresa dispusesse de meios físicos para prestar o suposto serviço contratado. Tal contrato servia apenas para dar um “ar de legalidade” às operações em tese firmadas entre VIP e consumidor final (com a Prime, tal contrato sequer fora elaborado).

No entanto, instada pela Fiscalização a comprovar o pagamento de tais operações de locação de redes para a VIP, a Autuada não apresentou comprovantes financeiros de que a operação houvesse realmente ocorrido, afirmando apenas que a RBC se remunerava diretamente com o usuário e não com a VIP, denotando claramente que o contrato é uma mera simulação.

Praticamente todo o valor referente à prestação do serviço de *internet* banda larga era faturado pela RW para o consumidor final com o nome de “telemática/internet”, com se prestação de serviço de PSCI fosse, de forma que cerca de 90% (noventa por cento) das receitas decorrentes da prestação do serviço de *internet* banda larga fossem indevidamente rotuladas como um SVA, no intuito de afastá-las da tributação pelo ICMS.

Inclusive, todo o quadro de funcionários operacionais das empresas envolvidas (RBC, Prime e VIP) foi transferido para RW, pois, na condição de gestora financeira e de pessoal do grupo, corria por conta e responsabilidade dela todo o trabalho de ligação, religação, desconexão e tarifação do cliente/usuário das redes de TV a cabo/*Internet* pertencente ao grupo Mastercabo.

No comando desse esquema, arquitetado com o intuito claro de deixar de recolher ICMS devido ao estado de Minas Gerais, encontram-se o presidente de fato do grupo Mastercabo, Sr. Marcos Gonçalves, o segundo homem do grupo, responsável pela área de telecomunicações, Sr. Roberto Murilo, e a responsável pela empresa que faturava os boletos que dissimulavam a natureza do serviço de *internet* banda larga prestado (RW), a Sra. Renata Rodrigues.

Por essa razão, considerando que a ativa atuação de todos os Coobrigados para obtenção do resultado “não recolhimento do ICMS” está fartamente demonstrada nos autos e será melhor detalhada ao longo do presente acórdão, considera-se correta sua inclusão no polo passivo do presente Auto de Infração, nos termos dos arts. 124, inciso I e 135, inciso III do CTN c/c art. 21, inciso XII e § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

(...)

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII- qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

(...)

§ 2º- São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II- o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Por fim, saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em reiteradas decisões (AgRg nos EDcl no REsp 1177895/RS; REsp1129430/SP 2009/0142434-3 2010/0015834-3), firmou entendimento no sentido da viabilidade de aplicação do art. 124, inciso I do CTN nas situações em que o contribuinte tem relação causal, direta e pessoal com o pressuposto de fato que origina a obrigação tributária.

Da Questão Central do Mérito

Passando à análise do mérito propriamente dito, reitera-se que a autuação versa sobre a constatação, em relação ao período de 01/01/09 a 31/01/14, de prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), modalidade *internet* banda larga, desacobertada de documentação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75, esta última majorada em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, do mesmo diploma legal.

O presente Auto de Infração decorre da Operação Cabo de Guerra, desencadeada pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais em função de indícios de prestação de serviços de comunicação sem emissão de documento fiscal.

Cumprir destacar que o grupo Mastercabo, ao qual pertencem a Autuada e demais envolvidos, é composto por mais de 20 (vinte) empresas, a maioria delas empresas de participação, existindo também pessoas físicas e sociedades internacionais (*off shores*). O grupo atua em ramos de atividades diversos, entre eles a siderurgia, agropecuária e comunicação.

O grupo Mastercabo iniciou suas atividades prestando o serviço de TV a cabo através da RBC, tendo realizado o necessário investimento em infraestrutura de rede, mais conhecida como “última milha”, que permite o reenvio ao consumidor final do sinal de TV recebido na sede da RBC, originário das programadoras de TV (tais como Discovery, Telecine, etc.).

A tecnologia *cable modem*, utilizada pela Autuada, permite a separação das bandas na rede “última milha”, de forma que a mesma infraestrutura (cabo de rede) seja utilizada para prestar o serviço de TV a cabo e de *internet* banda larga.

Ao iniciar a prestação de serviços de *internet* banda larga, a Autuada, no intuito de não pagar ICMS sobre tal serviço, constituiu em nome de laranjas a empresa Prime Service Ltda (posteriormente transferida para outro estado), de forma que essa se passasse por um mero provedor de acesso, prestando um serviço fora do alcance da incidência do ICMS (SVA). Em seguida, a quase totalidade do faturamento de *internet* banda larga foi transferido para essa empresa, como se serviço de provedor de acesso fosse.

Inicialmente, a Prime emitia os boletos e cobrava os consumidores finais, tendo operado até 2009, ano em que foram incorporadas duas novas empresas ao esquema de blindagem tributária: VIP Comunicação Ltda, que assumiu o papel da Prime como suposto provedor de acesso à *internet* e RW Prestadora de Serviços Ltda, que assumiu o papel de “departamento financeiro” da Mastercabo, emitindo e cobrando os boletos, além de assimilar todo o quadro de funcionários operacionais do grupo.

Sintetizando, a RBC (Autuada) é quem efetivamente presta os dois serviços de telecomunicação (TV a cabo e *internet* banda larga). Apenas a receita de TV por assinatura permanece na RBC e é declarada ao Fisco, com emissão de NFST. A receita da *internet* banda larga é atribuída à Prime (ou à VIP), como se serviço de provedor de acesso fosse, sem emissão de documento fiscal. A RW emite os boletos de cobrança, recebe os valores dos serviços e registra os empregados operacionais (pois detém os recursos financeiros para pagamento), como se fosse um “caixa dois” do grupo.

O Anexo 1 do Auto de Infração apresenta, às fls. 155, o consolidado da planilha de faturamento real apreendida, deixando claro os vultosos valores de serviços de *internet* banda larga não oferecidos à tributação pelo grupo Mastercabo no período

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de janeiro de 2009 a janeiro de 2014 (cerca de 3,5 vezes maiores do que os valores da TV a cabo), os quais foram alocados nas empresas Prime e VIP. Observe-se:

Receita de TV a cabo da RBC	R\$ 52.628.411,15
Receita de internet da VIP	R\$ 159.779.505,64
Receita de internet da PRIME	R\$ 13.045.437,71

A leitura do documento denominado “Diagnóstico Estrutural do Grupo Master” (fls. 466/500) mostra-se quase obrigatória para o completo entendimento do esquema arquitetado pelo grupo Mastercabo e, especialmente, de como se tratava de um planejamento direcionado para a evasão fiscal, inclusive diagnosticado e orientado pela empresa de consultoria empresarial que, posteriormente, elaborou as impugnações dos envolvidos do Auto de Infração.

Observe-se a transcrição parcial do item 3 desse documento (fls. 493/495), que descreve com clareza o procedimento irregular adotado pelo grupo Mastercabo e atesta que a divisão de receitas entre as empresas do grupo é aleatória e sem base técnica, sendo mera estratégia para reduzir irregularmente o recolhimento de ICMS:

3. PROCEDIMENTO DO GRUPO MASTER

A empresa desenhou sua estrutura operacional apoiada basicamente em quatro pilares societários, VIP, RBC, RW e empresas terceirizadas, **cada uma com um propósito específico.**

A VIP, **configurada como provedora de internet**, recebe a maior fatia do faturamento com menor custo, **a RBC que é a empresa com atividade de telecomunicação** arca com todos os custos da atividade, no entanto, **recebe apenas 10% do faturamento global, apresentando um prejuízo em suas operações.**

À RW, empresa prestadora de serviços, cabe a gestão financeira do grupo.

As atividades de expansão, atendimento a clientes são terceirizados a empresas menores cuja gestão financeira também é controlada pela RW.

A distribuição da receita entre a **VIP (90%)** e a **RBC (10%) não encontra base técnica** que justifique essa divisão cujo procedimento é **aleatória**, e ocasiona **distorção no resultado das empresas** e, por conseguinte, **falta de caixa em uma empresa e sobra em outra.** Para equilibrar o caixa da empresa deficitária a Administração recorre a mútuos. Nesse contexto, surge o fato gerador do IOF para a mutuaría cujo valor deve ser apurado mensalmente com base no somatório do saldo devedor diário em contas correntes, ou a cada liberação, no caso de contratos com data de vencimentos definidos.

A **Estratégia encontrada pela Administração para reduzir a carga tributária do ICMS**, consiste em **maximizar a receita da VIP** que se classifica como de prestação de serviços de valor adicionado, sem incidência de ICMS. Esse entendimento **não está alinhado com a Solução de Consulta emitida pelo fisco Mineiro em resposta a consulta da Master**.

(Grifou-se)

Outro ponto a ser observado são os documentos de fls. 907/1.730, que consistem em relatórios que devem ser enviados à Anatel periodicamente, para análise e acompanhamento dessa agência reguladora. Todos eles, sem exceção, trazem como titular a RBC, deixando claro que ela é a empresa que presta o serviço de *internet* banda larga (até porque é a única das empresas do grupo autorizada pela Anatel a fazê-lo).

Segundo a Fiscalização, o grupo Mastercabo tomava o cuidado de formalizar dois contratos com o usuário, um de TV a cabo, com a empresa RBC, e outro de acesso à *internet*, com a VIP/Prime.

No entanto, esse último contrato contém cláusulas típicas de um contrato de prestação de serviço de *internet* banda larga, como velocidade de transmissão de dados, acesso ao imóvel para instalação/alteração, dentre outras (Anexo 14 – Relatório Técnico do Núcleo de Auditoria Digital).

O MEM NAP/SUFIS nº 019/2013 (versão completa no DVD de fls. 599) revela que a empresa Prime Service, transferida para São Paulo logo após sua integração ao grupo Mastercabo, passou a ter como endereço um local que nunca ocupou (pág. 11 do documento). Além disso, a transferência a São Paulo ocorreu para afastar a obrigatoriedade de apresentação de arquivos Sintegra ao estado de Minas Gerais, dificultando a percepção pela Fiscalização da fraude perpetrada.

A situação da VIP Comunicação era idêntica (pág. 13 do documento): tinha como sede registrada o endereço de uma escola de música que, como atestaram os vizinhos e a própria Fiscalização após visita ao local, nunca foi ocupado por tal empresa. A suposta instalação em outro estado servia apenas como fundamento para não prestar informações fiscais a Minas Gerais e ocultar a fraude tributária realizada.

A consultoria empresarial do procurador da Impugnante e dos Coobrigados, Sr. Leonardo Naves, que ao longo das peças de defesa alega, em diversas oportunidades, a boa-fé dos envolvidos e a ausência de intuito sonegatório nas operações do grupo Mastercabo, sugeriu, ela própria, que o estabelecimento matriz da VIP fosse baixado (dado o seu alto grau de endividamento) e reaberto em São Paulo, com o objetivo de “minimizar o risco do ICMS” (fls. 480).

Essa passagem, assim como diversas outras ao longo de tal documento de consultoria (fls. 466/500), demonstram que se está diante de um claro esquema de sonegação fiscal, arquitetado e planejado para tal fim, inclusive com orientações de evasão fiscal repassadas pelo próprio procurador dos Impugnantes.

Diante desse quadro de confusão societária e de empresas de fachada constituídas exclusivamente para fraudar o recolhimento de ICMS, adequadamente optou a Fiscalização por eleger como Sujeito Passivo a empresa RBC – Rede Brasileira de Comunicação Ltda, I.E.: 223.656063.00-65, única detentora de autorizações da Anatel para prestação dos serviços de *internet* (vide Anexo 4) e proprietária dos ativos físicos necessários à prestação dos serviços de telecomunicação, atribuindo responsabilidade solidária a cada um dos Coobrigados envolvidos na fraude, nos termos dos já transcritos arts. 124, inciso I, e 135, incisos II e III, do CTN c/c art. 21, inciso XII, § 2º, incisos I e II da Lei nº 6.763/75.

A Autuada afirma que, por desrespeitarem a tipicidade fechada da base de cálculo do ICMS, interpretando-a extensivamente, seriam ilegais a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, os arts. 5º, § 1º, item 8 e 6º, inciso XI, ambos da Lei nº 6.763/75, assim como o art. 43, inciso X, do RICMS/02.

Não obstante a impossibilidade do CC/MG negar validade a ato normativo em vigor, nos termos do previsto no art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75, é de se ressaltar que a matéria tratada nos dispositivos legais citados pela Autuada – exigência de ICMS sobre atividades preparatórias, serviços suplementares e facilidades adicionais em matéria de comunicação – não é objeto do presente do Auto de Infração, que cuida de prestação de serviço de comunicação SCM na modalidade *internet* banda larga, fraudulentamente classificado como PSCI, no intuito de retirá-lo indevidamente do campo de incidência do ICMS.

Por essa razão, o argumento apresentado mostra-se equivocado, devendo ser refutado de plano.

Em seguida, a Impugnante alega que o ICMS não incide sobre o serviço de provedor de acesso à *internet*, na medida em que os serviços tidos como atividades meio para a prestação de serviço de comunicação, tais como adesão, assinatura, acesso, ativação, habilitação, dentre outros, não podem ser objeto de tributação pelo ICMS, o que é entendimento pacífico dos tribunais.

A princípio, importante salientar a desvinculação da atividade administrativa de lançamento, da jurisprudência do Poder Judiciário (salvo no caso das súmulas vinculantes), devendo a Fiscalização lavrar o correspondente Auto de Infração sempre que constatada, pelo menos em tese, a infração à legislação tributária, independentemente de serem favoráveis ou desfavoráveis ao estado de Minas Gerais os julgamentos relacionados à matéria no âmbito do judiciário.

Não obstante, como já dito anteriormente, o presente Auto de Infração não cuida de atividades meio ou de serviço de provedor de acesso à *internet*, mas sim de prestação de serviço comunicação na modalidade *internet* banda larga, o que resta demonstrado alhures nos autos.

Nesse ponto, importante realizar um breve resumo do *modus operandi* utilizado pelo grupo Mastercabo para tentar desvirtuar a natureza do SCM prestado, afastando-o indevidamente do campo de incidência do ICMS. Além disso, apresentar-se-á as definições técnicas que envolvem os serviços de telecomunicação prestados, como forma de demonstrar que não há nos autos exigências de ICMS sobre atividades

meio ou preparatórias da prestação de serviço de comunicação, principal argumento de defesa dos Impugnantes.

A Autuada, inicialmente por meio da Prime e posteriormente pela RW Cobrança, enviava aos usuários de *internet* banda larga boletos extrafiscais para fins de cobrança de tal serviço, que era genericamente designado por “telemática/internet”, como se SVA fosse, quando o correto seria a emissão de Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação (NFST) para fins de destaque do ICMS incidente na operação de SCM.

Como bem salienta a Fiscalização, para melhor compreensão de todo o trabalho desenvolvido é imprescindível a leitura dos seguintes documentos anexos:

- Memorando SUFIS/NAP N° 019/2013 de 14/08/13 (Anexo 17 – fls. 599);
- Cópia da Ação Cautelar Inominada de Busca e Apreensão impetrada pela Advocacia Geral do Estado de MG em 05/05/14 (Anexo 17 – fls. 599);
- Diagnóstico Estrutural e Operacional do Grupo Master elaborado pela Consultoria Empresarial Leonardo Naves Advogados Associados, procuradora da Autuada e dos Coobrigados no presente feito fiscal (Anexo 11 – fls. 466/500).

Tais documentos descortinam de forma soberbamente clara todo o esquema de sonegação engendrado pelo grupo Mastercabo, sendo leitura indispensável no presente Auto de Infração.

São dois os tipos de serviços de telecomunicação oferecidos pelo grupo Mastercabo: **CAT/TV**, mais conhecida como TV a Cabo e **INTERNET BANDA LARGA**, uma das modalidades de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Tais informações constam do sítio eletrônico da Mastercabo, em “www.mastercabo.com.br”.

A definição técnica de SCM pode ser encontrada no art. 3º do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, anexo à Resolução ANATEL n° 614, de 28/05/13:

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.

Esse mesmo regulamento, em seu art. 4º, inciso V, define o que é “conexão à *internet*”, esse sim um Serviço de Valor Adicionado (SVA), prestado por um PSCI, fora do campo de incidência do ICMS-Comunicação, nos termos do art. 61, § 1º da Lei Federal n° 9.472/97:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo da Resolução Anatel nº 614/13

Art. 4º Para fins deste Regulamento são adotadas as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação:

(...)

V - Conexão à Internet: habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

Lei nº 9.472/97

Art. 61 - Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com direitos e deveres inerentes a essa condição.

A definição de SVA e de “conexão à internet” foi trazida aqui, exatamente, para deixar claro que esse não é o objeto do presente do Auto de Infração, o qual cuida, **exclusivamente**, da prestação de outro tipo de serviço, o de *internet* banda larga, classificável como SCM e, portanto, sujeito ao ICMS.

Ressalte-se, por necessário, que o trabalho da Fiscalização está alicerçado na distinção entre Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), SVA que simplesmente conecta o usuário à rede mundial de computadores e não é sujeito ao ICMS, do Provedor de Internet Banda Larga, modalidade de SCM que realiza a transmissão de dados entre o usuário e a rede mundial de computadores, sendo um típico serviço de comunicação e, portanto, integralmente tributável pelo ICMS.

A evolução tecnológica e a livre concorrência de mercado cuidaram de reduzir a relevância econômica do PSCI, o qual era muito importante no tempo da “internet discada” (via rede telefônica), mas que passou a ser um serviço de pouca relevância econômica, inerente ao provimento de *internet* banda larga, a ponto de o Anexo I da Resolução Anatel nº 614/13, em seu art. 64, § 1º, precisar inclusive garantir que qualquer PSCI pudesse ofertar gratuitamente o serviço de conexão, nas mesmas condições do PSCI que integre o grupo econômico do provedor de *internet*:

Art. 64. A Prestadora do SCM que ofereça 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Tal conduta da Anatel decorre de uma constatação fática inescusável: via de regra, o serviço de conexão à *internet* hoje é tão simples e barato, que foi integrado ao próprio serviço de *internet* banda larga, não sendo mais cobrado de forma individualizada.

Fato é que já há algum tempo o serviço de provimento de acesso não é mais cobrado pelas prestadoras do SCM, sejam elas de pequeno ou grande porte, não ocorrendo, na prática, a contratação pelo consumidor de um provedor de acesso à *internet* diferente do provedor do serviço de *internet* banda larga.

Por essa razão, não há fundamento na distribuição artificial de receitas realizada pelo grupo Mastercabo, que destina a quase totalidade dos valores recebidos do consumidor pela *internet* banda larga para a remuneração do provedor de acesso (VIP/Prime), item sem relevância econômica, como se viu, ao passo que o verdadeiro serviço de comunicação prestado, de transmissão de dados por *internet* banda larga, fica praticamente sem remuneração (RBC).

Nota-se, sem maior esforço, a clara intenção de ocultar a ocorrência do fato gerador do ICMS-Comunicação, deixando-se de recolher o tributo devido a Minas Gerais.

A própria Anatel, quando questionada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) por meio do Ofício nº 0260/2006/SE-CONFAZ, de 20/03/16, no item 4 de sua resposta afirma que “*os serviços providos por meio das redes das empresas detentoras de licença expedida por esta Agência (STFC, SRTT, SCM ou SLE) – redes estas constituídas por equipamentos, sistemas e infraestrutura de telecomunicações, tanto para viabilização do acesso do usuário quanto para o encaminhamento do tráfego ao backbone da internet, constituem serviços de telecomunicações*” (fls. 3.013).

Além disso, a tecnologia utilizada pelas TVs a cabo no provimento de *internet*, que promove imediata autenticação do usuário na rede com atribuição de um número endereço (IP), viabilizando a conexão direta na rede mundial, suprimiu a necessidade de contratar em separado um PSCI, já que essa atividade foi integrada no próprio serviço de comunicação multimídia.

Sobre o tema em foco, importante destacar as considerações colhidas da Análise 306/2013-CGMB, elaborada por técnicos do Ministério das Comunicações e constante de trabalho monográfico da Procuradora Federal Marina Geórgia de Oliveira e Nascimento, na dissertação cujo tema é “*A figura do provedor de conexão à internet e o regulamento do serviço de comunicação multimídia*”, disponível em “http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-figura-doprovedor-de-conexao-a-internet-e-o-regulamento-do-servico-de-comunicacaomultimidia,48270.html#_ftn1”.

De acordo com a análise, as redes de TV por assinatura (SCM) são capazes de conectar o usuário diretamente à *internet*. A existência de um PSCI é mera

ineficiência decorrente de obrigação legal. A função atual dos PSCI ainda existentes é apenas autenticar o usuário na rede por meio de *login* e senha.

A área técnica do Ministério das Comunicações entende que o Serviço de Conexão à *Internet* (SCI), realizado pelo PSCI, para a *internet* banda larga, constitui-se em funcionalidade do próprio serviço de telecomunicações (fls. 3.023), concluindo que a **soma de SCM e PSCI**, além de gerar duplicidade de meios para a conexão à *internet*, pode apresentar uma **janela para manobras tributárias**, já que o SCI, por ser um SVA, não sofre incidência de ICMS (fls. 3.025).

Sob o aspecto da origem dos dados utilizados, o Auto de Infração foi baseado no faturamento real do grupo, obtido pela copiagem de tabelas de controle contidas nos computadores do Contribuinte (Anexo 1 – fls. 138/160 e Anexo 17 – fls. 599).

As tabelas segregam, em distintas colunas, os valores dos serviços de TV a cabo, os serviços de *internet* banda larga e as chamadas atividades meio ou preparatórias. Frise-se mais uma vez que, não obstante serem o foco principal das impugnações apresentadas, as atividades meio/preparatórias não foram incluídos na base de cálculo do crédito tributário.

Analisando essas tabelas em confronto com as DAPIs da Autuada, constata-se que a RBC ofereceu à tributação apenas a parcela da receita relativa a prestação do serviço de TV a cabo.

Tal conclusão decorre de duas constatações objetivas: o valor das colunas de TV a cabo na tabela de faturamento real é idêntico ao valor da DAPI e, ainda, todo o valor declarado ao Fisco o foi com a redução de base de cálculo a 40% (quarenta por cento), prevista no Item 25 do Anexo IV do RICMS/02 exclusivamente para atividade de TV a cabo.

Os serviços prestados encontram-se segmentados na tabela de faturamento, de forma que os valores relativos aos serviços preparatórios, ou de acesso propriamente dito, constam de colunas distintas e separadas.

Além disso, como a Autuada opera em cidades situadas fora do estado e identifica o seu faturamento por cidade (Anexo 1), a Fiscalização tomou o cuidado de excluir da autuação os valores decorrentes de serviços prestados em outros estados, os quais estão fora da competência tributária de Minas Gerais.

Tal informação consta do rodapé da planilha do Anexo 2 (fls. 175), não assistindo razão à Impugnante quando alega que os serviços prestados no estado de São Paulo foram indistintamente tributados na autuação.

Assim, excluídos todos os valores relativos a prestação de serviço de TV a cabo (já tributados), a atividades meio/preparatórias (ICMS não exigido no presente feito fiscal) e a serviços prestados em outros estados (excluídos pela Fiscalização), a *contrario sensu*, todos os demais valores representam saídas desacobertadas decorrentes da prestação de serviço de *internet* banda larga, posto que não há outra atividade desenvolvida pela Autuada e nem outros valores declarados em DAPI.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como consequência, não há fundamento na alegação de que os serviços prestados pela RBC para clientes em comum com a VIP foram cobrados e tributados por essa última, o que impediria nova tributação no âmbito do Auto de Infração. Os recursos que serviram de base de cálculo para a autuação não foram tributados pelo ICMS em nenhum momento.

Como restou demonstrado anteriormente, não houve tributação em relação aos serviços de *internet* banda larga, os quais foram indevidamente classificados como PSCI, atividade não alcançada pelo ICMS. Toda a receita oferecida à tributação estadual pelo grupo Mastercabo envolve serviço de TV a cabo, razão pela qual está correta a base de cálculo utilizada pela Fiscalização para calcular o ICMS não recolhido.

Por fim, saliente-se que as tabelas apreendidas e que serviram de base para autuação, além de serem produzidas pelo próprio Contribuinte para fins gerenciais e de controle interno, foram também validadas pelo Núcleo de Auditoria Digital (ERAD/SEF-MG), momento em que se verificou a correspondência entre os valores nelas registrados e o somatório dos boletos a consumidores emitidos pelo programa de controle paralelo “CIAF”, utilizado pela Autuada.

Os Impugnantes alegam que ocorreu um simples inadimplemento da obrigação tributária e que isso não seria motivo suficiente para a inclusão, no polo passivo da autuação, dos três Coobrigados pessoas físicas.

A acusação não é de mero inadimplemento de tributo regularmente declarado e não quitado em razão de ausência de recursos financeiros, essa sim situação que não atrai a responsabilidade pessoal dos sócios.

Como demonstrado, a situação dos autos é de prestação de serviço de comunicação desacobertada de documentação fiscal, infração fiscal e penal perpetrada mediante fraude societária e contábil, na qual o Contribuinte esquivou-se inclusive de apresentar declarações obrigatórias, como o Sintegra e a DAPI referentes a tais operações, transferindo para outro estado as empresas de fachada que recebiam o faturamento a ser omitido do Fisco Mineiro.

Dessa forma, sem razão a Impugnante, restando corretas e adequadas as exigências do Auto de Infração.

Os Impugnantes alegam que a Consulta de Contribuintes nº 081/13 foi apresentada à SEF/MG pela empresa VIP e não pela RBC, denotando que essa última não presta serviço de comunicação.

A apresentação de uma consulta ao Fisco Mineiro por meio da VIP e não da RBC, verdadeira prestadora dos serviços de comunicação na modalidade *internet* banda larga do grupo Mastercabo, não tem o condão de alterar o fato de que a primeira não possui existência de fato e foi constituída apenas com o intuito de fraudar a sujeição passiva determinada por lei, deixando de recolher o ICMS devido a Minas Gerais pela prestação, nesse estado, do SCM de *internet* banda larga.

De fato, trata-se de apenas mais um expediente fraudulento utilizado pelo grupo Mastercabo, no intuito de transparecer legalidade e regularidade de onde ela não existe.

Ademais, ressalte-se que a resposta dada à consulta foi no sentido de que “o serviço de provimento de acesso à rede mundial de computadores é considerado serviço de comunicação, incidindo o ICMS em relação às prestações respectivas, em conformidade com o disposto no art. 1º, inciso XI, do RICMS/02” (fls. 2.713), não tendo sido tal resposta respeitada pelo grupo Mastercabo, como salienta a própria consultoria empresarial contratada pela Autuada (fls. 494), em trecho que novamente se transcreve:

A Estratégia encontrada pela Administração para reduzir a carga tributária do ICMS, consiste em maximizar a receita da VIP que se classifica como de prestação de serviços de valor adicionado, sem incidência de ICMS. Esse entendimento não está alinhado com a Solução de Consulta emitida pelo fisco Mineiro em resposta a consulta da Master.

(Grifou-se)

Observe-se que a própria consultoria empresarial trata a Consulta de Contribuintes nº 081/13 como “consulta da Master” e não como consulta da VIP, denotando que o grupo Mastercabo, na figura do Sr. Marcos Gonçalves, seu proprietário de fato, é o controlador das operações de todas as empresas envolvidas no esquema de fraude fiscal que se analisa.

Dessa forma, irrelevante o fato de a VIP ter realizado consulta relacionada com serviços de comunicação, restando correta a eleição de RBC como Autuada, na medida em que é a verdadeira prestadora dos serviços de *internet* banda larga e também a única detentora das autorizações da Anatel para a prestação desse serviço.

Os Impugnantes aduzem que a VIP Comunicação, no âmbito da Ação Declaratória nº 01813062120138130223, proposta em face do estado de Minas Gerais, vem efetuando depósitos que conduzem a discussão de que os “possíveis” fatos geradores de *internet* estariam na empresa VIP e não na RBC, razão pela qual não se pode exigir ICMS sobre tais operações.

Tal ação declaratória, proposta pela VIP, intenta que, caso a decisão judicial lhe seja desfavorável e entenda tributáveis os valores de receitas alocados naquela empresa, os serviços de *internet* banda larga sejam tributados como se de PSCI fossem, com redução de base de cálculo de 80% (oitenta por cento).

Assim, vê-se que a Impugnante buscou o judiciário com o intuito de tentar legitimar a fraude tributária perpetrada, numa clara tentativa de continuar tratando as receitas de serviço de comunicação *internet* banda larga como se de mero provedor de acesso fossem, em conduta eivada de má-fé e absolutamente reprovável.

Como consta do documento de fls. 3.079 dos autos, a medida liminar pretendida pela autora não foi deferida, justamente porque os depósitos judiciais foram

considerados insuficientes pelo juízo, encontrando-se a ação em fase de perícia, com pedido de esclarecimentos por parte do estado.

Ademais, como os depósitos não se referem a ICMS incidente sobre o serviço de comunicação prestado, mas sim a serviços de PSCI, numa tentativa do Contribuinte de conseguir um provimento judicial para continuar classificando fraudulentamente tais serviços como se de provedor de acesso fossem, não se prestam eles a afastar as exigências do presente Auto de Infração.

Noutro giro, os Impugnantes alegam que a Autuada está amparada por decisão judicial liminar, que lhe garante o direito de não recolher o ICMS relativo a acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização de serviços, as chamadas atividades meio e preparatórias, diante da inconstitucionalidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98 e do art. 44, inciso X do RICMS/02.

Em face da existência dessa liminar, o processo foi enviado pela Assessoria do CC/MG à Advocacia do Estado de Minas Gerais – AGE/MG (fls. 3.070/3.073) para averiguação de eventual ocorrência do encerramento da fase administrativa, conforme previsão do art. 105 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art.105. A ação judicial proposta contra a Fazenda Pública Estadual sobre matéria tributária, inclusive mandado de segurança contra ato de autoridade, prejudicará, necessariamente, a tramitação e o julgamento do respectivo PTA, importando em solução final do caso na instância administrativa, com referência à questão discutida em juízo.

§ 1º Na ocorrência do disposto no caput deste artigo, os autos ou a peça fiscal serão remetidos, com urgência e independentemente de requisição, à Advocacia-Geral do Estado para exame, orientação e instrução da defesa cabível.

§ 2º Caso exista no PTA questão não abrangida pelo pedido judicial, a Advocacia-Geral do Estado encaminhará o processo à repartição fazendária competente para desmembramento e continuidade da tramitação na esfera administrativa.

No entanto, como bem salienta a AGE às fls. 3.078, “o objeto do presente PTA é a não tributação dos serviços de telecomunicação do tipo provimento de internet banda larga (SCM), diferentemente das exigências fiscais tratadas no mandado de segurança, que se refere, repise-se, às atividades de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, locação e comodato de equipamentos”.

Assim, como o mandado de segurança cuida de matéria distinta daquela tratada no presente Auto de Infração, o processo foi devolvido ao CC/MG para seguir seu curso regular de tramitação na esfera administrativa.

Portanto, como o mandado de segurança, em seus limites objetivos, não alcança a matéria do presente Auto de Infração, nenhum efeito sobre ele produzirá, razão pela qual deve ser afastado o argumento dos Impugnantes.

Os Impugnantes afirmam que, como a VIP optou em seu livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO) pela redução da base de cálculo do imposto em 80% (oitenta por cento), prevista no Item 32 do Anexo IV do RICMS/02, na pior das hipóteses a base de cálculo a ser considerada na RBC para fins de autuação deve seguir tal redução.

A citada redução de 80% (oitenta por cento) aplica-se somente para *“prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso”*, nos termos do citado item 32.

Como já demonstrado exaustivamente, a receita que ora se tributa decorre de serviço de comunicação *internet* banda larga, típico SCM tributado pelo ICMS, e não de provimento de acesso realizado de provedor de acesso, atividade de SVA que não foi exigida no presente Auto de Infração.

Seria esdrúxulo que a tentativa da Impugnante de simular a ocorrência de serviço de provimento de acesso à *internet* quando, na realidade, o serviço prestado é SCM *internet* banda larga, ainda lhe garantisse a utilização do benefício previsto para o verdadeiro SVA, modalidade PSCI.

Por essa razão, não há que se falar em aplicação da redução de base de cálculo prevista no Item 32 do Anexo IV do RICMS/02, restando correto o valor das receitas utilizado pela Fiscalização para cálculo da autuação.

Os Impugnantes alegam que o Acórdão CC/MG nº 20.304/11/3ª foi favorável à Prime, entendendo pela não incidência de ICMS sobre os valores de atividades meio, tais como conexão, desativação, aluguel de equipamentos, dentre outros, por estarem fora do campo de incidência do ICMS.

Como bem salienta a Fiscalização, a decisão naquele caso só foi favorável à Prime em função de não ter se conseguido, àquela época, distinguir os valores derivados de atividades meio, daqueles relacionados com a atividade de comunicação propriamente dita (atividade fim), situação que não ocorre no presente Auto de Infração.

A autuação aqui discutida baseou-se em documentos de faturamento apreendidos no estabelecimento da Autuada, os quais separam os valores recebidos em relação à sua origem.

Por essa razão, pôde a Fiscalização exigir nesse momento apenas o ICMS incidente sobre a *internet* banda larga, deixando de fora da base de cálculo da autuação as demais parcelas recebidas pelos envolvidos.

Pelo exposto, sem razão os Impugnantes em seu argumento.

Do Relatório de Fiscalização da Anatel frente ao Laudo Técnico Pericial

Inicialmente, é de se observar que o Relatório de Fiscalização Anatel nº 0737/2015/GR04 (fls. 3.311/3.326) apresenta conclusões em linha com as

irregularidades constatadas pelo Fisco e que deram origem ao presente Auto de Infração. Todos os elementos materiais e jurídicos que suportam o conteúdo de tal documento foram incluídos nos autos no DVD de fls. 3.327.

Tal documento foi elaborado por aquela autarquia federal, em resposta ao Ofício nº 077/2015/GAB/SUFIS, no qual a Secretaria de Fazenda de Minas Gerais solicita fiscalização daquele órgão para averiguar, em suma, a eventual prestação irregular de serviço SCM pelo Grupo Mastercabo e, também, determinar quem é o verdadeiro prestador desse serviço SCM dentre as empresas do grupo, além das circunstâncias fáticas e jurídicas em que o serviço é efetivamente prestado.

Saliente-se que, não obstante tal Relatório de Fiscalização se referir apenas à empresa Vip Comunicação Ltda, suas conclusões se aplicam integralmente à empresa Prime Service Ltda, posto que ambas possuem exatamente o mesmo papel dentro do esquema montado pelo Grupo Mastercabo, diferenciando-se apenas pelo período de atuação.

Reforçando o fato de que ambas as empresas atuavam indistintamente no recebimento dos valores referentes aos serviços de comunicação prestados pelo Grupo Mastercabo, observa-se que o “Laudo Técnico Pericial”, apresentado pela Impugnante às fls. 3.223/3.284, também se refere exclusivamente à empresa VIP Comunicação Ltda, não obstante a Coobrigada do presente Auto de Infração ser a empresa Prime Service Ltda.

As conclusões do Relatório de Fiscalização Anatel corroboram as afirmações do Fisco, no sentido de que a prestação de SCM pelo Grupo Mastercabo está em situação irregular perante a legislação vigente, de que toda a infraestrutura de rede que suporta o SCM é de responsabilidade e propriedade da RBC, que o serviço prestado é um SCM e não um SVA e, especialmente, que **a RBC é a única prestadora do serviço SCM** (fls. 3.315/3.316).

No bojo de uma prestação de serviços de *internet* banda larga, dois diferentes serviços podem ser encontrados de forma isolada ou integrada: o SCM e o SVA. A definição destes serviços consta dos arts. 3º, *caput* e 4º, inciso XVIII, do RSCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13:

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.

Art. 4º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

XVIII - Serviço de Valor Adicionado (SVA): atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações;

Ao longo do Laudo Pericial, o Perito afirma que o Cliente do Grupo Master/Mastercabo assina um contrato com o provedor de SVA, no caso a empresa VIP/Prime Comunicações, e um outro contrato com o provedor de SCM, representado pela RBC.

Não obstante tal situação de duplicidade contratual ser possível do ponto de vista meramente regulatório, ela não se verificou nos documentos apresentados ao Fisco, tendo em vista que só existe um contrato, firmado entre a VIP/Prime e o Cliente, situação confirmada pela Anatel em seu Relatório de Fiscalização, especificamente no “Item 5.2.4. Análise da formalização contratual entre a MASTERCABO e o cliente”:

Das informações obtidas do sítio da MASTERCABO na internet, da fiscalização in loco realizada na loja em Divinópolis/MG e das formalizações contratuais obtidas em resposta ao R.I n.º 26/2015/GR04FI, conforme anexo VIII, temos que **a única formalização existente, até a data da fiscalização, era entre o Assinante e a VIP Comunicação Ltda.**

(DESTACOU-SE)

Esse documento de formalização (contrato entre VIP/Prime e o Assinante) é a base da relação jurídica travada entre o Grupo Mastercabo e o Cliente, sendo inverídica a afirmação do Perito de que o Cliente assina um segundo contrato com o provedor de SCM, representado pela Autuada RBC. A inexistência desse segundo contrato se confirma por sua não apresentação, mesmo diante de solicitações realizadas tanto pela SEF/MG quanto pela Anatel.

Na resposta ao Quesito 14 do Réu (fls. 3.268), o Perito afirma que o contrato firmado entre VIP e o Assinante não lista atividades típicas de um prestador de SCM. No entanto, a resposta contradiz as provas amplamente documentadas nos autos, assim como falas anteriores do próprio Perito, em respostas dadas a outros quesitos do Laudo Pericial.

Da simples leitura do objeto do contrato firmado com o Assinante, contido no Item 2.7 do documento (transcrito às fls. 3.305), nota-se que a descrição apresentada se refere claramente a um SCM, modalidade *internet* banda larga, e não a um SVA de autenticação para acesso à rede mundial *internet*, como afirma o Perito em sua conclusão. Observe-se:

2.7AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET: Serviço que possibilita o acesso à internet banda larga, composto de **equipamentos e instalações utilizados pela CONTRATADA, para a recepção e envio de sinais da Internet aos USUÁRIOS.** (Destacou-se)

É de ressaltar que a definição do que seria um SVA foi trazida pelo próprio Perito, nos Quesitos 23 e 29 do Autor (fls. 3.259 e 3.261):

Quesito 23

“Serviço de Valor Adicionado é a atividade que acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.”

Quesito 29

“As atividades dos provedores de meios de acesso, ou meios de telecomunicações, são todas aquelas relacionadas com a conectividade do assinante até um ponto da rede...”

Tais conceitos não guardam relação com a descrição contida no *Item 2.7* do contrato, que é nitidamente relacionada com um Serviço de Comunicação Multimídia (recepção e envio de sinais de *internet*) e não com autenticação e acesso à rede mundial de *internet*.

Conclusão semelhante foi apresentada pela Anatel ao, exercendo sua atribuição legal de fiscalizar o setor de comunicações, elaborar o Relatório de Fiscalização da atividade exercida pelo Grupo Mastercabo.

Analisando esse mesmo contrato de prestação de serviços firmado entre a VIP e o Assinante, observou aquela autarquia, no *Item 5.2.4.4, alíneas “a” e “b”* de seu relatório (fls. 3.319), que tal contrato cuida de “*recepção e envio de sinais da internet*”, e não de uma mera autenticação para acesso à rede, como afirma o Perito. Observe-se:

Da análise do “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROVEDOR PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET - CONDIÇÕES GERAIS” temos que:

a) No item “2.1. USUÁRIO: Pessoa física ou jurídica que, mediante a contratação dos serviços ou o pagamento da primeira mensalidade da assinatura da CAMPANHA/PROMOÇÃO escolhida, adere às presentes Condições Gerais e contrata os serviços de PROVEDOR PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET VIA WIRELESS;” é definido o serviço contratado.

b) No Item “2.7. SERVIÇO DE PROVEDOR PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET: Serviço que possibilita o acesso à internet banda larga, composto de equipamentos, instalações e condições próprias ou de terceiros, doravante denominado simplesmente SERVIÇO e utilizados pela CONTRATADA, para a **recepção e envio de sinais da Internet** aos USUÁRIOS.” (Destacou-se)

Note-se que, não obstante o serviço destacado ser nomeado pelo contrato como “provedor”, na verdade, **refere-se ao SCM de internet banda larga, representado pela “recepção e envio de sinais da Internet aos usuários”**.

Não há dúvida que se está diante de um contrato de prestação de SCM que, capciosamente, tenta se passar por um mero contrato de prestação de SVA (acesso/conexão), no intuito de afastar indevidamente o ICMS devido sobre o fato gerador comunicação.

Noutro giro, analisando as características do serviço prestado, a Anatel constata, na *alínea “c” do Item 5.2.4* do Relatório de Fiscalização (fls. 3.319), que o suposto contrato de SVA, ao apresentar as “*características do serviço de autenticação*”, mais uma vez se vale de definições típicas do SCM, tais como ‘*velocidade de transmissão para recebimento (download) e envio (upload)*’. Observe-se:

3. CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET: acesso ilimitado; **velocidade de comunicação com garantia mínima de 20% para a velocidade de recebimento (download) e para a velocidade de envio (upload) será garantido o mínimo de 15%**, tendo como referência a velocidade contratada; uso limitado a somente um computador; limite de até 30 (trinta) sessões TCP/IP simultâneas; filtros para bloqueio de conexões TCP/IP entrantes. **Resta esclarecer que a velocidade de transmissão para recebimento (download) e envio (upload) não guarda correspondência com velocidade de navegação contratada.** (Destacou-se)

Além disso, na resposta ao Quesito 12 do Réu (fls. 3.267) o próprio Perito afirma que a definição de velocidade de acesso, uma das informações contidas no suposto contrato de SVA firmado entre a VIP e o Assinante, está associada à capacidade da rede do provedor de SCM, reforçando mais uma vez o fato de que o serviço prestado a esse Assinante é um SCM e não um SVA.

No mesmo sentido, o *Item 4* do citado contrato volta a tratar da definição de velocidade. A Anatel, ao analisar esse ponto do documento, repisa que o serviço prestado por meio de tal contrato é um SCM e não um SVA (*Item 5.2.4 – fls. 3.319/3.320*):

No item “4. RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA. Tendo em vista que os serviços contratados consistem em possibilitar o acesso à rede mundial Internet através da velocidade de navegação contratada, sem aplicações e conteúdo específicos, o USUÁRIO isenta a CONTRATADA de qualquer responsabilidade pelo conteúdo oferecido por outros Provedores de Serviços de Internet ou por outros Serviços de Valor Adicionado acessados, livremente, pelo USUÁRIO. A CONTRATADA fornece a velocidade mínima garantida

até o seu provedor, não sendo de sua responsabilidade condições fornecidas por outros sites ou provedores.

O que se nota é que a empresa VIP/Prime afirma que presta um SVA de conexão/acesso à rede mundial de *internet*, mas que o faria por meio de uma velocidade de navegação contratada (?). Trata-se de uma situação absolutamente sem sentido e descabida, posto que velocidade de navegação é, por definição, uma característica do SCM, não guardando qualquer vínculo como a atividade de acesso/autenticação do usuário junto à *internet* (SVA).

Noutro ponto, em resposta ao Quesito 11 do Réu (fls. 3.267), o Perito reforça o argumento do Fisco ao afirmar que um provedor de acesso à *internet* (SVA) não instala equipamentos ou cabos no domicílio do usuário, atividade que cabe ao provedor de SCM, uma vez que ele é parte do meio de comunicação.

Entretanto, no contrato de prestação de serviços firmado entre VIP/Prime e o Cliente, diversas cláusulas têm relação com a instalação de equipamentos ou fornecimento dos mesmos ao usuário. Observe-se os diversos pontos relacionados, transcritos pelo Fisco:

2.8. TAXA DE INSTALAÇÃO: Valor correspondente a instalação (local ou remota), ajuste, configuração ou adequação dos equipamentos necessários para a prestação do serviço de autenticação para o acesso à rede mundial internet;

5.8. ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS. O usuário pagará ainda, conforme o caso e mediante especificação na formalização contratual, o preço referente ao aluguel mensal de equipamentos (cable modem e/ou roteador e/ou placa de rede e/ou rádio e/ou antenas etc.) que forem fornecidos ao mesmo. Se o USUÁRIO já possuir esses equipamentos os mesmos deverão ser aprovados pela CONTRATADA.

5.10. GUARDA DE EQUIPAMENTO. O USUÁRIO ficará responsável pela guarda dos equipamentos locados ou cedidos em comodato, na forma dos artigos 579 a 585 do Código Civil Brasileiro, durante o prazo que perdurar o Contrato, devendo restituí-los à CONTRATADA no prazo de 10 (dez) dias após a rescisão do Contrato, respondendo ainda, pelas hipóteses de dano, perda, furto, roubo e/ou extravio dos aludidos equipamentos.

8. PRAZO DA INSTALAÇÃO. A contratada promoverá a instalação do serviço de autenticação para o acesso à rede mundial internet no prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo estipulação em contrário, contando-se esse prazo da data da adesão ao contrato pela contratada, ou sempre que necessário, da apresentação, pelo USUÁRIO, de autorização do síndico do condomínio ou dos demais condôminos para a ligação dos sinais, ou

ainda, do término das obras referidas na Cláusula 8.1 adiante.

2.10. TAXA DE VISITA TÉCNICA: Valor correspondente aos serviços de conserto ou falha não atribuível à CONTRATADA. O valor desse serviço será devido, se houver algum impedimento direto ou indireto por parte do USUÁRIO, impossibilitando a realização do serviço.

2.11. TAXA DE MUDANÇA DE ENDEREÇO: Valor correspondente aos serviços de transferência das condições e equipamentos necessários a continuidade dos serviços contratados, dentro da área de atendimento e por solicitação do USUÁRIO. Este valor estará disponibilizado no site (www.mastercabo.com.br), em tabela e em nosso SAC.

O que se nota de todo o exposto é que as respostas apresentadas pelo Perito conduzem à estranha conclusão de que, independentemente do objeto real do contrato, ainda assim estaríamos diante de um contrato de prestação de serviços SVA, como se o importante para se definir a natureza da atividade fosse a nomenclatura utilizada e não a situação fática constatada empiricamente.

Em sentido contrário às conclusões do Perito, tanto a Anatel quanto o Fisco ao analisarem a situação fática encontrada e esse mesmo contrato firmado entre a VIP/Prime e o Assinante, chegaram à conclusão de que se trata nitidamente de uma prestação de SCM, encoberta por um contrato que tenta “mascarar” a real natureza do serviço prestado, como se SVA fosse.

Às fls. 3.315/3.316 (*Item 16*), a Anatel afirma, com todas as palavras, que **“Da análise da formalização contratual entre o assinante e a MASTERCABO temos que única formalização existente, até a data da fiscalização, era entre o Assinante e a VIP Comunicação Ltda., e o objeto contratado é em definição o SCM”.** (*Destacou-se*)

Afirma o Fisco que, em análise do sítio eletrônico do Grupo Mastercabo, foram encontradas apenas informações relativas a serviços de telecomunicações, não se vislumbrando qualquer propaganda ou oferta de serviços com natureza de SVA, situação até certo ponto esperada, tendo em vista que se está diante de uma fraude complexa, planejada e implementada no intuito de afastar a tributação do ICMS sobre o serviço de comunicação, modalidade *internet* banda larga, único serviço efetivamente prestado pelo Grupo Mastercabo aos seus Clientes.

Analisando a oferta de serviços contida no mesmo sítio eletrônico do Grupo Mastercabo, a Anatel chegou a conclusão semelhante à do Fisco (fls. 3.315):

O Grupo Empresarial e Econômico MASTERCABO comercializa em seu sítio na internet, “www.mastercabo.com.br” e em suas lojas físicas, planos de acesso à internet, como por exemplo produto “Master Max”, conforme propagandas constantes no anexo I.

Na descrição destes planos de serviço é ofertado o acesso, em diferentes capacidades de transmissão (ex.: 1 Mega, 2 Mega, etc), à Internet por meios diversos (cabo coaxial, fibra ótica ou sem fio), o que por definição é prestação de SCM. (Destacou-se)

Outro ponto importante do Relatório de Fiscalização da Anatel é a constatação de que o RSCM, aprovado pela Resolução Anatel nº 614/13, exige que a prestadora do SCM que oferte planos de conexão à *internet* por meio de um PSCI que integre seu grupo econômico, situação dos autos, deverá garantir em todas as ofertas a gratuidade desse serviço de conexão à internet:

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.

Art. 65. A Prestadora do SCM a que se refere o artigo 64 deverá divulgar, em separado, o preço, ainda que gratuito, da conexão à internet que compõe seus Planos de Serviço:

I-em suas peças publicitárias;

II-nas faturas remetidas aos assinantes;

III-na comercialização do serviço, tanto no contrato quanto na descrição dos Planos existentes ao cliente; e,

IV-em seus registros contábeis.

(Destacou-se)

Em outras palavras, a legislação veda expressamente que a VIP/Prime cobre qualquer valor a título de conexão do Cliente com a *internet*, concluindo-se, a *contrario sensu*, que se trata de remuneração pelo SCM todo o valor pago pelo usuário do serviço prestado pelo Grupo Mastercabo, independentemente do nome que se lhe atribua.

Ademais, à Autuada não se aplica a exceção contida no § 2º do art. 64, supra, na medida em que, conforme constatou a Anatel, não se caracteriza como “prestadora de pequeno porte”, possuindo mais de 50.000 (cinquenta mil) assinantes. Observe-se a conclusão da Anatel em relação a essa questão (fls. 3.318 e 3.321):

Pelas informações apresentadas pela RBC, conforme anexo VII, temos que o serviço de acesso à internet é

prestado em 42 localidades dos estados de Minas Gerais e São Paulo. A **quantidade total de assinantes é de 77.382** que podem ser divididos pela tecnologia de acesso:

- a) Wireless = 45.756;
 - b) Fibra Ótica = 2.097;
 - c) Cabo coaxial = 29.529
- (...)

Nesta configuração o grupo Mastercabo **não poderia cobrar pela conexão à internet**, pois ele possui mais de 50.000 assinantes, o que não o classificaria como Provedor de Pequeno Porte; e a VIP e a RBC pertencem ao mesmo grupo econômico. (Destacou-se)

Ressalte-se, portanto, que as conclusões do Perito divergem substancialmente daquelas obtidas pela Anatel e pelo Fisco ao analisar a mesma documentação e a mesma situação fática, estando em contradição com as extensas e robustas provas carreadas aos autos ao longo da instrução do presente Auto de Infração.

Assim, considerando que está amplamente comprovado nos autos que:

- a empresa VIP/Prime não possui existência formal, mas apenas documental;
- existe apenas um contrato, firmado entre a VIP/Prime e o Assinante e, que este, apesar de ser nomeado como um contrato de prestação de serviço de conexão/acesso à *internet* (SVA), possui todos os elementos de um serviço de envio e recepção de dados de *internet* (SCM);
- no sítio eletrônico do Grupo Mastercabo não é comercializado qualquer serviço que se enquadre no conceito de SVA, mas apenas SCMs, os quais são de fato prestados pela RBC e não pela VIP/Prime;
- o Grupo Mastercabo está legalmente proibido de cobrar qualquer valor pela conexão/acesso realizado por empresa do mesmo grupo econômico, leia-se VIP/Prime Comunicação.

Não resta outra possibilidade senão concluir, com o devido respeito, que as afirmações do Perito contratado pela empresa VIP (igualmente aplicáveis à Prime) são meras elucubrações teóricas, que não encontram respaldo nos documentos contidos nos autos e nem na realidade fática constatada *in loco*, por meio de fiscalizações realizadas pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais e pela Anatel.

Por fim, ainda que se admitisse que a VIP/Prime fosse uma prestadora de SVA, isso em nada alteraria o presente Auto de Infração, que cuida da prestação de serviço SCM (recepção e envio de sinais de *internet*), realizado sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Portanto, sem razão a argumentação apresentada.

Do Acórdão nº 22.013/16/1ª e da Súmula nº 334 do STJ

Noutro giro, o Acórdão nº 22.013/16/1ª, inserido pela Impugnante às fls. 3.634/3.648, ainda que trate de prestação de serviço de comunicação desacobertada de documentação fiscal, cuida de situação distinta, uma vez que a metodologia utilizada para apuração do crédito tributário mostra-se diferente da que foi usada no presente Auto de Infração.

No caso do acórdão, a apuração da base de cálculo não oferecida à tributação decorreu de valores declarados ao Fisco nos arquivos eletrônicos das empresas que forneciam meios físicos à prestação de serviço de comunicação realizado pela Autuada.

Tais empresas eram, em regra, grandes operadoras de redes de telecomunicações, como Cemig Telecom, GVT, Vivo, dentre outras, não pairando sobre elas indícios de fraude e nem dúvida quanto à sua real existência ou em relação aos efetivos serviços prestados.

Lado outro, no presente Auto de Infração, há amplo e completo repertório de provas que demonstram de forma cabal que a suposta locadora de meios para a prestação de serviços (VIP/Prime) é uma empresa de fachada, sem existência física, constituída apenas formalmente com o intuito de receber de forma artificial a receita da prestação de serviço de comunicação na modalidade SCM realizada pela Autuada (RBC), no intuito único de subtrair tais valores da tributação pelo ICMS.

Ressalte-se que o Acórdão nº 22.013/16/1ª teve decisão favorável ao Fisco, tendo sido mantido o lançamento realizado.

Noutro giro, saliente-se ainda que o citado Enunciado de Súmula nº 334 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que “*O ICMS não incide no serviço dos provedores de Acesso à Internet*”, em nada afeta o presente trabalho, que trata de prestação de serviço de comunicação na modalidade SCM sem a emissão de documento fiscal e não de serviço de provedor de acesso à internet (SVA).

Por fim, cabe registrar que uma fraude documental alicerçada em planejamento e orientação especializados, não tem o condão de alterar a natureza material do serviço prestado e, muito menos, modificar o sujeito passivo da obrigação tributária, como pretendeu o Grupo Mastercabo ao engendrar um modelo empresarial ilícito, no intuito de ocultar do Fisco os fatos geradores efetivamente ocorridos, numa típica medida de evasão fiscal.

Os verdadeiros elementos jurídico-tributários da atividade realizada pelo Grupo Mastercabo foram, desde o início do presente trabalho, corretamente identificados pelo Fisco, tendo sido, agora, tecnicamente reforçados por meio do Relatório de Fiscalização da Anatel, entidade especializada na regulação e fiscalização do mercado em que atua a Autuada.

Dessa forma, vê-se que o trabalho fiscal realizado está correto e alicerçado em vasto e robusto conteúdo probatório, além de adequadamente enquadrado na legislação de regência do imposto.

Das Penalidades

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além do ICMS, foi exigida a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Foi, ainda, exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XVI do mesmo diploma legal. Veja-se:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XVI - por prestar serviço sem emissão de documento fiscal - 40% (quarenta por cento) do valor da prestação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) quando a infração for apurada pelo Fisco, com base exclusivamente em documento e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal ou comercial do contribuinte;

Os Impugnantes arguem que a multa isolada aplicada ofende os princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, devendo ser utilizado o permissivo legal do art. 213 do RICMS/02.

Não há que se falar em ofensa à razoabilidade, à proporcionalidade e ao não confisco quando se trata de multa isolada exigida nos exatos termos previstos na legislação estadual, especialmente quando se trata de notório caso de fraude para não recolhimento do ICMS, perpetrada com falta de emissão de documento fiscal sobre a prestação de serviços de telecomunicação.

Como afirma a professora Mizabel Derzi, "não resta dúvida de que as sanções tributárias não podem ser insignificantes, de modo que percam seu aspecto repressivo ou preventivo de coibição de ilícito. (...)." (DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas ao livro Direito tributário brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 863).

"As penalidades são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias" (CALMON, Sacha, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696).

O estado somente tem condições de cumprir as suas finalidades sociais se tiver orçamento, o que se consegue via tributos e, assim, o meio coercitivo para obrigar o contribuinte ao implemento de suas obrigações constitui forma válida para a consecução de suas finalidades.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resta claro que não configura qualquer ilegalidade a cobrança de multa isolada, nos moldes e nos valores previstos, já que possui ela caráter punitivo e repressivo à prática de sonegação, não tendo, em absoluto, caráter de confisco, tratando-se apenas de uma penalidade pela falta de emissão de documento fiscal (NFST), de modo a desestimular o descumprimento de obrigações acessórias, mormente quando direcionado ao não recolhimento do tributo.

Diante disso, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou caráter confiscatório na exigência das multas em questão.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária desse estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal vigente, nos termos do art. 182 da Lei nº 6.763/75:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I- a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

No tocante ao pedido de aplicação do permissivo legal, nos termos do art. 213 do RICMS/02 (e do art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75), cumpre registrar que a Autuada não preenche os requisitos da legislação para aplicação do benefício, na medida em que inobservou resposta decorrente de processo de consulta e, ainda, da infração resultou falta de recolhimento de tributo. Observe-se o dispositivo legal:

Art. 213. A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que a decisão não tenha sido tomada pelo voto de qualidade e a situação não se enquadre nas seguintes hipóteses:

(...)

II- de inobservância de resposta em decorrência de processo de consulta já definitivamente solucionada ou de anotações nos livros ou documentos fiscais do sujeito passivo;

III- em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo;

Os Impugnantes afirmam que os juros sobre a multa de revalidação devem ser exigidos somente 30 (trinta) dias após a notificação da lavratura do Auto de Infração, e não desde o vencimento do crédito tributário constituído, como foi implementado pela Fiscalização.

O art. 226 da Lei nº 6.763/75 determina o momento em que se inicia a incidência dos juros de mora sobre os débitos tributários e suas multas:

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fixados na legislação, incidirão juros demora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para a cobrança dos débitos fiscais federais. (Grifou-se)

Como se vê, o lançamento está de acordo com a legislação de regência da matéria, que determina a exigência de juros de mora desde o dia em que o débito deveria ter sido pago e não 30 (trinta) dias após a notificação da lavratura do Auto de Infração, como pretendem os envolvidos.

Quanto à majoração da Multa Isolada em decorrência da reincidência constatada pela Fiscalização, observe-se o texto do art. 53, §§ 5º, 6º e 7º, da Lei nº 6.763/75, que assim dispõe:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 5º O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

1. De reincidência;

(...)

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

§ 7º A constatação de reincidência, relativamente às infrações que já ensejaram a aplicação das multas previstas nos artigos 54 e 55, determinará o agravamento da penalidade prevista, que será majorada em 50% (cinquenta por cento), na primeira reincidência, e em 100% (cem por cento), nas subseqüentes.

No entanto, cabe mencionar que o art. 79 da Lei nº 22.549/17 alterou a redação do art. 53 da Lei nº 6.763/75, como abaixo se verifica:

Art. 79 - Ficam revogados:

I - na Lei nº 6.763, de 1975:

(...)

e) o item 1 do § 5º e os §§ 6º e 7º do art. 53;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como a referida alteração legislativa resulta mais favorável aos Impugnantes, e não exige qualquer condicionante, necessária se torna a aplicação da alínea “c”, do inciso II, do CTN, o qual assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Sendo assim, cabe, no presente caso, a exclusão da majoração da Multa Isolada prevista no inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75 decorrente da reincidência, conforme disposto no art. 79 da Lei nº 22.549/17 c/c a alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar o pedido de desentranhamento do Relatório de Fiscalização da Anatel. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 2.955/2.968, conforme parecer da Assessoria e, ainda, para que seja excluída a majoração da Multa Isolada nos termos do art. 79 da Lei nº 22.549/17. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio Ataíde de Castro (Revisor) e Hélio Victor Mendes Guimarães.

Sala das Sessões, 10 de agosto de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente

Alexandre Périssé de Abreu
Relator

D