

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.424/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000406652-73
Impugnação: 40.010139871-94
Impugnante: Super Cabo TV Caratinga Ltda. - EPP
IE: 134760910.00-90
Proc. S. Passivo: Guilherme Vinícius Magalhães/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - SINTEGRA. Imputação fiscal de entrega em desacordo com a legislação, de arquivos eletrônicos, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75. Acionado o permissivo legal, art. 53, §§ 3º e 13 da Lei n.º 6.763/75, para reduzir a multa isolada a 50% (cinquenta por cento) do seu valor, condicionado a que seja sanada a irregularidade e efetuado o pagamento integral no prazo de trinta dias, contado da publicação da decisão irrecorrível do órgão julgador administrativo.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - TV A CABO/INTERNET - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido sobre o serviço de comunicação multimídia - SCM, na modalidade de conexão de alta velocidade à internet, em razão da utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto, prevista no item 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, aplicável somente ao provedor de acesso à internet, atividade diversa da executada pela Impugnante. Procedimento fiscal respaldado no art. 2º, inciso III da Lei Complementar n.º 87/96 e no art. 5º, § 1º, item 8 da Lei n.º 6.763/75. Contudo, face a apresentação de cupons fiscais o Fisco reformulou o lançamento adotando como base para o cálculo do crédito tributário os valores neles lançados conforme Termo de Rerratificação de fls. 177/182. Corretas as exigências remanescentes de ICMS e das Multas de Revalidação e Multa Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VII, alínea “c”.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais:

1) entrega em desacordo com a legislação tributária, de forma incompleta, sem os dados das Notas Fiscais de Serviços de Comunicação, os registros magnéticos (arquivos Sintegra) dos documentos fiscais emitidos no período de janeiro a junho de 2010, conforme comprova o extrato/contagem de tipo de registro anexo. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75;

2) redução indevida da base de cálculo do ICMS prevista no item 32, Parte 1 do Anexo IV, tendo em vista que a atividade exercida pela Autuada, prestações de serviços de comunicação multimídia (SCM), não se confunde com a de provedor de acesso à internet, conforme se manifestou a DOT/DOLT/SUTRI/SEF na Consulta n.º 238/15. Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VII, alínea “c”.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta por seu representante legal, tempestivamente, Impugnação de fls. 24/54, em síntese, aos argumentos seguintes:

- é pessoa jurídica de direito privado, com sede social no Município de Caratinga/Minas Gerais, que tem por atividade principal o CNAE n.º 61.41-8-00 (Operadoras de televisão por assinatura por cabo), possuindo autorização da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel para a transmissão de sinais de TV por assinatura e prestação de serviços de provedor de acesso à internet;

- para a realização de suas atividades sociais mantém infraestrutura própria para a recepção e transmissão de sinais de programação de TV, bem como para o provimento do acesso à internet a seus clientes,;

- em 20 de junho de 2011, obteve autorização para prestar serviços de comunicação multimídia – SCM;

- no ano de 2015, formulou consulta ao Fisco, patrocinada por arguições lites dirigidas pelo Agente de Fiscalização levando a indagar a Diretoria de Legislação Tributária se estaria correta a utilização de dois benefícios fiscais distintos, a saber: itens 25 e 32, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02;

- sobreveio a solução de Consulta n.º 238/15;

- a maior parte do crédito tributário se encontra fulminada pela decadência, pois foi notificada do lançamento fiscal em 23 de dezembro de 2015, devendo ser aplicada a regra do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, tendo em vista que realizou a apuração e o recolhimento do ICMS em relação às competências que foram objeto do lançamento, não havendo que se falar em falta de recolhimento;

- cita doutrina e jurisprudência para sustentar seu argumento em relação a decadência e conclui que, não obstante a apresentação de suposto saldo devedor, a Fiscalização efetuou o lançamento extemporâneo em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 23 de dezembro de 2010;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- preliminarmente, importa dizer que a Consulta n.º 238/15 não se trata de óbice para o conhecimento da presente impugnação;

- a conclusão adotada na Consulta n.º 238/15 se pautou, exclusivamente, na Resolução n.º 614, de 28 de maio de 2013, da ANATEL que somente pode produzir efeitos a partir da data de sua publicação, não se prestando a produzir efeitos retroativos, sob pena de afronta ao princípio da irretroatividade das normas;

- em que pese se tratar de tema que se confunde com o próprio mérito da discussão, é de se ver que a Resolução n.º 614/13, da ANATEL, não conduz à conclusão de que seria inválida a utilização do benefício da redução de base de cálculo, pois, antes mesmo de 2013, a Impugnante já se tratava de um provedor de acesso à internet, tanto assim é que se exige o pagamento de ICMS sobre provimento de serviços de conexão à internet dos exercícios de 2011, 2012 e 2013;

- o Auto de Infração está inquinado de nulidade absoluta eis que a Fiscalização utilizou de arbitramento mesmo não preenchidos os pressupostos para tanto apenas sob o argumento de não terem sido informados os dados das notas fiscais de telecomunicação emitidas no período;

- o Fisco dispunha de elementos para a exata mensuração, quais sejam, os cupons fiscais emitidos que segregam os serviços prestados aos tomadores, indicando de forma precisa os valores cobrados pela prestação de serviço de provedor de internet;

- cita o art. 148 do Código Tributário Nacional;

- deveria ter a Fiscalização procedido à recomposição de sua conta gráfica, a fim de levar em conta na apuração do ICMS devido os créditos sujeitos a aproveitamento, pois ao se valer da redução da base de cálculo foi obrigada a abrir mão do imposto, a título de crédito, relativo às aquisições de serviços e materiais necessários à prestação do referido serviço;

- deve-se ter em vista que o provimento de conexão à internet (provedor de acesso) é apenas um dos muitos serviços encampados pelos serviços de comunicação multimídia - SCM, conforme assevera a própria Resolução n.º 614/13;

- sempre se tratou de um provedor de acesso à internet, não tendo a Resolução n.º 614/13 alterado a sua natureza jurídica, pelo que lhe é aplicável o benefício de que trata o item 32, Parte 1, Anexo IV do RICMS/MG;

- a teor do art. 111, inciso III do Código Tributário Nacional, a legislação tributária que dispõe sobre outorga de benefícios fiscais deve ser interpretada de forma literal e, na hipótese em tela, a própria literalidade do dispositivo que concede a redução de base de cálculo conduz ao entendimento de que o benefício em questão lhe é totalmente aplicável à Impugnante;

- cita a Norma 004/95 do Ministério das Comunicações, que regula o uso de meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e utilização de serviços de conexão à internet;

- para que possa ser caracterizada como provedor de acesso à internet basta que a empresa preste o serviço de conexão à internet e é exatamente esse o caso, na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

medida em que presta aos seus clientes o serviço de “autenticação para o acesso à rede mundial internet”;

- como se observa, presta serviço que possibilita o acesso à internet banda larga pelos seus assinantes, mediante a utilização de equipamentos e instalações próprias, o que vai ao encontro da definição técnica estabelecida pelo próprio Ministério das Comunicações;

- dúvidas não restam de que é proprietária de uma infraestrutura composta de cabeamento óptico, lançado na área urbana de Caratinga, e equipamentos computacionais para conexão de alta performance de um grande número de computadores, que conectada a outras redes por meio de contratos remunerados para recepção e transmissão de pacotes multimídia, possibilitando disponibilizar a seus clientes o acesso à mundial de computadores - "internet", encaixando-se, portanto, na definição de provedor de acesso à internet;

- em se tratando de provedor de acesso à internet, correta a utilização do benefício previsto no item 32, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02;

- o Fisco busca distorcer a definição de provedor de acesso à internet, culminando no esvaziamento da norma concessiva da redução de base de cálculo;

- à luz da interpretação produzida pela própria Fiscalização em sua mensagem, faz jus à redução da base de cálculo, devido ao fato de fazer uso de infraestrutura de terceiros para consecução do serviço de prover à seus assinantes o acesso à rede mundial;

- antes mesmo da Resolução Anatel n.º 614/13, a Impugnante já prestava serviços de provimento de acesso à internet e o fato de, *a posteriori*, ter obtido autorização para prestar serviços de comunicação multimídia – SCM, em nada altera essa situação;

- da leitura da Consulta n.º 238/15, não é possível encontrar um único critério distintivo entre o serviço de conexão de acesso à internet prestado pelas empresas de SCM e aquele prestado pelos provedores de acesso;

- atualmente, o "provedor de acesso à internet" está contido nos serviços de comunicação multimídia - SCM, sendo certo que as empresas que prestam os serviços SCM são provedores de acesso à internet;

- a desoneração dos serviços de provimento de acesso à internet, com redução de 80% (oitenta por cento) da base de cálculo do ICMS cobrado sobre a atividade, tem a finalidade extrafiscal de universalização do acesso à internet, serviço este que, como se sabe, é de primeira necessidade no mundo globalizado;

- a bem da verdade, importa dizer que a própria cobrança de ICMS sobre os serviços de provimento de acesso à internet, ainda que com base de cálculo reduzida, não pode subsistir, na medida em que esse serviço não se encaixa na hipótese de incidência do imposto, vez que não se trata de serviço de comunicação propriamente dito, mas sim de um "serviço de valor adicionado - SVA", intrIBUTÁVEL pelo imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a rigor, o serviço de provimento de acesso à internet não se trata de um serviço de telecomunicações, eis que, por si só, não oferece condições para que os usuários possam se comunicar;

- de fato, o serviço de provimento à internet agrega a um serviço prévio de comunicação - que já é tributado pelo ICMS - novas utilidades e ferramentas, tratando-se, pois, de um serviço de valor adicionado – SVA, que não se confundem com os serviços de telecomunicações, motivo pelo qual não podem ser tributados pelo o ICMS;

- cita doutrina e a Súmula n.º 334 do Superior Tribunal de Justiça:

- segundo consta da autuação, os arquivos magnéticos Sintegra transmitidos no período, estariam incompletos, eis que não apresentariam dados das notas fiscais de serviços de telecomunicações, sendo exigida multa;

- todavia, a aplicação da multa isolada em questão não pode prosperar, na medida em que as informações das notas fiscais de serviços de telecomunicações não constaram dos arquivos magnéticos em virtude de impossibilidade técnica de fazê-lo;

- no período de janeiro a junho de 2010, para lastrear suas operações, não utilizava notas fiscais de telecomunicações, mas sim cupons fiscais emitidos via ECF. Por esse motivo, em relação ao período, transmitiu os arquivos somente com o registro Tipo 60A, eis que, por impossibilidade técnica do software utilizado pela empresa, não foi possível a transmissão dos registros Tipo 60M e 60D;

- desta forma, não há que se falar em descumprimento de obrigação acessória, sendo devido o cancelamento da multa;

- discorre sobre as multas aplicadas afirmando ostentarem estas nítida feição confiscatória, irrazoável e desproporcional, devendo ser canceladas, ou, no mínimo, revistas;

- caso este Eg. Conselho entenda pela procedência das multas aplicadas, requer, a título de eventualidade, seja aplicado o permissivo do art. 53 da Lei n.º 6.763/75, a fim de que sejam canceladas, ou, pelo menos, reduzidas as multas exigidas.

Ao final, requer o provimento de sua impugnação, para que seja integralmente cancelado o lançamento e, a título de eventualidade, requer seja reconhecida a decadência parcial do crédito tributário e seja aplicado o permissivo legal para cancelamento ou redução das multas aplicadas.

Da Instrução Processual

A Impugnante foi intimada (fls. 170/172) para apresentar os cupons fiscais emitidos no período de janeiro a junho de 2010, mencionados como anexados à sua impugnação (fl. 85), mas, de fato, não anexados.

Atendendo a intimação a Impugnante comparece à fl. 173 e apresenta os documentos, em meio magnético, conforme CD de fl. 175.

Da Rerratificação do Crédito Tributário

De posse dos documentos apresentados em razão do cumprimento da intimação (cupons fiscais, com a discriminação individualizada dos serviços de

comunicações prestados pela Impugnante no período de janeiro a junho de 2010), o Fisco recalcula o crédito tributário, com base no valor efetivo das prestações no período citado.

Tal reformulação gerou o Termo de Rerratificação de Auto de Infração de fls. 177/182.

Notificada dessa reformulação (fls. 184/186) a Impugnante apresentou o “Aditamento à Impugnação” de fls. 187/248, no qual reitera as alegações de sua impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 250/277, contrariamente ao alegado na defesa, resumidamente, aos fundamentos que seguem resumidamente:

- aplica-se, no caso, a forma de contagem do prazo decadencial estabelecida no art. 173 do Código Tributário Nacional, como tem decidido este E. Conselho, situação na qual não está decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o presente crédito tributário;

- o arbitramento foi realizado com amparo no disposto no art. 54, § 4º do RICMS e, com a apresentação dos dados necessários para a individualização dos serviços de comunicação multimídia prestados foi reformulado o crédito tributário, utilizando o valor efetivo das prestações nesse período, sendo a Impugnante regularmente notificada dessa alteração e da consequente reabertura de prazo para pagamento ou manifestação, o que torna superada a discussão sobre a alegada nulidade do feito em razão do arbitramento originalmente efetivado pelo Fisco;

- o Decreto n.º 46.698/14, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2015, excluiu do art. 194, inciso V do RICMS/MG a previsão de utilização pelo Fisco da Verificação Fiscal Analítica – Recomposição da Conta Gráfica como procedimento tecnicamente idôneo para apuração das operações ou prestações do sujeito passivo, o que impede o atendimento da recomposição requerida;

- entretanto, em observância ao princípio da não cumulatividade do ICMS, e por analogia com o estabelecido nos §§ 1º a 4º do art. 195 do RICMS/MG, por ocasião do pagamento do Auto Infração ora impugnado a Impugnante poderá deduzir do valor imposto exigido o montante do crédito de imposto regularmente acumulado no período;

- sendo a atividade do Fisco vinculada à lei, foram cominadas as multas previstas na legislação vigente, mais especificamente na Lei n.º 6.763/75;

- a Impugnante reconhece que entregou em desacordo com a legislação tributária, de forma incompleta, os registros magnéticos (arquivos Sintegra) relativos aos cupons fiscais que emitiu para acobertar as suas prestações de serviços de comunicação realizadas no período autuado;

- entretanto, a empresa refuta a penalidade que lhe foi aplicada sob a alegação que lhe foi cominada multa pela entrega incompleta de registros magnéticos relativos a notas fiscais de serviços de comunicação e não pela entrega irregular dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

registros magnéticos dos cupons fiscais relativos a prestações de serviço de comunicação realizadas no mesmo período;

- a Impugnante optou por acobertar as suas prestações de serviço comunicação através de cupons fiscais, emitidos por ECF – Emissor de Cupom Fiscal e não por notas fiscais de comunicação, como seria esperado e usual. Embora não vedado pela legislação tributária, o Fisco somente tomou conhecimento que os cupons fiscais foram emitidos pela empresa para essa finalidade quando da impugnação, já que os registros magnéticos incompletos entregues não permitiam a identificação da natureza da operação ou da prestação acobertada por esses documentos fiscais;

- assim correta a acusação devendo ser mantida a multa isolada aplicada;

- está prevista no item 32, Anexo IV do RICMS/MG, a redução da base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas de serviços de comunicação da modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso;

- contudo, o provimento de acesso a serviços internet, é um conjunto de atividades que permite, dentre outras utilidades, a autenticação ou reconhecimento de um usuário para acesso a Serviços Internet e o serviço prestado pelo provedor de acesso à internet – o Serviço de Conexão à Internet – SCI - não depende de concessão, permissão ou autorização da Anatel e independente dos meios e tecnologias utilizados;

- a Impugnante declarou que é *“PROPRIETÁRIA de uma infraestrutura composta de cabeamento óptico, lançado na área urbana de Caratinga, e equipamentos computacionais para conexão de alta performance de um grande número de computadores, QUE CONECTADA A OUTRAS REDES (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) por meio de contratos remunerados para recepção e transmissão de pacotes multimídia, possibilitando disponibilizar a seus clientes o acesso à rede mundial de computadores – internet”*;

- a Super Cabo TV Caratinga Ltda. optou por não restringir a atuar somente como provedor de acesso à internet, mas, também, como prestadora de serviços de telecomunicações, ao fornecer a seus clientes, por meio de infraestrutura própria, a capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia que dá suporte à conexão internet por ela também oferecida;

- cita trechos do contrato firmado pela Impugnante com seus clientes para concluir que, no exercício de 2010, a Impugnante já prestava a seus clientes o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), serviço esse típico de telecomunicação, e, agregado a ele, o serviço de provimento de conexão à internet banda larga;

- a própria Autuada confirma esses fatos;

- interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis;

- a impossibilidade ou não obrigatoriedade de interconexão entre as redes de telecomunicação das diversas operadoras resultaria em sistemas de comunicação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fechados, limitados a área de abrangência e aos emissores e receptores conectados à rede de telecomunicações própria da empresa;

- isso explica o fato de a Impugnante informar que a sua rede própria de telecomunicações está conectada a de outras redes, devidamente contratadas e remuneradas;

- e, também, conforme registrado pela Impugnante, sem a aquisição de uma conexão a redes de outros agentes da cadeia que compõem todo o sistema mundial, os assinantes, e a necessária e devida autenticação por sua parte a seus assinantes, estes não terão acesso a qualquer página digital de conteúdo na rede mundial;

- portanto, a interconexão da rede de telecomunicações da Impugnante a de outras operadoras, prática obrigatória e comum a todas as redes públicas, não altera a sua condição de prestadora de serviços de comunicação multimídia;

- cita a Consulta de Contribuinte n.º 238/15 pela qual a SEF se pronunciou no sentido de que a Impugnante é uma prestadora de serviços de comunicação multimídia - SCM, com autorização de prestação de serviço de provimento de conexão à internet, não se tratando de um provedor propriamente dito, pelo que não lhe seria aplicável a redução de base de cálculo do item 32, Parte 1, Anexo IV do RICMS/02;

- essa consulta, e a resposta dada pela DOT/DOLT/SUTRI/SEF, foi utilizada na autuação para corroborar o entendimento do Fisco de que a empresa não faz jus a redução de base de cálculo utilizada no exercício de 2010.

- conforme se pode verificar no relatório do Auto de Infração a imputação de uso indevido de redução da base cálculo do ICMS está fundamentada no fato de a Autuada ter prestado, de fato, serviços de internet banda larga a partir da tecnologia proporcionada pelo SCM, não se enquadrando na condição de simples provedor de acesso, como serviço de valor adicionado (SVA);

- a menção da resposta à Consulta de Contribuinte n.º 238/15 no Auto de Infração foi para corroborar e elucidar a fundamentação utilizada pelo Fisco;

- não é verdade que a resposta à Consulta de Contribuinte n.º 238/15 foi baseada única e exclusivamente na Resolução n.º 614/13;

- para sustentar que os serviços de comunicação prestados pela Impugnante eram serviços de comunicação multimídia – SCM, a SEF, mencionou as definições de SCM constantes no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, na versão aprovada pelas Resoluções Anatel n.ºs 272/01 e 614/13;

- não houve alteração na definição do Serviço de Comunicação Multimídia no “Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia” – “RSCM”, da Anatel, nas versões vigentes em 2001 e em 2013 das citadas resoluções;

- a diferença entre as duas redações repousa, apenas, no acréscimo da expressão “permitindo inclusive o provimento de conexão à internet”;

- assim, a correta tributação pelo ICMS dos serviços de internet banda larga com utilização de rede própria de SCM como suporte, definida na resposta da DOT/DOLT/SUTRI/SEF;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- já em 2001, o “Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia”, aprovado pela Resolução Anatel n.º 272/01, em seu art. 10, estabelecia que a “exploração do SCM depende de autorização da Anatel, devendo basear-se nos princípios constitucionais da atividade econômica”;

- entretanto, conforme se pode observar no extrato da “Análise no 304/2013-GCMB, de 17/05/2013” do Conselheiro da Anatel “Marcelo Bechara de Souza Hobaika” sobre a Proposta de alteração do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução n.º 272/01, mesmo em 2013, ainda era reconhecido pela Anatel a existência de empresas que utilizavam suas redes próprias de TV por assinatura para prestação de serviço de conexão à internet sem a devida outorga da Anatel, apenas com respaldo na Resolução n.º 190/99;

- é o caso da Impugnante, que passou a contar com a outorga da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, para a prestação de serviços de comunicação multimídia – SCM somente em 20 de junho de 2011;

- entretanto, como várias vezes confirmada pela Autuada em sua impugnação, mesmo sem a outorga da Anatel, prestou a seus clientes serviços de internet banda larga com suporte em rede própria de SCM no exercício de 2010;

- confirmada a prestação do SCM, e com o reforço no disposto no item 1, alínea “a”, § 8º, art. 6º, da Lei n.º 6.763/75, a falta de licença da Anatel para prestação de serviço de comunicação na modalidade SCM não altera o lançamento de diferenças do ICMS em relação as prestações realizadas pela Impugnante no exercício de 2010.

Ao final, pede seja rejeitada, em preliminar, a nulidade e, no mérito, a procedência parcial do lançamento, nos termos das alterações promovidas pelo Fisco, conforme demonstrado às fls. 178/182.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe lavrado para formalizar as exigências relativas às seguintes imputações fiscais:

1) entrega em desacordo com a legislação tributária, de forma incompleta, sem os dados das Notas Fiscais de Serviços de Comunicação, os registros magnéticos (arquivos Sintegra) dos documentos fiscais emitidos no período de janeiro a junho de 2010, conforme comprova o extrato/contagem de tipo de registro anexo. Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75;

2) redução indevida da base de cálculo do ICMS prevista no item 32, Parte 1 do Anexo IV, tendo em vista que a atividade exercida pela Autuada, prestações de serviços de comunicação multimídia (SCM), não se confunde com a de provedor de acesso à internet, conforme se manifestou a DOT/DOLT/SUTRI/SEF na Consulta n.º 238/15. Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VII, alínea “c”.

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Preliminarmente, argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração por não poder o Fisco se valer da presunção fiscal para apuração do crédito tributário.

A constituição do crédito tributário encontra-se disciplinada no Código Tributário Nacional (CTN) e sua formalização encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Veja-se o que determina o art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Depreende-se da leitura do artigo acima que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização.

O lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, a apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade aplicável.

Da análise dos presentes autos, em face das normas acima transcritas, verifica-se que estão atendidos todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira, revelando a acusação fiscal e a penalidade correspondente, habilitando e oportunizando defesa plena.

No caso dos autos deve ser acrescentado que a própria Impugnante reconhece que não apresentou à época própria os dados dos itens das Notas Fiscais de Telecomunicações emitidas no período de janeiro a junho de 2010, necessários para o levantamento dos valores dos serviços de comunicação multimídia objetos da autuação, já que os dados eletrônicos apresentados informavam apenas o total dos serviços prestados, estando ali incluídos os valores do serviço de comunicação na modalidade de TV a cabo por assinatura. Entretanto, alega que essas informações estavam disponíveis, bastando o Fisco tê-las requisitado. A não requisição desses dados e a utilização de arbitramento na fixação dos valores teria implicado na nulidade do Auto de Infração impugnado.

Contudo, o arbitramento foi realizado com amparo no disposto no art. 54, § 4º do RICMS. Esse mesmo artigo, em seu § 2º, prevê a possibilidade de contestação pelo contribuinte do valor arbitrado pelo Fisco, mediante a exibição de documentos que comprovem as alegações.

Foi exatamente o que ocorreu nos presentes autos.

Não possuindo os dados, o Fisco lavrou o Auto de Infração baseando-se nas informações de que dispunha.

Entretanto, a Impugnante foi intimada (fls. 170/172) para apresentar os cupons fiscais emitidos no período de janeiro a junho de 2010, mencionados como anexados à sua impugnação (fl. 85), mas, de fato, não anexados.

Atendendo a intimação a Impugnante comparece à fl. 173 e apresenta os documentos, em meio magnético, conforme CD de fl. 175.

De posse dos documentos apresentados em razão do cumprimento da intimação, o Fisco reformula o crédito tributário, com base no valor efetivo das prestações no período citado.

Portanto, tendo sido apresentados os dados necessários para a individualização dos serviços de comunicação multimídia prestados no período autuado e o Fisco procedido à reformulação do crédito tributário utilizando o valor efetivo das prestações nesse período, sendo a Impugnante regularmente notificada dessa alteração e da consequente reabertura de prazo para pagamento ou manifestação (fls. 184/186), já não mais esta presente nos autos qualquer arbitramento, estando superada a discussão sobre a alegada nulidade.

Desta forma, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Da Prejudicial de Mérito

A Impugnante argui a decadência do direito de a Fiscalização constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos antes de 23 de dezembro de 2010, com fulcro no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN, uma vez que a lavratura do Auto de Infração, com ciência do Contribuinte, só ocorreu em 23 de dezembro de 2015, matéria prejudicial de mérito.

Assim, antes mesmo de se verificar a imputação fiscal, cumpre analisar a alegação defensiva de que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos antes de 23 de dezembro de 2010, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retro transcrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, pois se trata aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente do recolhimento a menor do ICMS, por utilização considerada indevida pela Fiscalização do benefício da redução da base de cálculo do imposto.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativa ao exercício de 2010.

O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

Na modalidade de lançamento por homologação, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Nesta modalidade, o contribuinte, ou o responsável tributário, conforme o caso, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito tributário condicionada à futura homologação, expressa ou tácita, pela autoridade competente.

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, ou cumpre de modo diverso do entendimento do Fisco, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pelo Fisco não poderá ser caracterizada apenas como homologação, já que esta pressupõe a existência de providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa.

Afastando-se a hipótese de homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições relativas ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, é incabível o lançamento por homologação, mas o lançamento direto nos termos do art. 149, inciso V do Código Tributário Nacional.

Nesta hipótese, que é exatamente a constante dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação por parte do sujeito passivo enseja a prática do lançamento de ofício ou revisão do lançamento, previsto no art. 149 do Código Tributário Nacional. Inaplicável se torna, assim, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para homologação tácita do pagamento.

Importa observar que a regra do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional é menos favorável à Fazenda Pública do que a regra do art. 173 do mesmo diploma legal. Desta forma, a aplicação dessas regras só pode ser vista considerando-se que a regra do art. 150, § 4º visa, exatamente, consagrar o dever tributário cumprido pelo contribuinte que realizou o pagamento do imposto, enquanto que a regra do art. 173 dilata o prazo considerando aquele contribuinte que não realizou o pagamento do tributo.

O objeto da autuação lançada pelo Fisco pelo Auto de Infração ora analisado trata-se de um “Lançamento de Ofício”, pois não houve nenhuma participação da Defendente, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco.

Assim, no caso dos autos, repita-se pela importância, o prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do mesmo diploma legal.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 23 de dezembro de 2010, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 1º de janeiro de 2011, findando-se em 31 de dezembro de 2015.

Tendo a Impugnante sido regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 23 de dezembro de 2015, claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente ao exercício de 2010, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É idêntico o entendimento deste Conselho de Contribuintes sobre a matéria como se encontra demonstrado na decisão do Acórdão n.º 2.143/00/CE, a seguir, parcialmente, transcrito:

PARA MELHOR CONDUZIRMOS NOSSO PENSAMENTO, FAREMOS INICIALMENTE UMA BREVE ABSTRAÇÃO A RESPEITO DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA.

REFERE-SE ESTA, AO PRAZO LEGALMENTE ESTIPULADO PARA QUE A FAZENDA PÚBLICA, OCORRIDO O FATO GERADOR, EXERÇA O SEU DIREITO DE LANÇAR. PORTANTO, EMBORA SEMELHANTE AO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO, COM ESTE NÃO SE CONFUNDE, EIS QUE GUARDAM AMBOS RELAÇÃO COM FASES TEMPORAIS DISTINTAS DA CADEIA DE TRIBUTAÇÃO.

O ART. 150 DO CTN DISCIPLINA OS PROCEDIMENTOS ADSTRITOS À FIGURA DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO QUE OCORRE EM RELAÇÃO AOS TRIBUTOS CUJA LEGISLAÇÃO ATRIBUA AO SUJEITO PASSIVO O DEVER DE ANTECIPAR O PAGAMENTO SEM PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, COMO É O CASO DO ICMS.

CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN, SE A LEI NÃO FIXAR PRAZO À HOMOLOGAÇÃO, SERÁ ELE DE CINCO ANOS, A CONTAR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E, EXPIRADO ESSE PRAZO, SEM QUE A FAZENDA PÚBLICA SE TENHA PRONUNCIADO, CONSIDERA-SE HOMOLOGADO O LANÇAMENTO E DEFINITIVAMENTE EXTINTO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, SALVO SE COMPROVADA A OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. OU SEJA, INEXISTINDO LANÇAMENTO OU NA HIPÓTESE DA CONSTATAÇÃO DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, O DIREITO DA FAZENDA PÚBLICA OBEDECE À REGRA ESTABELECIDA NO ART. 173, I.

ORA, O CASO DOS AUTOS, CONFORME VEREMOS ADIANTE AO TRATARMOS ESPECIFICAMENTE DAS IRREGULARIDADES APONTADAS, SE SUBSUME A RECLAMAR O IMPOSTO NÃO OFERECIDO À TRIBUTAÇÃO, I.E., NÃO LANÇADO, RELATIVO ÀS IMPORTAÇÕES EFETUADAS.

E, PORTANTO, É INAPLICÁVEL AO PRESENTE CASO A REGRA INSERTA NO ALUDIDO ART. 150.

DA MESMA FORMA, E POR EXTENSÃO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO. SE NÃO HÁ O LANÇAMENTO, NADA HÁ QUE SE COBRAR E, PORTANTO, NÃO TERIA SENTIDO ARGUIR PRAZO PARA O MANEJO DA AÇÃO DE COBRANÇA.

.....
CONFORME ESTABELECE O ARTIGO 58 DA CLTA/MG, O LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SERÁ FORMALIZADO MEDIANTE AUTO DE INFRAÇÃO.

OUTROSSIM, O ARTIGO 173 DO CTN PRECONIZA, QUE O DIREITO DE A FAZENDA PÚBLICA CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINGUE-SE APÓS 5 (CINCO) ANOS, CONTADOS DO PRIMEIRO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO EFETUADO.

Cite-se, ainda, a título de exemplo, os Acórdãos n.ºs 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª, 19.626/10/3ª e 21.919/15/1ª no mesmo sentido da decisão acima transcrita.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada pela Impugnante, não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

Do Mérito Propriamente Dito

Considerando que o Auto de Infração contém duas acusações, passa-se a analisar cada uma delas separadamente:

1) Entrega em desacordo com a legislação tributária, de registros magnéticos (arquivos Sintegra) do período de janeiro a junho de 2010

Neste ponto do Auto de Infração sustenta o Fisco que a Impugnante entregou, em desacordo com a legislação tributária, de forma incompleta, sem os dados das Notas Fiscais de Serviços de Comunicação, os registros magnéticos (arquivos Sintegra) dos documentos fiscais emitidos no período de janeiro a junho de 2010, conforme comprova o extrato/contagem de tipo de registro anexo.

Exigência da Multa Isolada prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75.

A Impugnante reconhece que entregou em desacordo com a legislação tributária, de forma incompleta, os registros magnéticos (arquivos Sintegra) relativos aos cupons fiscais que emitiu para acobertar as suas prestações de serviços de comunicação realizadas no período autuado.

O extrato dos arquivos Sintegra, constante no “Anexo VI” da autuação (CD de fl. 19), confirma que a Impugnante não transmitiu os registros tipo 60 D relativos aos cupons fiscais emitidos para acobertar as suas prestações de serviços de comunicação no período de janeiro a junho de 2010.

A obrigatoriedade de entrega, mensal, dos arquivos eletrônicos solicitados pelo Fisco, está prevista nos arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10 - Os contribuintes de que tratam o § 1º do artigo 1º desta Parte e o § 7º deste artigo manterão arquivo eletrônico referente à totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas no período de apuração, contendo o registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

.....
Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o artigo anterior, observado o disposto o artigo 39 desta Parte, será realizada, mensalmente, através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

§ 1º - O contribuinte deverá verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do programa validador SINTEGRA e do programa transmissor TED, obtidos no endereço eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais na internet (www.sef.mg.gov.br);

§ 2º - O recibo de entrega do arquivo será gerado após a transmissão da mídia.

.....

Note-se, pois, que a infração descrita no Auto de Infração é formal e objetiva, encontrando-se caracterizada nos autos.

O art. 10 do Anexo VII acima transcrito obriga os contribuintes elencados no §1º, a manterem o arquivo eletrônico referente à totalidade de suas operações realizadas no período de apuração, contendo registro fiscal dos documentos recebidos e emitidos.

Já o art. 11 estabelece que a entrega do arquivo eletrônico deverá ser realizada mensalmente através de sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

O “Manual de orientação do usuário de sistema de processamento eletrônico de dados” instituído no Anexo VII, Parte 2 do RICMS/MG, estabelece em seu subitem 16.1 a obrigatoriedade de geração diária, para cada equipamento emissor de cupom fiscal, dos registros tipos: 60 – Mestre; 60 – Analítico e 60 – Resumo Diário. E, o art. 11 do Anexo VII do RICMS/MG, acima transcrito estabelece a obrigatoriedade de entrega mensal desses arquivos eletrônicos, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações.

Entretanto, a empresa refuta a penalidade que lhe foi aplicada sob a alegação que lhe foi cominada multa pela entrega incompleta de registros magnéticos relativos a notas fiscais de serviços de comunicação e não pela entrega irregular dos registros magnéticos dos cupons fiscais relativos a prestações de serviço de comunicação realizadas no mesmo período.

No período de janeiro a junho de 2010 a Impugnante optou por acobertar as suas prestações de serviço comunicação através de cupons fiscais, emitidos por ECF – Emissor de Cupom Fiscal e não por notas fiscais de comunicação, como seria esperado e usual. Embora não vedado pela legislação tributária, o Fisco somente tomou conhecimento que os cupons fiscais foram emitidos pela empresa para essa finalidade quando da impugnação ora combatida, já que os registros magnéticos incompletos entregues não permitiam a identificação da natureza da operação ou da prestação acobertada por esses documentos fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se percebe seja pela legislação transcrita ou pela constatação fiscal, a Defendente não cumpriu a sua obrigação, ou seja, não entregou corretamente os arquivos eletrônicos com todos os registros determinados no prazo previsto nas normas estaduais que estabelecem a obrigação acessória, acarretando, dessa forma, a aplicação da penalidade prevista no inciso XXXIV do art. 54 da Lei n.º 6.763/75, que tem a seguinte redação:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....
XXXIV - por deixar de entregar, entregar em desacordo com a legislação tributária ou em desacordo com a intimação do Fisco ou por deixar de manter ou manter em desacordo com a legislação tributária arquivos eletrônicos referentes à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais - 5.000 (cinco mil) UFEMGs por infração.

Necessário destacar que o dispositivo acima transcrito traz, na verdade, três condutas diferentes a serem punidas com a penalidade nele elencada. A primeira destas condutas é por deixar de entregar os arquivos eletrônicos. A segunda é a entrega dos arquivos em desacordo com a legislação tributária que é o caso dos autos. E a terceira é a entrega em desacordo com a intimação do Fisco.

Assim, o tipo descrito em tal dispositivo se adequa exatamente à conduta praticada pela Impugnante, qual seja, a entrega de arquivos eletrônicos em desacordo com a legislação.

Importante ressaltar que o ponto crucial que norteou a lavratura do presente Auto de Infração foi a constatação de descumprimento de obrigações acessórias.

Seja o contribuinte principal ou sujeito passivo responsável, na hipótese de cumprimento de obrigações acessórias, ele é responsável pelo cumprimento das regras impostas pelas normas regulamentares do ICMS e que possibilitam a conferência e verificação da correção dos procedimentos fiscais adotados.

No que tange à multa isolada aplicada, tem-se que a penalidade por falta de entrega de arquivo magnético está prevista em lei desde novembro de 2003 e o tipo descrito na norma sancionatória acima transcrita encontra-se em perfeita consonância com a conduta imputada ao Impugnante nos presentes autos.

A imposição de multa decorre do fato de que o contribuinte tem o dever de prestar informações ao Fisco.

A multa isolada calculada tomando-se como base a UFEMG, está prevista na Lei n.º 6.763/75 e foi aplicada atendendo exatamente aos ditames da norma à qual o Fisco está adstrito, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional.

Neste diapasão, verifica-se que restou plenamente caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítima a exigência constante do Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, diante das informações dos autos e a não constatação de reincidência por parte da Impugnante, a Câmara analisou a possibilidade de aplicação do permissivo legal em face da imputação fiscal.

O permissivo legal consiste na possibilidade de abrandamento da penalidade na forma estabelecida pelo art. 53, § 3º da Lei n.º 6.763/75, que concede poder ao órgão julgador administrativo para reduzir ou até mesmo cancelar a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas também estabelece requisitos e condições para que este mister possa ser efetivado, *in verbis*:

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

.....
§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

.....
§ 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.

No caso específico dos autos deve-se, também analisar o disposto no § 13 do mesmo art. 53 da Lei n.º 6.763/75, que assim determinam:

Art. 53.
§ 13. A multa prevista no inciso XXXIV do art. 54 desta lei, além das reduções previstas no § 9º deste artigo, poderá ser reduzida, na forma do § 3º deste artigo, a até 50% (cinquenta por cento) do valor, ficando a redução condicionada a que seja sanada a irregularidade e efetuado o pagamento integral no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão irrecorrível do Órgão Julgador administrativo.

Ressalte-se que a aplicação do permissivo legal não atinge o mérito da imputação fiscal, mas apenas inibe a exigência da penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória, infração considerada como cometida.

O efeito prático da decisão acerca da aplicação do permissivo legal é sobre o valor a ser pago, relativamente ao processo no qual a decisão foi prolatada, por ter sido acionado o permissivo legal. Entretanto, como a decisão de mérito foi desfavorável à empresa, fica configurado o cometimento da infração à legislação tributária.

Assim, caso o contribuinte volte a praticar a infração ao mesmo dispositivo legal, no período de 05 (cinco) anos, será considerado reincidente, a multa será aplicada em dobro e o Conselho de Contribuintes não mais poderá reduzir a penalidade aplicada, na forma dos §§ 5º e 6º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75.

2) Redução indevida da base de cálculo do ICMS prevista no item 32, Parte 1 do Anexo IV, tendo em vista que a atividade exercida pela Impugnante, prestações de serviços de comunicação multimídia (SCM), não se confunde com a de provedor de acesso à internet, conforme se manifestou a DOT/DOLT/SUTRI/SEF na Consulta n.º 238/15.

Em relação a este item a acusação é de redução indevida da base de cálculo do ICMS prevista no item 32, Parte 1 do Anexo IV, tendo em vista que a atividade exercida pela Impugnante, prestações de serviços de comunicação multimídia (SCM), não se confunde com a de provedor de acesso à internet, conforme se manifestou a DOT/DOLT/SUTRI/SEF na Consulta n.º 238/15.

Exigências de ICMS e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso VII, alínea “c”.

No tocante à alegação subsidiária da Impugnante no sentido de que a Fiscalização deveria ter procedido à recomposição da conta gráfica do ICMS, pois para utilização da redução da base de cálculo do imposto, prevista item 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, não utilizou dos créditos do imposto destacados em documentos fiscais emitidos por seus fornecedores, relativos a materiais necessários à prestação do referido serviço, em razão da vedação constante no subitem 32.1 do referido anexo, tem-se que tal procedimento não é mais adotado no Estado.

Isto porque o Decreto n.º 46.698, de 30 de dezembro de 2014, com efeitos a partir de 1º de fevereiro de 2015, excluiu do art. 194, inciso V do RICMS/MG, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02 a previsão de utilização pelo Fisco da Verificação Fiscal Analítica – Recomposição da Conta Gráfica como procedimento tecnicamente idôneo para apuração das operações ou prestações do sujeito passivo, o que impede o atendimento da recomposição requerida.

Destaca-se que a Impugnante obteve junto à Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, em 20 de junho de 2011, autorização para prestar serviço de multimídia - SCM.

Para uma melhor análise sobre a controvérsia posta nos presentes autos, traz-se à colação o seguinte histórico do surgimento da internet no Brasil, bem como a evolução da disponibilização do referido serviço ao usuário, extraído do Acórdão n.º 20.937/16/2ª, relativo a Auto de Infração – AI de caso análogo ao dos presentes autos. Confira-se:

A INTERNET SURGE NO BRASIL NA PRIMEIRA METADE DOS ANOS 90. NESTE PRIMEIRO MOMENTO, OS USUÁRIOS TÊM ACESSO AO AMBIENTE DA INTERNET POR MEIO DE PROVEDORES DE ACESSO AOS SERVIÇOS DA INTERNET, TECNICAMENTE CONHECIDO COMO PSCI. O ACESSO DOS USUÁRIOS AOS RESPECTIVOS PROVEDORES SE DAVA UTILIZANDO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, ESPECIALMENTE O SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO (STFC).

NESTA ÉPOCA, PARA ACESSAR A INTERNET, O USUÁRIO, ATRAVÉS DE SEU SISTEMA (COMPUTADOR OU CABLE MODEM), GERAVA UMA CHAMADA TELEFÔNICA DIRECIONADA AO PROVEDOR DE ACESSO. ESTANDO ESTABELECIDO A LIGAÇÃO, O PROVEDOR AUTENTICAVA O USUÁRIO E ATRIBUÍA UM NÚMERO (ENDEREÇO) IP AO MESMO, VIABILIZANDO O ACESSO A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.

ESTE SISTEMA REDUNDOU, ATÉ ENTÃO, NA TÃO CONHECIDA **INTERNET DISCADA**, NO QUAL DETECTA-SE A COEXISTÊNCIA DE DOIS SERVIÇOS, O DE TELECOMUNICAÇÃO PRESTADO PELA EMPRESA DE TELEFONIA FIXA (OPERADORA) E OUTRO PELO PROVEDOR DE ACESSO, COMO SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA).

APÓS A SEGUNDA METADE DOS ANOS 90, COMEÇA A SURTIR NO BRASIL OS PRIMEIROS SERVIÇOS DE CONEXÃO EM BANDA LARGA. INICIALMENTE, ESTE ACESSO ERA VIABILIZADO POR CONEXÕES ISDN (INTEGRATED SERVICES FOR DIGITAL NETWORK) OU ADSL (ASYMMETRIC DIGITAL SUBSCRIBER LINE), OFERECIDAS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA.

NESTA OCASIÃO, POR QUESTÃO REGULATÓRIA AS OPERADORAS DE TELEFONIA FIXA NÃO PODIAM OFERECER A CONEXÃO À INTERNET, SENDO NECESSÁRIO QUE O USUÁRIO, PARA SE CONECTAR À REDE MUNDIAL, ALÉM DO PRESTADOR DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO, CONTINUAVA NECESSITANDO CONTRATAR TAMBÉM UM PROVEDOR DE ACESSO AOS SERVIÇOS DA INTERNET (PSCI).

COM O PASSAR DOS ANOS, À MEDIDA QUE A REDE MUNDIAL CRESCE E O NÚMERO DE USUÁRIOS AUMENTA VERTIGINOSAMENTE, FORAM SURTINDO NOVAS TECNOLOGIAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES COM A CAPACIDADE DE VIABILIZAR DIRETA E INSTANTANEAMENTE A CONEXÃO DO TERMINAL DO USUÁRIO À INTERNET, SEM CONTAR COM A PRESENÇA E PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DE QUALQUER OUTRO INTERMEDIÁRIO (PROVEDOR DE ACESSO).

DENTRE ESSAS NOVAS TECNOLOGIAS, TEMOS O CABO DAS OPERADORAS DE TV POR ASSINATURA E A RADIOFREQUÊNCIA, BEM COMO OUTRAS. ESTES SERVIÇOS SÃO PROVIDOS MEDIANTE LICENÇA PARA EXPLORAÇÃO DO SCM CONCEDIDA PELA ANATEL E, NESTE CASO, NÃO HÁ OBRIGAÇÃO REGULATÓRIA DE CONTRATAÇÃO DE UM PROVEDOR DE ACESSO.

EM TERMOS PRÁTICOS, AS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA VIA CABO QUE OFERECEM TAMBÉM O SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA, UTILIZAM DAS PRÓPRIAS REDES FÍSICAS DE TELECOMUNICAÇÕES, CONHECIDAS NO MERCADO COMO ÚLTIMA MILHA, PARA CONECTAR O USUÁRIO TANTO AOS SINAIS DA TV A CABO COMO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.

A IMPUGNANTE TAMBÉM ASSIM O FAZ, CONFORME DOCUMENTO DE FLS. 3L6, DE SUA PRÓPRIA AFIRMATIVA:

“A IMPUGNANTE, QUE REALIZA A INSTALAÇÃO, OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DOS SISTEMAS VINCULADOS A CADA UM DOS SEGMENTOS QUE ATUA E, SENDO EMPRESA OPERADORA DE TV A CABO, VALE-SE DE REDE DE TRANSMISSÃO PRÓPRIA, PELA QUAL CONDUZ O SINAL DIRETAMENTE A DECODIFICADORES DADOS EM COMODATO/LOCAÇÃO AOS SEUS ASSINANTES.

NESSE ASPECTO, A IMPUGNANTE COMERCIALIZA AOS SEUS ASSINANTES O SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET MEDIANTE A DISPONIBILIZAÇÃO DE TODOS OS EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS, POR MEIO DE SUA ESTRUTURA FÍSICA, CUJA PRESTAÇÃO CARACTERIZA-SE COMO SENDO DE VIABILIZAÇÃO DO ACESSO DIRETO DO USUÁRIO À REDE MUNDIAL DE INTERNET BANDA LARGA.” (GN)

CONCRETAMENTE, NO QUE SE REFERE AOS SERVIÇOS DE BANDA LARGA, ESTAS EMPRESAS, DESDE O ADVENTO DA NOVA TECNOLOGIA DO SCM (2001), PASSARAM A PROMOVER A AUTENTICAÇÃO DO USUÁRIO NA REDE E ATRIBUIR-LHE UM NÚMERO (ENDEREÇO) IP, VIABILIZANDO DIRETA E SISTEMATICAMENTE A CONEXÃO DO USUÁRIO À REDE MUNDIAL, SEM QUALQUER PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NA RELAÇÃO CONTRATUAL.

COM ISTO, NO EXATO MOMENTO EM QUE O USUÁRIO TEM O SERVIÇO DISPONIBILIZADO E A SUA LIGAÇÃO É ESTABELECIDADA COM A PRESTADORA DE SERVIÇO POR ELE CONTRATADA (SCM), ESTE JÁ PODERÁ USUFRUIR INSTANTANEAMENTE DE INÚMEROS SERVIÇOS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET), INDEPENDENTEMENTE DA CONTRATAÇÃO DE UM PROVEDOR DE ACESSO. (GRIFOS FORAM ACRESCIDOS).

Conforme excertos acima, é possível afirmar que a tecnologia utilizada pelas empresas de TV a Cabo, no tocante aos serviços de internet banda larga, suprimiu a obrigatoriedade de contratação em separado, pelo usuário, de um outro agente para garantir a conexão (provedor de acesso), estando esta atividade inserida no campo da própria prestação do serviço de comunicação multimídia, serviço esse típico de telecomunicação.

Esta é exatamente a situação da Impugnante, conforme contrato firmado com seus clientes, disponível na íntegra no endereço eletrônico www.supercabotv.com.br, conforme informado no verso do Termo de Adesão de fls. 89:

“CONDIÇÕES GERAIS QUE REGULAMENTAM AS CLÁUSULAS E ESCLARECEM AS OBRIGAÇÕES E DIREITOS PACTUADOS NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET, CELEBRADO PELO CONTRATANTE E A CONTRATADA SUPER CABO TV CARATINGA LTDA.

1. OBJETO. O presente instrumento tem por objeto estabelecer e dar ciência ao CONTRATANTE das Cláusulas e condições Gerais que regulamentam o contrato e a prestação do SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO À REDE MUNDIAL INTERNET, doravante denominado SUPERFLASH, prestado pela contratada SUPER CABO TV CARATINGA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, estabelecido nesta cidade na Rua João da Silva Araújo, nº 328, centro, com inscrição no CNPJ(MF) nº 64388762/0001-90, autorizado pelo departamento nacional de serviços privados, pela portaria nº 107 de 15 de abril de 1991, e regida pelas normas contidas na Lei 8.977/95, neste ato representada de conformidade com seu respectivo Estatuto Social (doravante denominada simplesmente Super Cabo TV Caratinga Ltda.) que consiste em possibilitar o acesso à internet banda larga.

2. GLOSSÁRIO DAS CONDIÇÕES GERAIS: O PRESENTE TEM A FINALIDADE DE ESCLARECER OS TERMOS E AS DEFINIÇÕES DOS SERVIÇOS OFERTADOS, BEM COMO DAS CLÁUSULAS QUE COMPÕEM O CONTRATO E OS RESPECTIVOS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS CONTRATANTES USUÁRIO/ASSINANTE E CONTRATADA, ASSIM CONSIDERANDO:

.....
2.1.2. CONTRATADA: SUPER CABO TV CARATINGA LTDA, acima qualificada, responsável pela AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET, e ajustado na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL;

.....
2.1.4.1. Na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL, consta explicitado, além dos dados do USUÁRIO/ASSINANTE, a TAXA DE ADESÃO, as condições de pagamento, o valor e a data do vencimento das MENSALIDADES; a MODALIDADE escolhida pelo USUÁRIO/ASSINANTE, incluindo a velocidade de transmissão contratada e a opção pelo recebimento de outros serviços oferecidos

pela CONTRATADA, com os respectivos valores e formas de pagamento;

.....
2.1.7.2 AUTENTICAÇÃO 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 USUÁRIO/ASSINANTES;

.....
2.1.7.4 REDE INTERNA DO USUÁRIO/ASSINANTE: Rede de telecomunicações pertencente ao USUÁRIO/ASSINANTE, que se situa nas dependências do imóvel indicado pela mesma, para interligação de sua rede de computadores e equipamentos de rede, a qual se conecta a rede da CONTRATADA no PTR;

2.1.7.5 PTR (Ponto de Terminação de Rede): Ponto de conexão física da Rede de Comunicação de Dados da CONTRATADA à REDE INTERNA do USUÁRIO/ASSINANTE, que permite o acesso aos serviços prestados pela CONTRATADA, que são contratados pelo presente instrumento e exemplificados no formulário anexo;

2.1.8 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;

.....
2.2.1 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/ASSINANTE. Este valor estará disponibilizado na tabela de preços em nosso site (www.supercabotv.com.br), ou em nosso SAC;

.....
2.2.3 BACKBONE é a infraestrutura formada pelas linhas de comunicação e software, hardware de transmissão e de recepção para acesso à Internet mundial.

3. CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET: acesso ilimitado; velocidade de comunicação com garantia mínima de 20% (vinte por cento) para a velocidade de recebimento (download) e para a velocidade de envio (upload) será garantido o mínimo de 20%(vinte por cento), tendo como referência a velocidade contratada; uso limitado a somente um computador; Resta esclarecer que a velocidade de transmissão para recebimento (download) e envio (upload) não guarda correspondência com velocidade de navegação contratada na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL.

3.1. Nos casos em que o USUÁRIO/ASSINANTE precisar de uma velocidade de envio (upload) maior do que a mínima garantida, que é de 20%(vinte por cento) da velocidade contratada, deverá pagar valores adicionais a serem negociados na época da assinatura do contrato.

4. RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA. Tendo em vista que os serviços contratados consistem em possibilitar o acesso à Internet através da velocidade de navegação contratada, sem aplicações e conteúdos específicos, o USUÁRIO/ASSINANTE isenta a CONTRATADA de qualquer responsabilidade pelo conteúdo oferecido pelos Provedores de Serviços de Internet ou por outros Serviços de Valor Adicionado acessados, livremente, pelo USUÁRIO/ASSINANTE. A CONTRATADA fornece a velocidade mínima garantida até o seu provedor, não sendo de sua responsabilidade valores fornecidos por outros sites ou provedores.

4.1. A CONTRATADA se compromete a prestar os serviços citados na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, ressalvadas as interrupções por motivo de manutenção no sistema, manutenção no BACKBONE contratado, roteamento, incompatibilidades dos sistemas do USUÁRIO/ASSINANTE com os sistemas da CONTRATADA, ações de terceiros que impeçam a prestação do serviço, motivos de força maior e caso fortuito independente da vontade da CONTRATADA.

4.7. Uma vez esgotada a franquia mensal contratada referente ao PLANO DE SERVIÇO aderido, o USUÁRIO/ASSINANTE ficará sujeito a uma cobrança adicional proporcional ao consumo adicional incorrido,

de acordo com as regras e valores estabelecidos no PLANO DE SERVIÇO ou na oferta aderida.

.....

5.8. ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS. O USUÁRIO/ASSINANTE pagará ainda, desde que não participe de alguma promoção ou fidelização no ato da contratação e, 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/ASSINANTE já possuir esses equipamentos os mesmos deverão ser verificados e aprovados pela CONTRATADA.

.....

8.1. OBRAS CIVIS. Caso a conexão de seu terminal aos serviços contratados exijam a realização de obras civis, caberá ao USUÁRIO/ASSINANTE adotar todas as providências necessárias para a realização de tais obras e arcar com todos os custos decorrentes.

.....

9.1. É expressamente vedado ao USUÁRIO/ASSINANTE: (a) proceder a qualquer alteração nas redes interna ou externa de distribuição dos sinais ou nos pontos de sua conexão ao(s) aparelho(s) retransmissor(es); (b) permitir que qualquer pessoa não autorizada pela CONTRATADA realize manutenção nos equipamentos alugados ou cedidos em regime de comodato, bem como, na rede de distribuição da mesma.

9.2. ACESSO DA CONTRATADA ÀS INSTALAÇÕES. A CONTRATADA terá acesso, mediante anuência do USUÁRIO/ASSINANTE e na sua presença, ou de pessoa que o represente, às dependências onde esteja instalado os serviços, para verificação do cumprimento das condições contratuais e da qualidade de prestação dos serviços. Na hipótese de impedimento do exercício desse direito, a CONTRATADA poderá proceder à suspensão imediata da prestação dos serviços ou à rescisão do Contrato, independente de qualquer procedimento judicial e sem prejuízo da cobrança dos serviços prestados, pela forma prevista na Cláusula 6.

9.3. As visitas improdutivas devido à ausência do USUÁRIO/ASSINANTE ou ainda em decorrência da não autorização de acesso ao imóvel serão cobradas do USUÁRIO/ASSINANTE, conforme tabela de preço vigente na época.

.....
14. ASSISTÊNCIA TÉCNICA. A CONTRATADA não fornece assistência técnica para máquinas ou equipamentos de terceiros ou de USUÁRIOS/ASSINANTES, somente será dada a assistência técnica a equipamentos pertencentes à CONTRATADA por ela, ou quem esta indicar.
.....

18. DEVOLUÇÃO DOS EQUIPAMENTOS. Em quaisquer das hipóteses de rescisão contratual, deverá o USUÁRIO/ASSINANTE devolver à CONTRATADA, em local por ela determinado e em bom estado de conservação, os bens que lhe forem cedidos em regime de comodato, no prazo máximo de dez (10) dias, contados da data da rescisão, respondendo, até que o faça, pelo normal pagamento das mensalidades, devendo indenizar a CONTRATADA por qualquer custo incorrido com reparação ou substituição dos referidos bens.
.....

22.1. A Super Cabo TV Caratinga Ltda. poderá migrar o SERVIÇO ACESSO BL, em caso de obsolescência, para outra tecnologia, garantindo e resguardando o crescimento das telecomunicações e a qualidade do serviço ora disponibilizado.
.....

Conforme ressalta a Fiscalização, a Impugnante deixou consignado no aditamento de sua impugnação que é *“PROPRIETÁRIA de uma infraestrutura composta de cabeamento óptico, lançado na área urbana de Caratinga/MG, e equipamentos computacionais para conexão de alta performance de um grande número de computadores, QUE CONECTADA A OUTRAS REDES (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) por meio de contratos remunerados para recepção e transmissão de pacotes multimídia, possibilitando disponibilizar a seus clientes o acesso à rede mundial de computadores – internet”*.

Assim, a Super Cabo TV Caratinga Ltda. optou por não restringir a atuar somente como provedor de acesso à internet, mas, também, como prestadora de serviços de telecomunicações, ao fornecer a seus clientes, por meio de infraestrutura própria, a capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia que dá suporte à conexão internet por ela, também, oferecida;

Portanto, a Impugnante presta a seus clientes o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), serviço esse típico de telecomunicação, e, agregado a ele, o serviço de provimento de conexão à internet banda larga, o que é conformado pela própria Defendente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme se verifica das cláusulas contratuais retro, o SUPERFLASH, serviço prestado pela Impugnante, é um serviço que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios. E esta definição coincide exatamente com a definição do SCM segundo o regulamento do SCM expedido pela Anatel:

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. (Grifou-se).

Vale dizer, por oportuno, que na Cláusula 4 do referido contrato consta que o USUÁRIO/ASSINANTE isenta a CONTRATADA, no caso a Impugnante, de qualquer responsabilidade pelo conteúdo oferecido pelos Provedores de Serviços de Internet ou por outros Serviços de Valor Adicionado acessados, livremente, pelo USUÁRIO/ASSINANTE.

Consta, ainda, na página da internet da ANATEL (<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet2>) o seguinte:

O provimento de Serviço de Conexão à Internet - SCI, que é um serviço de valor adicionado conforme definido no artigo 61 da Lei Geral das Telecomunicações - LGT, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, independente dos meios e tecnologias utilizados, tais como acesso discado, ADSL, radiofrequência, cabo, entre outras, deverá estar associado a um serviço de telecomunicações devidamente regulamentado pela Anatel. Os serviços de telecomunicações que dão suporte ao provimento do SCI, por sua vez, só deverão ser explorados por empresas que possuam concessão, permissão ou autorização expedida pela Anatel.

Ao contratar um serviço de acesso à internet, há a necessidade de se contratar não apenas o provimento de SCI, mas também um prestador de serviços de telecomunicações que lhe dê suporte. O usuário do serviço de telecomunicações tem a opção de contratar o provedor de serviço de conexão à internet da própria prestadora ou outro que seja por ela habilitado.

Empresas que oferecem serviço de banda larga somente podem fazê-lo mediante autorização expedida pela Anatel para explorar o serviço de telecomunicações que irá suportar a conexão, tal como o Serviço de Comunicação Multimídia.
(Grifou-se).

Resta clara a distinção entre o prestador de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), como provedor de serviço de conexão à internet banda larga, sempre submetido à autorização de funcionamento como serviço de telecomunicação que é (caso da Impugnante), daquele prestador de serviço de provedor de acesso à internet, típico serviço de valor adicionado (SVA), o qual não depende de qualquer outorga do Órgão regulador para entrar em funcionamento.

Esclareça-se que a prestação do SCM é regida pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT); pela Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); pelo Decreto n.º 6.523/08; pelo Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73/98, por outros regulamentos, normas e planos aplicáveis ao serviço, pelos termos de autorização celebrados entre as Prestadoras e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e, especialmente, pela Resolução Anatel n.º 272/01 e, mais recentemente, a Resolução n.º 614/13 (novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM).

De outro modo, a prestação do serviço de provedor de acesso, enquanto serviço de valor adicionado (SVA), encontra-se regida pela Norma n.º 004/95, aprovada pela Portaria n.º 148/95, expedida pelo Ministério das Comunicações, a qual objetiva regular o uso de meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e utilização de serviços de conexão à internet.

Observa-se, na primeira situação, caso do SCM, que a norma tem o condão de regular o próprio serviço. Em se tratando, porém, de SVA (2ª situação acima), a norma cuida de regular, tão somente, a forma como as redes de telecomunicações públicas deverá ser utilizada pelos respectivos prestadores de serviços, ditos Provedores de Acesso.

Sobre o tema em análise, importante destacar as considerações colhidas da Análise 306/2013-CGMB, constante de trabalho monográfico da Procuradora Federal Marina Georgia 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-do-provedor-de-conexao-a-internet-e-o-regulamento-do-servico-de-comunicacao-multimidia,48270.html#_ftn1:

(ii) Serviços de Telecomunicações como suporte ao Serviço de Conexão à Internet (PSCI)

5.47. Conforme aduzido acima, a expansão do acesso à internet se ramificou em busca do suporte dos mais variados serviços de telecomunicações. Nesse ponto, atenta-se para o fato de que, no acesso via STFC, todos os itens que caracterizam o SCI estão além do serviço de telecomunicações que lhe concede infraestrutura. O acesso à internet somente ocorre por meio dos recursos detidos pelo próprio PSCI. **De outro lado, as redes de TV por Assinatura/SeAC viabilizam o acesso à internet por meio da mesma infraestrutura ao separar faixas de frequências para a prestação do serviço de TV e outras para a**

conexão à internet. Já o SMP viabiliza o acesso à internet por meio da contratação, pelo usuário, de um serviço de transmissão de dados da Prestadora e da aquisição de um terminal smartphone ou modem 3G ou 4G. **Nesses últimos dois casos, a própria Prestadora responsabiliza-se pela autenticação do usuário e a atribuição de um endereço IP, possibilitando, assim, a conexão à rede mundial.**

5.48. Do mesmo modo, **ante o cenário de convergência digital e a criação do SCM, em 2001, algumas atividades passaram a poder ser realizadas pela própria rede da Prestadora de Serviço de Comunicação Multimídia, o que inclui a autenticação do usuário na rede e a implementação dos protocolos, sendo que outras permaneceram a cargo do PSCI, tais como o provimento de aplicativos, conteúdos e correio eletrônico.** Verifica-se, portanto, que, apesar de a rede de SCM possuir capacidade técnica para realizar os serviços de administração de conexões à internet, por força regulamentar (Norma nº 4/95), tal responsabilidade é atribuída ao PSCI.

(..)

5.50. **Percebe-se que, assim como ocorre com o acesso com suporte nas redes de SMP e de serviços de TV por assinatura/SeAC, o SCM apresenta aptidão para implementar todos os recursos e procedimentos para conexão entre o usuário e a rede mundial.** Todavia, ao contrário dos primeiros, exige-se normativamente, deste último, que as atividades da camada lógica estejam sob a responsabilidade de um PSCI, a exemplo do que ocorre com o STFC.

5.51. **Esse contexto gera desbalanceamento competitivo entre as Prestadoras dotadas de capacidades semelhantes para o acesso à internet, além de produzir uma ineficiência de mercado a partir da imposição da presença do PSCI e da exigência de que o usuário contrate mais de um serviço para ter acesso à internet quando a própria prestadora de SCM pode fazê-lo.**

(...)

5.53. Tal contexto explica-se ante a convergência proporcionada pelo SCM visto que, quanto ao provimento de acesso à internet, criou-se uma intersecção técnica entre algumas das atuações da Prestadora desse serviço de telecomunicações e do PSCI, **já que ambos são aptos a realizar atividades**

inerentes à administração da conexão à internet.

Todavia, outros serviços tal como de correio eletrônico e acesso a conteúdo exclusivo permanecem entre as atividades específicas do PSCI.

5.54. Observo, ainda, que a mediação do acesso à banda larga por meio de um segundo ente caracterizado pela conexão à internet apresenta-se como peculiaridade do Brasil. Países latino-americanos como Argentina, Chile, Colômbia, México e Peru, por exemplo, não exigem a contratação de algum outro agente para uso das redes de telecomunicações e conexão à banda larga. Em tais nações observa-se que o provimento do acesso é absorvido pela própria rede da operadora de telecomunicações.

5.55. Essa peculiaridade brasileira também prejudica o andamento da simplificação regulatória num contexto em que os serviços de telecomunicações apresentam-se cada vez mais convergentes. Sua proximidade, semelhança e possibilidade de prestação a partir de uma mesma plataforma vislumbram caminhos futuros para uma visão de licença simplificada, como já ocorre, atualmente, com os serviços de telecomunicações de interesse restrito. É nesse contexto que acredito que a manutenção de exigências normativas a fim de diferenciar atores dotados de iguais capacidades técnicas prejudica inclusive a viabilização de uma futura e desejável convergência regulatória.

5.56. O assunto se desdobra em vários aspectos e o exame de cada um deles confirma a necessidade de ação desta Agência, naquilo que lhe cabe. É com visão similar, por exemplo, que o Relatório Final nº 3, de 2010, da Comissão Parlamentar de Inquérito criada no âmbito do Senado Federal com a finalidade de “apurar a utilização da internet na prática de crimes de ‘pedofilia’, bem como a relação desses crimes com o crime organizado”, recomendou à Anatel a “realização de estudos com vistas a incluir, em suas atribuições, a fiscalização de empresas do setor de internet, notadamente em razão da tendência tecnológica de convergência entre os diversos meios de comunicação (“convergência digital”)”.

5.57. Ante tal recomendação, a Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações encaminhou à Anatel, por meio do Ofício nº 52/2011/STE-MC, de 27/07/2011 (fl. 448), a Nota Técnica/MC/STE/DESUT/nº 27/2011 (fls. 448/455), que concluiu ser conveniente oficialar a Agência a fim de

solicitar providências para a revisão da Norma nº 4/95, cabendo a análise de dois cenários alternativos:

· **Exigência de intermediação do PSCI apenas para a conexão mediante acesso discado, dispensando-se a sua participação nas demais formas de acesso, como é o caso do acesso dedicado; ou**

· **Caracterização de toda a atividade de conexão à internet como sendo inerente ao serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, absorvendo-se, assim, a figura do PSCI.**

5.58. Em seguida, o Parecer nº 864/2011/ALM/CGNS/CONJUR-MC/CGU/AGU, de 26/07/2011, concluiu pelo acolhimento da citada Nota, nos moldes seguintes:

[...] enquanto à Anatel cabe regulamentar os serviços de telecomunicações, ao Ministério cabe estabelecer as diretrizes de políticas públicas a serem levadas a efeito pela Agência no momento da regulamentação dos serviços.

Assim, ao determinar à Anatel que tome providências no sentido de revisar a Norma MC nº 4/1995, o Ministério das Comunicações está exercendo a competência decorrente da supervisão ministerial. À Anatel, por sua vez, caberá revisar a proposta, resguardada, no entanto, a sua independência para melhor regulamentar a matéria posta pelo Ministério.

Não bastando, o pedido de providências do Ministério das Comunicações está embasado no art. 214, inciso I da LGT o qual dispõe que:

Art. 214. Na aplicação desta lei, serão observadas as seguintes disposições:

I - Os regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

Ora, desde a edição da LGT o Serviço de Conexão à Internet (SCI) é regulamentada pela Norma MC nº 4/1995, sem que tenha sido editado um regulamento sequer da Agência a respeito. [...]

II. (b). Da possibilidade de alteração das disposições da Norma MC nº 4/1995 pela Anatel:

[...]

Ocorre, no entanto, que a Secretaria de Telecomunicações, pela Nota Técnica acostada às fls. 18/25, ao analisar a situação atual do Serviço de Conexão à Internet (SCI) observou que **“para o acesso a rede mundial de computadores não é**

tecnicamente necessária a intermediação do PSCI. Assim sendo, no Serviço Móvel Pessoal (SMP) e em parte dos autorizatários do SCM, há oferta direta de capacidade ‘dedicada’ de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia para acesso a internet em banda larga”.

Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão a internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, verbis:

“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n)

Se o SCI é funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações então, diante do avanço tecnológico, passou a fazer parte dos serviços de telecomunicações que dão suporte à rede mundial de computadores. Dessa maneira, entende-se que o SCI, em relação à internet em banda larga (compreendidas aqui os acessos não discados) deixou de ser Serviço de Valor Adicionado (SVA) para agregar a definição de uma modalidade de serviço de telecomunicações, a exemplo do SCM.

Pois bem, compreendido aqui que o SCI para a conexão em banda larga deixou de ser, tecnicamente, um serviço autônomo para fazer parte da cadeia de serviço inerente à infraestrutura utilizada para suporte à internet, compete à Anatel regulamentá-la.

O art. 69, caput da LGT disciplina que cabe a Agência definir as modalidades de serviço de telecomunicações, senão veja-se:

Art. 69. As modalidades de serviço serão definidas pela Agência em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada ou de outros atributos.

Além de definir, a LGT afirma que cabe a Agência expedir normas sobre a prestação dos serviços de telecomunicação no regime privado (art.19, X da Lei

9.472/1997). Assim, observados os conceitos do art. 60 e 69 da LGT, compete à Agência expedir normas sobre serviços de telecomunicações, de modo a definir quais são as atividades que integram as diferentes modalidades do serviço. Ao incluir a atividade de conexão à Internet no conceito de uma modalidade de serviço de telecomunicações, tal atividade automaticamente deixará de compreender a definição de SVA.

Como visto, **se a área técnica do Ministério entende que o SCI, para a Internet em banda larga, constitui-se em funcionalidade do próprio serviço de telecomunicações, entende-se que a Agência Nacional de Telecomunicações tem competência para modificar a Norma MC nº 04, de 1995.**

Destarte, é juridicamente possível a recomendação da área técnica deste Ministério para oficiar a Anatel que tome providências no sentido de alterar a referida norma.

III – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, opina este órgão de Consultoria Jurídica, órgão da Advocacia-Geral da União, pela:

(a) Competência do Ministério das Comunicações para propor recomendações e diretrizes à Anatel, com fundamento no exercício de sua atribuição de supervisão ministerial e de formulação de políticas públicas de telecomunicações.

(b) Competência da Anatel para revisar a Norma MC nº 04, de 1995, com respaldo dos arts. 69 e 214 da LGT, tendo em vista que é juridicamente possível a essa Agência incluir a atividade de conexão à Internet no conceito de uma modalidade de serviço de telecomunicações, fazendo com que tal atividade automaticamente deixe de compreender a definição de SVA; e

(c) Pela ausência de óbices jurídicos a que o Ministério das Comunicações recomende à Anatel que revise a Norma MC nº 04, de 1995, de forma a que seja privilegiada a melhor solução técnica para a conceituação da atividade de conexão à Internet, nos moldes da NOTA TÉCNICA/MC/STE/DESUT/Nº 27/2011.

(sem negritos no original)

5.59. De se ver que o citado Parecer exara o entendimento de que o SCI, em relação à internet em banda larga (compreendidas aqui os acessos não discados) teria deixado de ser um SVA para agregar

a definição de uma modalidade de serviço de telecomunicações, a exemplo do SCM.

5.60. **Considero, de outro lado, que não é aconselhável a revogação da Norma 4/95, uma vez que o PSCI continua prestando conexão à internet por meio das redes STFC. De igual modo, a possibilidade de provimento do serviço de conexão à internet por meio da rede SCM não deve impedir, a meu ver, a manutenção de atividades exclusivas do Provedor, o que geraria o risco de eliminação de agentes eficientes e inovadores nesse mercado.**

5.61. Assim, entendo que os serviços prestados pelo PSCI não deixam de agregar valor às redes de SCM, mas evoluem no mesmo contexto de convergência tecnológica apresentando novas aplicações a seus usuários.

5.62. Desde a criação da internet, surgiram diversos Provedores nacionais, assim como respeitáveis portais de conteúdo e comércio eletrônico, abrindo-se mercado com grandes perspectivas de crescimento, a partir da oferta de serviços de conteúdo especial, suporte técnico, correio eletrônico, anti-vírus, anti-spam e outros extremamente inovadores e em franca expansão como os cloud services.

5.63. É necessário, portanto, atentar para a existência de PSCIs eficientes, que acompanharam a evolução do acesso à rede mundial a partir da oferta de novas funções ao consumidor final. Por ser a internet um ambiente genuinamente estimulante da inovação, os Provedores adequados ao cenário evolutivo não devem ser absorvidos, mas estimulados, tendo em vista que a inovação é estratégica para o crescimento do país, nos termos do art. 219 da Constituição Federal:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

5.64. **Além disso, como aduzido acima, permanece a necessidade do PSCI em todas as atividades necessárias à conexão à internet com suporte sobre as redes STFC, o que, em 2011, representava 10% do mercado de acesso à rede no Brasil.**

5.65. Observa-se também a tendência de muitos PSCI que se tornaram ou visam a se tornar prestadores do próprio SCM. Tal iniciativa é também estimulada pela presente atualização do RSCM por meio das medidas

de simplificação da outorga e redução do respectivo preço, conforme temas específicos desta Análise.

5.66. Desse modo, quanto ao serviço de conexão à internet, acredito que a premissa da Anatel de atualizar a regulamentação do SCM às novas condições de mercado não exige a completa absorção do papel do PSCI, mas apenas adequação à possibilidade de, no mínimo, dois cenários importantes. O primeiro caracterizado por um agente que presta exclusivamente o serviço de conexão à internet, optando por atuar apenas como um PSCI. E o segundo que opta por oferecer serviços mais abrangentes, no caso a oferta de SCM delimitada de forma tal que, além da simples capacidade de transmissão de dados, oferta também o acesso à rede mundial de computadores.

5.67. Relembro, por fim, que, além de gerar duplicidade de meios para a conexão à internet, a soma SCM e PSCI pode se apresentar como uma janela para manobras tributárias. A NOTA TÉCNICA/MC/STE/DESUT/Nº 27/2011, contida nos presentes autos e acima citada, destaca o tema:

No modelo atual, segundo a jurisprudência majoritária, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) somente é cobrado dos prestadores de serviços de telecomunicações. Já o SCI, por ser considerado SVA, não sofre incidência do ICMS. Com relação a esse serviço, há uma discussão sobre a possibilidade, ou não, de recolhimento de Imposto sobre Serviços (ISS), já que ele não está dentre aqueles elencados na lista anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (fl. 453).

(iii) Conclusão

5.68. Diante disso, considero necessário especificar normativamente **o que já ocorre na prática nas redes SCM a partir da agregação da realidade à definição do serviço**, inclusive de acordo com contribuições recebidas em CP nesse sentido. Além disso, como dito, a caracterização do SCM pelo que ele não é apresentada ultrapassada e dispensável e, tendo em vista a premissa de alinhamento da regulamentação do SCM com a de outros serviços de interesse coletivo, sugiro também a exclusão dos §§1º e 4º do art. 3º da minuta em exame.”

Resta nítida a diferença entre o provedor de CONEXÃO à internet, típico prestador de serviço de telecomunicações de internet banda larga, pessoa jurídica devidamente autorizada pela Anatel a executar tal atividade por meio do SCM, e o simples provedor de ACESSO à internet, como serviço de valor adicionado, sendo que

este não necessita de autorização, permissão ou concessão pelo órgão federal e também não executa, na sua concepção originária, serviço de telecomunicação, mas apenas utiliza-se de uma rede preexistente.

Enquanto no SCM a conexão à internet é viabilizada pelas empresas de TV por Assinatura por meio da mesma infraestrutura de rede separada por faixas de frequências (TV e internet), o SVA é uma 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 (inciso XVIII, art. 4º, Anexo I da Resolução n.º 614/2013 da Anatel).

Desse modo, o SVA estará sempre dependente de um serviço preexistente de telecomunicação que lhe dará suportes físico e lógico.

Vale dizer que as tecnologias utilizadas atualmente para a conexão em banda larga passam por diferentes meios, desde ondas de rádio, satélite, cabos de TV ou mesmo a própria linha telefônica. Diversamente do SVA, porém, a plataforma do SCM provê ao usuário final uma linha ou circuito dedicado de comunicação como suporte da conexão em banda larga.

Nesse cenário de convergência digital, a implementação do SCM como canal dedicado, fez com que as redes multimídia agregassem aos serviços de telecomunicações as atividades de autenticação e os demais protocolos da internet, deixando a cargo do provedor de acesso, enquanto SVA (exceto nos casos da internet discada), os serviços de provimento de correio eletrônico, aplicativos e conteúdos.

Embora o serviço de conexão à internet possa se dar em diferentes plataformas tecnológicas, as empresas de TV por assinatura, como no caso da Impugnante, que também prestam o serviço de comunicação multimídia (SCM), oferecem aos seus assinantes de maneira integrada o serviço de conexão à internet, de modo que os usuários não têm a necessidade de contratar um outro prestador de serviço, dito provedor de acesso ou de conteúdo (SVA), conforme reconhece a Defendente em sua impugnação.

Assim, como já salientado, desde a época de implementação das novas plataformas de telecomunicações, as empresas de TV por assinatura, mediante autorização para exploração do SCM concedida pela Anatel, passaram a viabilizar a conexão do usuário por meio da mesma infraestrutura da rede de telecomunicações por meio de faixas de frequências para a prestação do serviço de TV e internet. Portanto, é possível “logar” o terminal do usuário diretamente na rede mundial, permitindo a ele acessar a internet.

Constata-se, no caso, que o serviço de conexão da internet banda larga promovido pela Impugnante desde o advento da nova tecnologia do SCM (ano de 2001), não equivale ao simples serviço de provedor de acesso (SVA), atividade complementar e dependente do serviço de telecomunicação.

Outro aspecto que permite diferenciar a atividade da Impugnante (telecomunicação) como sendo distinta do simples provimento de acesso (como SVA) é o fornecimento por esta a seus clientes dos equipamentos (por exemplo: *cable modem*) que são conectados à sua rede de cabos. O contrato de prestação de serviço,

cujos excertos foram acima reproduzidos, deixa claro que tais equipamentos são imprescindíveis à execução dos serviços, sendo fornecidos pela Defendente aos usuários por meio dos contratos de comodato ou locação.

Lado outro, o que se verifica é que não é papel do provedor de acesso, enquanto prestador de serviço de valor adicionado (SVA), fornecer ao usuário/cliente nenhum equipamento, pois a ele incumbe liberar apenas e, tão somente, de forma virtual o “LOGIN” e a “SENHA” para acesso ao link da internet, como exclusividade do seu serviço prestado.

No tocante à fala da Impugnante de que há uma interconexão da rede de telecomunicação dela com as redes de telecomunicação de outras empresas de telecomunicação, deixou consignado a Fiscalização:

Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. (art. 146, parágrafo único da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997).

E o inciso I, do artigo 146 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece a obrigatoriedade de interconexão entre as redes de telecomunicações, na forma da regulamentação.

A impossibilidade ou não obrigatoriedade de interconexão entre as redes de telecomunicação das diversas operadoras resultaria em sistemas de comunicação fechados, limitados a área de abrangência e aos emissores e receptores conectados à rede de telecomunicações própria da empresa.

Isso explica o fato de a Impugnante informar que a sua rede própria de telecomunicações está conectada a de outras redes “ (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) ”, devidamente contratadas e remuneradas.

E, também, conforme registrado pela Impugnante, sem a aquisição de uma conexão a redes de outros agentes da cadeia que compõem todo o sistema mundial, os assinantes (clientes), e a necessária e devida autenticação (autorização) por parte da impugnante a seus assinantes (clientes), estes não terão acesso a qualquer página digital de conteúdo na rede mundial. ”

Portanto, a interconexão da rede de telecomunicações da Impugnante a de outras operadoras, prática obrigatória e comum a todas as redes públicas, não altera a sua condição de prestadora de serviços de comunicação multimídia.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale destacar que a Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça, citada na peça impugnatória, segundo as decisões que a fundamentam, exclui da tributação do ICMS as prestações de serviços dos provedores de acesso à internet, enquanto Serviço de Valor Adicionado (SVA), notadamente nas hipóteses em que estes prestadores utilizam de uma rede de telecomunicação de terceiros preexistente e não necessitam de autorização, permissão ou concessão da Anatel, o que não se verifica no caso em tela.

Nesse sentido, confira-se excertos de uma das decisões que norteou a citada Súmula n.º 334:

“PRIMEIRA SEÇÃO

A SEÇÃO, PROSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DE DESEMPATE DO MIN. FRANCISCO FALCÃO, CONHECEU DOS EMBARGOS, MAS, POR MAIORIA, OS REJEITOU, AO ENTENDER QUE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET NÃO PODEM SER CLASSIFICADOS COMO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, APESAR DE O CONFAZ ASSIM CONSIDERÁ-LOS A TEOR DO ART. 60 DA LEI N. 9.472/1997, QUE TRATA DA ORGANIZAÇÃO DOS REFERIDOS SERVIÇOS. **OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET NÃO SÃO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, HAJA VISTA NÃO NECESSITAREM DE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO OU CONCESSÃO DA UNIÃO, CONFORME DISPÕE O ART. 21, XI, DA CF/1988. ADEMAIS, ESSES SERVIÇOS SÃO DE VALOR ADICIONADO, UMA VEZ QUE O PRESTADOR UTILIZA UMA REDE DE TELECOMUNICAÇÕES QUE LHE DÁ APOIO PARA VIABILIZAR O ACESSO DO USUÁRIO À INTERNET POR MEIO DE UMA LINHA TELEFÔNICA.** LOGO NÃO DEVE INCIDIR O ICMS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE INTERNET. **ERESP 456.650-PR**, REL. ORIGINÁRIO MIN. JOSÉ DELGADO, REL. PARA ACÓRDÃO MIN. FRANCIULLI NETTO, JULGADOS EM 11/5/2005.” (GRIFOU-SE).

Importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento que envolveu o sistema de banda larga denominado “Virtua” de propriedade de empresa de mesma atividade da Impugnante, assim decidiu:

“SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 16.767 - MG
(20030134238-0)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ACESSO À INTERNET - SISTEMA VIRTUA - BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DEVIDO ÀS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA - RICMS96 DE MINAS GERAIS - NÃO INCIDÊNCIA.

1. O SISTEMA DENOMINADO VIRTUA, FORNECIDO PELA EMPRESA NET DE BELO HORIZONTE AOS SEUS ASSINANTES COMO MEIO FÍSICO DE COMUNICAÇÃO, QUE PROPORCIONA O ACESSO AOS PROVEDORES DA INTERNET "BANDA LARGA", REPRESENTA SERVIÇO DISTINTO DO SERVIÇO DE TV A CABO PRESTADO NA

FORMA DA LEI 8.977/95 E DA RESOLUÇÃO/ANATEL 190/99.

2. SERVIÇO QUE TAMBÉM NÃO SE CONFUNDE COM O DE "PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PROVEDOR" DE ACESSO À INTERNET, SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (ART. 61 DA LEI 9.472/97) ISENTA DA TRIBUTAÇÃO DO ICMS, CONFORME PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA DO STJ, DE MINHA RELATORIA (RESP 456.650/PR).

3. TRATANDO-SE DE SERVIÇO NOVO, NÃO GOZA DO BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTO NO ANEXO IV, ITEM 36, DO RICMS/96, DO ESTADO DE MINAS GERAIS PARA OS SERVIÇOS DE TV A CABO.

4. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(GRIFOS ACRESCIDOS).

Nota-se que o produto denominado SUPERFLASH, fornecido pela Impugnante, equivale tecnicamente ao produto "VIRTUA" da empresa citada na decisão acima.

Resta evidente que o sistema "Virtua" (e por analogia, igualmente o SUPERFLASH da Super TV Cabo) não se confunde com o de provedor de serviço de valor adicionado (SVA), razão pela qual, conforme constou no Acórdão n.º 20.937/16/2ª, relativo a Auto de Infração – AI de caso análogo ao dos presentes autos, aquela empresa não pratica a redução da base de cálculo do ICMS e também o Superior Tribunal de Justiça considerou o serviço prestado pela referida empresa como tributado pelo ICMS, conforme decisão acima reproduzida.

Dessa forma, sabendo-se que as empresas de comunicação multimídia realizam serviços de "telecomunicações" sujeitos à incidência do ICMS, deve-se verificar a procedência ou não do procedimento da Impugnante em enquadrar o seu produto (SUPERFLASH) ao disposto no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02.

O dispositivo legal em comento contempla a possibilidade de redução da base de cálculo do ICMS de 80% (oitenta por cento), conforme redação vigente no período autuado, em relação à "prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso.

Tal disposição legal advém das regras previstas no Convênio ICMS n.º 78/01.

Esclareça-se que na época da publicação do referido Convênio verificava-se uma enorme quantidade de empresas que exploravam unicamente os serviços de acesso à internet pelo antigo sistema discado, uma vez que a tecnologia até então utilizada consistia basicamente nos tipos de conexões ASDL ou ISDN, provenientes das operadoras de telefonia fixa. E que vários contribuintes insurgiram-se judicialmente contra a cobrança do ICMS sobre as prestações de serviços deste segmento econômico (Provedor de acesso), com fundamento no art. 61, § 1º da LGT.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, na tentativa de solucionar a referida contenda, foi editado o mencionado Convênio ICMS 78/01, o qual determinou a redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet (cláusula primeira), realizadas por provedor de acesso, e também determinou a remissão e anistia dos débitos até então existentes (cláusula terceira).

Convênio ICMS n.º 78/2001

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação.

Vale dizer que o Superior Tribunal de Justiça, quando da análise do tema, concluiu que o provedor de acesso à internet não caracteriza serviço de telecomunicação, e sim serviço de valor adicionado (SVA), haja vista este não depender de autorização, permissão ou concessão da União Federal e, ainda, seu executor ser mero usuário de uma rede de telecomunicação preexistente que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário à internet, editando, ao final, a mencionada Súmula n.º 334, o que, repita-se, não é o caso do serviço prestado pela Impugnante.

As disposições contidas no Convênio ICMS n.º 78/01 constavam do RICMS/02 no período autuado da seguinte forma (item 32, Anexo IV, Parte 1):

RICMS/02

Anexo IV - Parte 1

ITEM	HIPÓTESE / CONDIÇÕES	REDUÇÃO DE	MULTIPLICADOR OPCIONAL PARA CÁLCULO DO IMPOSTO (POR ALÍQUOTA)			EFICÁCIA ATÉ
			18%	12%	7%	
32	Prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso.	80,00				31.12.2015

O que se verifica de todo acima exposto é que a Defendente presta, de fato, serviços de telecomunicações de TV a Cabo e internet banda larga a partir da tecnologia proporcionada pelo SCM, não se enquadrando na condição de simples provedor de acesso, como serviço de valor adicionado (SVA), para poder usufruir da redução na base de cálculo do ICMS, nos termos previstos no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02.

Diante do exposto, não é possível a aplicação da redução da base de cálculo do imposto prevista no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02 aos serviços de comunicação prestados pela Impugnante (conexão à internet banda larga), uma vez que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

este serviço é de telecomunicação na modalidade SCM, distinto, portanto, do simples provimento de acesso (SVA) e, como destacado pela própria Defendente, em se tratando de benefício fiscal a interpretação deve ser literal à luz da regra estabelecida no art. 111 do Código Tributário Nacional.

Cumprido destacar que a Impugnante obteve junto à Superintendência de Tributação - SUTRI da SEF/MG resposta de consulta que vai ao encontro com o entendimento ora externado. Examine-se:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 238/2015

PTA Nº : 45.000009909-06

CONSULENTE : Super Cabo TV Caratinga Ltda. - EPP

ORIGEM : Caratinga - MG

ICMS - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET - A redução de base de cálculo prevista no item 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, somente se aplica à prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizada por provedor de acesso.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito e tem como atividade principal informada no cadastro estadual operadoras de televisão por assinatura por cabo (CNAE 6141-8/00).

Afirma que possui autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para a transmissão de sinais de TV por assinatura e provedor de acesso à internet.

Diz que, para a consecução de suas atividades, mantém infraestrutura própria para recepção e transmissão de sinais de programação de TV, e para prover a seus clientes acesso à internet mantém infraestrutura de autenticação dos mesmos de acordo com a Resolução nº 614/2013 da ANATEL.

Acrescenta que utiliza infraestrutura de cabeamento em fibra óptica para o transporte dos sinais de TV e internet. Ambos sinais são adquiridos, sendo a programação de TV junto às produtoras de conteúdo televisivo, e o link, para o transporte de dados e conteúdo multimídia via internet banda larga, atualmente é adquirido junto à GVT.

Informa que optou por reduzir a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no item 25 e 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, ante a opção de utilizar o valor do ICMS destacado nas operações de aquisição

de serviços e insumos destinados à prestação de seus serviços.

Aduz que com isso, para o serviço de TV por assinatura, aplica o percentual de redução de 60% sobre o valor do serviço cobrado, resultando numa base de cálculo igual a 40% do valor do serviço. Para o serviço de provimento de acesso à internet aplica o percentual de redução de 80% sobre o valor do serviço, resultando numa base de cálculo igual a 20% do valor do serviço.

Com dúvida sobre a correta interpretação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

O procedimento adotado está correto?

RESPOSTA:

À luz do inciso II do art. 111 do CTN c/c inciso XV do art. 222 do RICMS/2002, as reduções de base de cálculo previstas no Anexo IV do Regulamento devem ser interpretadas de forma literal.

A redução de base de cálculo prevista no item 25 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, aplica-se à prestação de serviço de comunicação, na modalidade de televisão, explorado em base comercial (TV a Cabo, TV por Assinatura).

Conforme Extrato do Ato nº 7.430, de 10 de dezembro de 2012 (documento anexado à Consulta), a Consulente está autorizada a explorar o serviço de TV a cabo na área de prestação de serviço de Caratinga/MG.

Portanto, nesse tipo de prestação de serviço é aplicável a redução da base de cálculo prevista no aludido item 25.

Em relação à redução de base de cálculo prevista no item 32 do referido Anexo IV, é importante destacar que ela somente se aplica à prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizada por provedor de acesso.

A Consulente é detentora de Termo de Autorização, no qual a ANATEL lhe autoriza a prestar, em regime privado, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

A ANATEL, através da Resolução nº 614/2013, aprovou o novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, sendo que as alterações promovidas por esse instrumento normativo trouxeram discussões acerca da atividade de provimento de conexão de internet.

Destacamos, a seguir, trechos do artigo “A figura do provedor de conexão à internet e o regulamento do serviço de comunicação multimídia”, de autoria da Procuradora Federal Marina Geórgia de Oliveira e Nascimento, publicado no endereço eletrônico <http://www.conteudojuridico.com.br>, que aborda o tema, trazendo em seu conteúdo a motivação das alterações promovidas pela referida norma:

A edição do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução ANATEL n° 614, de 28 de maio de 2013, passou a permitir, às empresas prestadoras desse serviço a prestação de conexão direta à internet, sem a necessidade da intermediação de um provedor de Serviço de Conexão à Internet.

.....
Nesse cenário, devemos verificar a diferença entre a definição de Serviço de Comunicação Multimídia, prevista no art. 3° do antigo Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução ANATEL n° 272/2001, e aquela constante do art. 3° do vigente Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução ANATEL n° 614/2013:

Resolução ANATEL n° 272/2001

Art. 3° O Serviço de Comunicação Multimídia 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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Resolução ANATEL n° 614/2013

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

Observa-se, portanto, que a diferença entre os dois dispositivos repousa no acréscimo da expressão “permitindo inclusive o provimento de conexão à internet”. Para a interpretação desta expressão, é imprescindível fazer uma análise histórica das discussões que envolveram a construção da Resolução ANATEL n° 614/2013. Com efeito, Cristiano Chaves de Farias assevera que, quanto aos meios, a interpretação

pode ser histórica, “com a averiguação da origem do texto a ser interpretado, desde os projetos de lei e votações”. [1]

.....
5.58. Em seguida, o Parecer nº 864/2011/ALM/CGNS/CONJUR-MC/CGU/AGU, de 26/07/2011, concluiu pelo acolhimento da citada Nota, nos moldes seguintes:

.....
Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão a internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, verbis:

“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n)

.....
Como visto, se a área técnica do Ministério entende que o SCI, para a Internet em banda larga, constitui-se em funcionalidade do próprio serviço de telecomunicações, entende-se que a Agência Nacional de Telecomunicações tem competência para modificar a Norma MC nº 04, de 1995.

Destarte, é juridicamente possível a recomendação da área técnica deste Ministério para oficiar a Anatel que tome providências no sentido de alterar a referida norma.

.....
5.74. Diante de todas essas considerações, proponho a seguinte redação ao dispositivo:

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.

Verifica-se, pois, que a motivação da alteração regulamentar decorre exatamente do entendimento do Conselho Diretor tendente a eliminar a intermediação necessária de um provedor para acesso ao provimento de conexão à internet. Ou seja, com base numa análise histórica, conclui-se que o novel Regulamento acaba por possibilitar aos prestadores de SCM o provimento de conexão à internet, sem a intermediação de um provedor.

Observa-se, ainda, que o Regulamento do SCM cuidou de determinar regras relativas à oferta de provedor de serviço de conexão à internet (PSCI), na hipótese de a prestadora do SCM querer oferecer esse serviço. Nesse caso, ele garante a gratuidade desse serviço para o usuário, isso porque ele é desnecessário ante a infraestrutura exigida para uma prestadora SCM:

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 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.

Do exposto, conclui-se que a modalidade de serviço de comunicação SCM tem características próprias, não se confundindo com o provimento de acesso à internet prestado por um provedor de acesso.

Desse modo, na prestação de serviço de comunicação SCM, não se aplica a redução de base de cálculo prevista no item 32 retromencionado, pois a conexão à

internet nessa modalidade é inerente ao próprio serviço prestado.

Por fim, se da solução dada à presente Consulta resultar imposto a pagar, este poderá ser recolhido sem a incidência de penalidades, observando-se o prazo de 15 (quinze) dias contados da data em que a Consulente tiver ciência da resposta, desde que o prazo normal para seu pagamento tenha vencido posteriormente ao protocolo desta consulta, observado o disposto no art. 42 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto Estadual nº 44.747/2008.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 23 de outubro de 2015.

Não há notícias nos autos de que a Impugnante tenha recorrido, administrativa ou judicialmente, da resposta da consulta por ela formulada e acima transcrita.

No tocante a esta resposta, questiona a Impugnante que ela foi baseada única e exclusivamente na Resolução n.º 614, de 28 de maio de 2013, editada em momento posterior a parte do período autuado. Portanto, entende a Defendente, que em respeito ao princípio constitucional de irretroatividade da lei, não se aproveitam as conclusões dessa consulta – que as prestações de serviço eram de SCM - às prestações de serviços de internet banda larga realizadas em período anterior a 28 de maio de 2013.

Contudo, não cabe razão à Impugnante em face das disposições constantes Resolução Anatel n.º 272/01 vigente em parte do período autuado.

Na Consulta de Contribuinte n.º 238/15 não houve delimitação às prestações realizadas em um determinado período ou exercício. Por conseguinte, também a resposta da DOT/DOLT/SUTRI/SEF não delimitou as conclusões.

Não bastasse, como pode ser visto do texto acima transcrito, a resposta à Consulta de Contribuinte n.º 238/15 não foi baseada única e exclusivamente na Resolução n.º 614/13.

Para sustentar que os serviços de comunicação prestados pela Impugnante eram serviços de comunicação multimídia – SCM, a DOT/DOLT/SUTRI/SEF, mencionou as definições de SCM constantes no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e nas Resoluções Anatel n.ºs 272/01 e 614/13, que têm a seguinte redação:

Resolução ANATEL n.º 272/2001

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia 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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Resolução ANATEL n.º 614/2013

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.

Da análise dos textos acima transcritos conclui-se que não houve alteração na definição do Serviço de Comunicação Multimídia no “Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia” – “RSCM”, da Anatel, nas versões vigentes em 2001 (Resolução Anatel n.º 272/01) e em 2013 (Resolução Anatel n.º 614/13).

A diferença entre as duas redações repousa, apenas, no acréscimo da expressão “*permitindo inclusive o provimento de conexão à internet*”.

Tal acréscimo visou possibilitar às prestadoras do SCM o provimento de conexão à internet, sem a intermediação de um provedor, diante da constatação pela Anatel da desnecessidade dessa intermediação:

Se inexistir necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão à internet em banda larga é porque o PSCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, *in verbis*:

Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.”

Portanto, não foi com o advento da Resolução Anatel n.º 614/2013 que o tipo de serviço de comunicação prestado pela Impugnante, qual seja, a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, por meio de infraestrutura própria de acesso à internet banda larga, via cabos, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço, passou a ser definido pela Anatel como Serviço de Comunicação Multimídia. Assim já o era em 09 de agosto de 2001, conforme pode se verificar no art. 3º do RSCM aprovado pela Resolução Anatel n.º 272/01, acima transcrito.

Desta forma, a alteração trazida pela Resolução Anatel n.º 614/13 foi apenas de dispensar a necessidade de intermediação de um provedor de acesso para os prestadores de serviço de comunicação multimídia que desejassem ofertar o serviço de conexão à internet, não afetando a questão tratada nos presentes autos e nem o lançamento ou a resposta dada à consulta formulada pela ora Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, nos termos da legislação estadual, correta a tributação pelo ICMS dos serviços de internet banda larga com utilização de rede própria de SCM como suporte. Também a resposta à Consulta de Contribuinte n.º 238/15 é aplicável às prestações realizadas pela Impugnante no exercício de 2011 e seguintes, já que as definições e conceitos da Anatel sobre essa atividade não se alteraram, não obstante a mudança da norma (revogação do RSCM aprovado pela Resolução Anatel n.º 272/01 pela versão aprovada pela Resolução Anatel n.º 614/13).

Também não pode ser acatada a arguição da Impugnante de impossibilidade de prestar o serviço de comunicação multimídia se somente em 20 de junho de 2011 (conforme autorização) obteve a licença da Anatel para a prestação desse tipo de serviço.

Entretanto, conforme se pode observar no extrato da “Análise no 304/2013-GCMB, de 17/05/2013” do Conselheiro da Anatel “Marcelo Bechara de Souza Hobaika” sobre a Proposta de alteração do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução Anatel n.º 272/01, mesmo em 2013, ainda era reconhecida pela Anatel a existência de empresas que utilizavam suas redes próprias de TV por assinatura para prestação de serviço de conexão à internet sem a devida outorga da Anatel, apenas com respaldo na Resolução Anatel n.º 190, de 29 de novembro de 1999.

Verifica que restou constatado pelos órgãos reguladores a prestação do serviço de SCM por empresas sem a autorização da Anatel para tal mister, como é o caso da Impugnante, que passou a contar com a outorga da referida agência para prestação do serviço de SCM somente em 20 de junho de 2011.

Ademais, confirmada a prestação do SCM pela Impugnante, e nos termos das disposições contidas nos arts. 118, inciso I e 126, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional, tem-se que a falta de autorização exarada pela Anatel para prestação de serviço de comunicação na modalidade SCM não altera a correção do lançamento em relação aos fatos geradores autuados.

Por fim, corroboram o entendimento ora esposado, o Acórdão n.º 20.937/16/2ª, relativo a PTA de empresa que exerce mesmo tipo de atividade da Impugnante, cuja ementa transcreve-se:

ACÓRDÃO: 20.937/16/2ª RITO: ORDINÁRIO
PTA/AI: 01.000230524-04
IMPUGNAÇÃO: 40.010137098-10
IMPUGNANTE: TELEVISÃO CIDADE S/A
IE: 367098794.00-83
PROC. S. PASSIVO: JÚLIA MAURIZI MENDONÇA
PASSOS/OUTRO(S)
ORIGEM: DF/BH-1 - BELO HORIZONTE
EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - TV A CABO/INTERNET - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. CONSTATOU-SE RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE INTERNET BANDA LARGA. PROCEDIMENTO FISCAL RESPALDADO NO ART. 2º, INCISO III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 E NO ART. 5º, § 1º, ITEM 8 DA LEI Nº 6.763/75. EXIGÊNCIA DE ICMS APURADO APÓS A RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA, MULTA DE REVALIDAÇÃO E DA MULTA ISOLADA, NO PERCENTUAL DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE A DIFERENÇA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO APURADA, CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO VII, ALÍNEA "C" CONFORME REDAÇÃO VIGENTE A PARTIR DE 01/01/12, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 106, INCISO II DO CTN. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE LIVRO/ DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE ENTREGA AO FISCO DE DOCUMENTO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONSTATOU-SE QUE A AUTUADA DEIXOU DE APRESENTAR AO FISCO, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, APÓS INTIMAÇÃO FISCAL, DOCUMENTO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 54, INCISO VII, ALÍNEA "A" DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Também não é possível acolher os questionamentos da Impugnante acerca das multas cominadas.

Registra-se, de início, que foi exigida, além da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 (exigida pela falta de pagamento do imposto devido), a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei n.º 6.763/75, c/c a alínea "c" do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional (em relação aos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2011).

A conduta tida como passível de sanção pela norma adequada-se perfeitamente ao caso dos autos é a imputação fiscal, a saber:

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:

.....
VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

"VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;”

Efeitos de 1º/01/1976 a 31/10/2003 - Redação original:

“VII - por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;”

.....
c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;
.....

Veja-se que a redação vigente a época dos fatos geradores autuados ocorridos até 31 de dezembro de 2011 era a seguinte: *por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.*

O referido dispositivo legal teve sua redação alterada pela Lei n.º 19.978/11, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2012, e a partir dessa data, a penalidade aplicável pela consignação em documento fiscal de base de cálculo em valor inferior ao previsto na legislação passou a ser de 20% (vinte por cento) da diferença apurada, sendo, portanto, menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da infração analisada.

Dessa forma, como restou demonstrado que a Impugnante não cumpriu a obrigação acessória a que estava obrigada, ou seja, consignou nas notas fiscais que emitiu base de cálculo do ICMS menor que a prevista na legislação, em razão da utilização indevida da redução de base de cálculo do imposto, correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei n.º 6.763/75, c/c o disposto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional para o período anterior a 31 de dezembro de 2011.

Destaca-se que o TJMG, analisando a aplicação da penalidade isolada em análise, entendeu pela retroação benigna da alínea “c” do art. 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75, nos termos da alínea “c” do inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional. Confira-se:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE - BEBIDAS - RECOLHIMENTO A MENOR - BASE DE CÁLCULO - ART. 19, I, 'B', 3, DO RICMS - PRECEDENTE DO STF

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATIVAMENTE À DEFINITIVIDADE -
INAPLICABILIDADE EXCEPCIONAL - MULTA -
MINORAÇÃO - APLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART.
106, II, C, DO CTN - PRECEDENTES.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.039746-2/001 - COMARCA
DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): AMBEV -
COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS -
APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

(...)

DES. BARROS LEVENHAGEN

RELATOR.

VOTO

TRATA-SE DE RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA
AMBEV - COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS CONTRA
SENTENÇA PROFERIDA PELO MM. JUIZ DE DIREITO FERNANDO
DE VASCONCELOS LINS, ÀS FLS. 116/123, QUE, NOS AUTOS DA
AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO PROPOSTA EM FACE DO ESTADO
DE MINAS GERAIS, JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL.

PUGNA PELA REFORMA DA SENTENÇA ALEGANDO, EM APERTADA
SÍNTESE, (...). NA EVENTUALIDADE, PUGNA PELA APLICAÇÃO, DE
FORMA RETROATIVA, DAS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS TRAZIDAS
PELA LEI Nº 19.978/2011 (...), PARA QUE A MULTA ISOLADA
INCIDA À ALÍQUOTA DE 20% (VINTE POR CENTO), (...) (FLS.
129/152).

(...)

ASSISTE RAZÃO, NO ENTANTO, À APELANTE, NO QUE CONCERNE
À MULTA ISOLADA, QUE TEVE O SEU VALOR REDUZIDO PELA LEI
Nº 19.978/2011, QUE IMPRIMIU NOVA REDAÇÃO AO ART. 55, VII,
"C", DA LEI ESTADUAL 6.763/75, ATRAINDO A APLICABILIDADE
DO DISPOSTO NO ART. 106, DO CTN, 'IN VERBIS':

"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 DE SUA PRÁTICA.

COM ESTAS CONSIDERAÇÕES, DOU PROVIMENTO PARCIAL
AO RECURSO APENAS PARA REDUZIR A MULTA APLICADA
PARA 20% (VINTE POR CENTO) NOS TERMOS DA
FUNDAMENTAÇÃO SUPRA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defendente, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I da Lei n.º 6.763/75 e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

Art. 110. 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 resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

As multas aplicadas são aquelas disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontram-se regularmente capituladas no Auto de Infração e no Relatório Fiscal.

Por fim, cumpre destacar que a Impugnante postula, também em relação a este item, a aplicação do chamado “permissivo legal” constante do § 3º do art. 53 da Lei n.º 6.763/75.

Efetivamente, o legislador estadual concedeu tal prerrogativa ao órgão julgador. Contudo, o fez dentro de determinados parâmetros e desde que respeitados certos requisitos. Dentre tais requisitos e limitações encontra-se exatamente no caso dos autos.

No caso deste item, diferentemente do item anteriormente analisado, com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei n.º 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto, *in verbis*:

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

.....
§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

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

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

.....

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em deferir juntada de substabelecimento, concedendo ao Representante da Autuada o prazo de 5 (cinco) dias para regularizar a representação. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 177/182. Em seguida, ainda à unanimidade, em acionar o permissivo legal para reduzir a Multa Isolada, capitulada no inciso XXXIV do art. 54 da Lei nº 6.763/75, a 50% (cinquenta por cento) do seu valor, nos termos do art. 53, § 3º c/c § 13 da mesma lei. O Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira apresentará voto em separado. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Guilherme Vinícius Magalhães e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira e Antônio Ataíde de Castro.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2017.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.424/17/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000406652-73
Impugnação: 40.010139871-94
Impugnante: Super Cabo TV Caratinga Ltda - EPP
IE: 134760910.00-90
Proc. S. Passivo: Guilherme Vinícius Magalhães/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira, nos termos do art. 54 do Regimento Interno do CC/MG.

O voto proferido restringe-se à análise de mérito relativa ao item 2 da atuação, ou seja, redução indevida da base de cálculo do ICMS incidente nas suas prestações de serviços de comunicação multimídia - SCM (conexão de alta velocidade à internet e serviços de dados) realizadas no período de 01/01/10 a 31/12/10.

Os fundamentos de mérito expostos no parecer da Assessoria do CC/MG na apreciação do PTA 01.000427088-91, cuja exigência, também da presente Autuada, é idêntica, mas referente ao período de janeiro de 2011 a setembro de 2015, são os mesmos utilizados no presente voto e, por essa razão, pede-se *venia* para transcrevê-los, salvo pequenas alterações.

A acusação fiscal é de recolhimento a menor do imposto no período de realizadas no período de 01/01/10 a 31/12/10, decorrente do enquadramento indevido, pela Autuada, como serviço de valor adicionado (provedor de acesso à internet) dos serviços efetivamente executados de internet banda larga (serviço de comunicação multimídia - SCM), e, assim, na apuração do imposto recolhido pela empresa autuada foi utilizada, indevidamente, a redução da base de cálculo do imposto prevista no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02, de aplicação exclusiva aos provedores de acesso (SVA).

Destaca-se que a Autuada obteve junto à Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, em 20/06/11, autorização para prestar serviço de multimídia - SCM.

Inicialmente, para uma melhor análise sobre a controvérsia posta nos presentes autos, traz-se à colação o seguinte histórico do surgimento da internet no Brasil e a evolução da disponibilização do referido serviço ao usuário, extraído do Acórdão nº 20.937/16/2ª, relativo a Auto de Infração de caso análogo ao dos presentes autos. Confira-se:

A internet surge no Brasil na primeira metade dos anos 90. Neste primeiro momento, os usuários têm acesso ao ambiente da internet por meio de Provedores de Acesso aos serviços da internet, tecnicamente

conhecido como PSCI. O acesso dos usuários aos respectivos provedores se dava utilizando serviços de telecomunicações, especialmente o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

Nesta época, para acessar a internet, o usuário, através de seu sistema (computador ou *cable modem*), gerava uma chamada telefônica direcionada ao provedor de acesso. Estando estabelecida a ligação, o provedor autenticava o usuário e atribuía um número (endereço) IP ao mesmo, viabilizando o acesso a rede mundial de computadores.

Este sistema redundou, até então, na tão conhecida internet discada, no qual detecta-se a coexistência de dois serviços, o de telecomunicação prestado pela empresa de telefonia fixa (Operadora) e outro pelo Provedor de acesso, como serviço de valor adicionado (SVA).

Após a segunda metade dos anos 90, começa a surgir no Brasil os primeiros serviços de conexão em banda larga. Inicialmente, este acesso era viabilizado por conexões ISDN (*Integrated Services for Digital Network*) ou ADSL (*Asymmetric digital subscriber line*), oferecidas pelas empresas de telefonia fixa.

Nesta ocasião, por questão regulatória as operadoras de telefonia fixa não podiam oferecer a conexão à internet, sendo necessário que o usuário, para se conectar à rede mundial, além do prestador de serviço de telecomunicação, continuava necessitando contratar também um provedor de acesso aos serviços da internet (PSCI).

Com o passar dos anos, à medida que a rede mundial cresce e o número de usuários aumenta vertiginosamente, foram surgindo novas tecnologias de serviços de telecomunicações com a capacidade de viabilizar direta e instantaneamente a conexão do terminal do usuário à internet, sem contar com a presença e participação obrigatória de qualquer outro intermediário (Provedor de acesso).

Dentre essas novas tecnologias, temos o cabo das operadoras de TV por assinatura e a radiofrequência, bem como outras. Estes serviços são providos mediante licença para exploração do SCM concedida pela ANATEL e, neste caso, não há obrigação regulatória de contratação de um provedor de acesso.

Em termos práticos, as empresas de TV por assinatura via cabo que oferecem também o serviço de internet banda larga, utilizam das próprias redes físicas de telecomunicações, conhecidas no mercado como

última milha, para conectar o usuário tanto aos sinais da TV a Cabo como à rede mundial de computadores.

A Impugnante também assim o faz, conforme documento de fls. 316, de sua própria afirmativa:

“A Impugnante, que realiza a instalação, operação, manutenção e desenvolvimento dos sistemas vinculados a cada um dos segmentos que atua e, sendo empresa operadora de TV a cabo, vale-se de rede de transmissão própria, pela qual conduz o sinal diretamente a decodificadores dados em comodato/locação aos seus assinantes.

Nesse aspecto, a Impugnante comercializa aos seus assinantes o serviço de acesso à internet mediante a disponibilização de todos os equipamentos necessários, por meio de sua estrutura física, cuja prestação caracteriza-se como sendo de viabilização do acesso direto do usuário à rede mundial de internet banda larga.”

Concretamente, no que se refere aos serviços de banda larga, estas empresas, desde o advento da nova tecnologia do SCM (2001), passaram a promover a autenticação do usuário na rede e atribuir-lhe um número (endereço) IP, viabilizando direta e sistematicamente a conexão do usuário à rede mundial, sem qualquer participação de terceiros na relação contratual.

Com isto, no exato momento em que o usuário tem o serviço disponibilizado e a sua ligação é estabelecida com a prestadora de serviço por ele contratada (SCM), este já poderá usufruir instantaneamente de inúmeros serviços da rede mundial de computadores (INTERNET), independentemente da contratação de um provedor de acesso. (Grifos foram acrescidos). (Grifou-se).

Conforme excertos acima, é possível afirmar que a tecnologia utilizada pelas empresas de TV a Cabo, no tocante aos serviços de internet banda larga, suprimiu a obrigatoriedade de contratação em separado, pelo usuário, de um outro agente para garantir a conexão (provedor de acesso), estando esta atividade inserida no campo da própria prestação do serviço de comunicação multimídia, serviço esse típico de telecomunicação.

Esta é exatamente a situação da Impugnante, conforme contrato firmado com seus clientes, disponível na íntegra no endereço eletrônico www.supercabotv.com.br, e às fls. 87/93 dos autos:

“CONDIÇÕES GERAIS QUE REGULAMENTAM AS CLÁUSULAS E ESCLARECEM AS OBRIGAÇÕES E DIREITOS PACTUADOS NO CONTRATO DE

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET, CELEBRADO PELO CONTRATANTE E A CONTRATADA SUPER CABO TV

CARATINGA LTDA.

1. OBJETO. O presente instrumento tem por objeto estabelecer e dar ciência ao CONTRATANTE das Cláusulas e condições Gerais que regulamentam o contrato e a prestação do SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO À REDE MUNDIAL INTERNET, doravante denominado SUPERFLASH, prestado pela contratada SUPER CABO TV CARATINGA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, estabelecido nesta cidade na Rua João da Silva Araújo, n° 328, centro, com inscrição no CNPJ(MF) n.º 64388762/0001-90, autorizado pelo departamento nacional de serviços privados, pela portaria n.º 107 de 15 de abril de 1991, e regida pelas normas contidas na Lei 8.977/95, neste ato representada de conformidade com seu respectivo Estatuto Social (doravante denominada simplesmente Super Cabo TV Caratinga Ltda.) que consiste em possibilitar o acesso à internet banda larga.

2. GLOSSÁRIO DAS CONDIÇÕES GERAIS: (...)

2.1.2. CONTRATADA: SUPER CABO TV CARATINGA LTDA, acima qualificada, responsável pela AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET, e ajustado na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL;

(...)

2.1.4.1. Na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL, consta explicitado, além dos dados do USUÁRIO/ASSINANTE, a TAXA DE ADESÃO, as condições de pagamento, o valor e a data do vencimento das MENSALIDADES; a MODALIDADE escolhida pelo USUÁRIO/ASSINANTE, incluindo a velocidade de transmissão contratada e a opção pelo recebimento de outros serviços oferecidos pela CONTRATADA, com os respectivos valores e formas de pagamento;

(...)

2.1.7.2 AUTENTICAÇÃO 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 USUÁRIO/ASSINANTES;

2.1.7.4 REDE INTERNA DO USUÁRIO/ASSINANTE:

Rede de telecomunicações pertencente ao USUÁRIO/ASSINANTE, que se situa nas dependências do imóvel indicado pela mesma, para interligação de sua rede de computadores e equipamentos de rede, a qual se conecta a rede da CONTRATADA no PTR;

2.1.7.5 PTR (Ponto de Terminação de Rede): Ponto de conexão física da Rede de Comunicação de Dados da CONTRATADA à REDE INTERNA do USUÁRIO/ASSINANTE, que permite o acesso aos serviços prestados pela CONTRATADA, que são contratados pelo presente instrumento e exemplificados no formulário anexo;

2.1.8 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;

(...)

2.2.1 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/ASSINANTE. Este valor estará disponibilizado na tabela de preços em nosso site (www.supercabotv.com.br), ou em nosso SAC;

(...)

2.2.3 BACKBONE é a infra-estrutura formada pelas linhas de comunicação e software, hardware de transmissão e de recepção para acesso à Internet mundial.

(...)

3. CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO DE AUTENTICAÇÃO PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET: acesso ilimitado; velocidade de comunicação com garantia mínima de 20% (vinte por cento) para a velocidade de recebimento (download) e para a velocidade de envio (upload) será garantido o mínimo de 20%(vinte por cento), tendo como referência a velocidade contratada; uso limitado a somente um computador; Resta esclarecer que a velocidade de transmissão para recebimento (download) e envio (upload) não guarda correspondência com velocidade de navegação contratada na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL.

3.1. Nos casos em que o USUÁRIO/ASSINANTE precisar de uma velocidade de envio (upload) maior do que a mínima garantida, que é de 20%(vinte por cento) da velocidade contratada, deverá pagar valores adicionais a serem negociados na época da assinatura do contrato.

(...)

4. RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA. Tendo em vista que os serviços contratados consistem em possibilitar o acesso à Internet através da velocidade de navegação contratada, sem aplicações e conteúdos específicos, o USUÁRIO/ASSINANTE isenta a CONTRATADA de qualquer responsabilidade pelo conteúdo oferecido pelos Provedores de Serviços de Internet ou por outros Serviços de Valor Adicionado acessados, livremente, pelo USUÁRIO/ASSINANTE. A CONTRATADA fornece a velocidade mínima garantida até o seu provedor, não sendo de sua responsabilidade valores fornecidos por outros sites ou provedores.

4.1. A CONTRATADA se compromete a prestar os serviços citados na FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia, ressalvadas as interrupções por motivo de manutenção no sistema, manutenção no BACKBONE contratado, roteamento, incompatibilidades dos sistemas do USUÁRIO/ASSINANTE com os sistemas da CONTRATADA, ações de terceiros que impeçam a prestação do serviço, motivos de força maior e caso fortuito independente da vontade da CONTRATADA.

(...)

4.7. Uma vez esgotada a franquia mensal contratada referente ao PLANO DE SERVIÇO aderido, o USUÁRIO/ASSINANTE ficará sujeito a uma cobrança adicional proporcional ao consumo adicional incorrido, de acordo com as regras e valores estabelecidos no PLANO DE SERVIÇO ou na oferta aderida.

(...)

5.8. ALUGUEL DE EQUIPAMENTOS. O USUÁRIO/ASSINANTE pagará ainda, desde que não participe de alguma promoção ou fidelização no ato da contratação e, 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/ASSINANTE já possuir esses equipamentos os mesmos deverão ser verificados e aprovados pela CONTRATADA.

8.1. OBRAS CIVIS. Caso a conexão de seu terminal aos serviços contratados exijam a realização de obras

civis, caberá ao USUÁRIO/ASSINANTE adotar todas as providências necessárias para a realização de tais obras e arcar com todos os custos decorrentes.

(...)

9.1. É expressamente vedado ao USUÁRIO/ASSINANTE: (a) proceder a qualquer alteração nas redes interna ou externa de distribuição dos sinais ou nos pontos de sua conexão ao(s) aparelho(s) retransmissor(es); (b) permitir que qualquer pessoa não autorizada pela CONTRATADA realize manutenção nos equipamentos alugados ou cedidos em regime de comodato, bem como, na rede de distribuição da mesma.

9.2. ACESSO DA CONTRATADA ÀS INSTALAÇÕES. A CONTRATADA terá acesso, mediante anuência do USUÁRIO/ASSINANTE e na sua presença, ou de pessoa que o represente, às dependências onde esteja instalado os serviços, para verificação do cumprimento das condições contratuais e da qualidade de prestação dos serviços. (...)

14. ASSISTÊNCIA TÉCNICA. A CONTRATADA não fornece assistência técnica para máquinas ou equipamentos de terceiros ou de USUÁRIOS/ASSINANTES, somente será dada a assistência técnica a equipamentos pertencentes à CONTRATADA por ela, ou quem esta indicar.

(...)

18. DEVOLUÇÃO DOS EQUIPAMENTOS. Em quaisquer das hipóteses de rescisão contratual, deverá o USUÁRIO/ASSINANTE devolver à CONTRATADA, em local por ela determinado e em bom estado de conservação, os bens que lhe forem cedidos em regime de comodato, no prazo máximo de dez (10) dias, contados da data da rescisão, respondendo, até que o faça, pelo normal pagamento das mensalidades, devendo indenizar a CONTRATADA por qualquer custo incorrido com reparação ou substituição dos referidos bens.

(...)

22.1. A Super Cabo TV Caratinga Ltda. poderá migrar o SERVIÇO ACESSO BL, em caso de obsolescência, para outra tecnologia, garantindo e resguardando o crescimento das telecomunicações e a qualidade do serviço ora disponibilizado. (...) (Destacou-se).

Conforme ressalta a Fiscalização, a Autuada deixou consignado em sua impugnação que é “PROPRIETÁRIA de uma infraestrutura composta de cabeamento óptico, lançado na área urbana de Caratinga/MG, e equipamentos computacionais para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conexão de alta performance de um grande número de computadores, QUE CONECTADA A OUTRAS REDES (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) por meio de contratos remunerados para recepção e transmissão de pacotes multimídia, possibilitando disponibilizar a seus clientes o acesso à rede mundial de computadores – internet”.

Assim, destaca a Fiscalização que a Super Cabo TV Caratinga Ltda optou por não restringir a atuar somente como provedor de acesso à internet, mas, também, como prestadora de serviços de telecomunicações, ao fornecer a seus clientes, por meio de infraestrutura própria, a capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia que dá suporte à conexão internet por ela, também, oferecida.

Portanto, a Impugnante presta a seus clientes o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), serviço típico de telecomunicação, e, agregado a ele, o serviço de provimento de conexão à *internet* banda larga, o que é confirmado pela própria Defesa às fls. 205 dos autos:

“PROPRIETÁRIA de uma infraestrutura composta de cabeamento óptico, lançado na área urbana de Caratinga, e equipamentos computacionais para conexão de alta performance de um grande número de computadores, QUE CONECTADA A OUTRAS REDES (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) por meio de contratos remunerados para recepção e transmissão de pacotes multimídia, possibilitando disponibilizar a seus clientes o acesso à rede mundial de computadores – internet”.

Conforme se verifica das cláusulas contratuais acima, o SUPERFLASH, serviço prestado pela Autuada, é um serviço que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios. É esta definição coincide exatamente com a definição do SCM segundo o regulamento do SCM expedido pela ANATEL:

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. (Grifou-se).

Vale dizer, por oportuno, que na cláusula 4 do referido contrato consta que o USUÁRIO/ASSINANTE isenta a CONTRATADA, no caso a Autuada, de qualquer responsabilidade pelo conteúdo oferecido pelos Provedores de Serviços de Internet ou por outros Serviços de Valor Adicionado acessados, livremente, pelo USUÁRIO/ASSINANTE.

Consta, ainda, na página da internet da ANATEL (<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet2>) o seguinte:

O provimento de Serviço de Conexão à Internet - SCI, que é um serviço de valor adicionado conforme definido no artigo 61 da Lei Geral das Telecomunicações - LGT, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, independente dos meios e tecnologias utilizados, tais como acesso discado, ADSL, radiofrequência, cabo, entre outras, deverá estar associado a um serviço de telecomunicações devidamente regulamentado pela Anatel. Os serviços de telecomunicações que dão suporte ao provimento do SCI, por sua vez, só deverão ser explorados por empresas que possuam concessão, permissão ou autorização expedida pela Anatel.

(...)

Empresas que oferecem serviço de banda larga somente podem fazê-lo mediante autorização expedida pela Anatel para explorar o serviço de telecomunicações que irá suportar a conexão, tal como o Serviço de Comunicação Multimídia.” (Grifou-se).

Resta claro, portanto, a distinção entre o prestador de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), como provedor de serviço de conexão à internet banda larga, sempre submetido à autorização de funcionamento como serviço de telecomunicação que é (caso da Impugnante), daquele prestador de serviço de provedor de acesso à internet, típico serviço de valor adicionado (SVA), o qual não depende de qualquer outorga do Órgão regulador para entrar em funcionamento.

Esclareça-se que a base normativa da prestação do SCM é a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT) e, mais recentemente, a Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013 da ANATEL (novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM).

De outro modo, a prestação do serviço de provedor de acesso, enquanto serviço de valor adicionado (SVA), encontra-se regida pela Norma nº 004/95, aprovada pela Portaria nº 148, de 31 de maio de 1995, expedida pelo Ministério das Comunicações, a qual objetiva regular o uso de meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e utilização de serviços de conexão à internet.

Observa-se, na primeira situação, caso do SCM, que a normatização tem por pressuposto regular o próprio serviço. Em se tratando, porém, de SVA (2ª situação acima), a norma cuida de regular, tão somente, a forma como as redes de telecomunicações públicas deverá ser utilizada pelos respectivos prestadores de serviços, ditos Provedores de Acesso.

Sobre o tema em análise, importante destacar alguns excertos colhidos das considerações da Análise 306/2013-CGMB, constante de trabalho monográfico da Procuradora Federal Marina Georgia 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-do-provedor-de-conexao-a-internet-e-o-regulamento-do-servico-de-comunicacao- multimidia,48270.html#_ftn1

(ii) Serviços de Telecomunicações como suporte ao Serviço de Conexão à Internet (PSCI)

5.47. Conforme aduzido acima, a expansão do acesso à internet se ramificou em busca do suporte dos mais variados serviços de telecomunicações. Nesse ponto, atenta-se para o fato de que, no acesso via STFC, todos os itens que caracterizam o SCI estão além do serviço de telecomunicações que lhe concede infraestrutura. O acesso à internet somente ocorre por meio dos recursos detidos pelo próprio PSCI. De outro lado, as redes de TV por Assinatura/SeAC viabilizam o acesso à internet por meio da mesma infraestrutura ao separar faixas de frequências para a prestação do serviço de TV e outras para a conexão à internet. Já o SMP viabiliza o acesso à internet por meio da contratação, pelo usuário, de um serviço de transmissão de dados da Prestadora e da aquisição de um terminal smartphone ou modem 3G ou 4G. Nesses últimos dois casos, a própria Prestadora responsabiliza-se pela autenticação do usuário e a atribuição de um endereço IP, possibilitando, assim, a conexão à rede mundial.

5.48. Do mesmo modo, ante o cenário de convergência digital e a criação do SCM, em 2001, algumas atividades passaram a poder ser realizadas pela própria rede da Prestadora de Serviço de Comunicação Multimídia, o que inclui a autenticação do usuário na rede e a implementação dos protocolos, sendo que outras permaneceram a cargo do PSCI, tais como o provimento de aplicativos, conteúdos e correio eletrônico. Verifica-se, portanto, que, apesar de a rede de SCM possuir capacidade técnica para realizar os serviços de administração de conexões à internet, por força regulamentar (Norma nº 4/95), tal responsabilidade é atribuída ao PSCI.

(...)

5.50. Percebe-se que, assim como ocorre com o acesso com suporte nas redes de SMP e de serviços de TV por assinatura/SeAC, o SCM apresenta aptidão para implementar todos os recursos e procedimentos para conexão entre o usuário e a rede mundial. Todavia, ao contrário dos primeiros, exige-se normativamente, deste último, que as atividades da camada lógica estejam sob a responsabilidade de um PSCI, a exemplo do que ocorre com o STFC.

5.51. Esse contexto gera desbalanceamento competitivo entre as Prestadoras dotadas de capacidades semelhantes para o acesso à internet, além de produzir uma ineficiência de mercado a partir da imposição da presença do PSCI e da exigência de que o usuário contrate mais de um serviço para ter acesso à internet quando a própria prestadora de SCM pode fazê-lo.

(...)

5.53. Tal contexto explica-se ante a convergência proporcionada pelo SCM visto que, quanto ao provimento de acesso à internet, criou-se uma intersecção técnica entre algumas das atuações da Prestadora desse serviço de telecomunicações e do PSCI, já que ambos são aptos a realizar atividades inerentes à administração da conexão à internet. Todavia, outros serviços tal como de correio eletrônico e acesso a conteúdo exclusivo permanecem entre as atividades específicas do PSCI.

(...)

Ocorre, no entanto, que a Secretaria de Telecomunicações, pela Nota Técnica acostada às fls. 18/25, ao analisar a situação atual do Serviço de Conexão à Internet (SCI) observou que “para o acesso a rede mundial de computadores não é tecnicamente necessária a intermediação do PSCI. Assim sendo, no Serviço Móvel Pessoal (SMP) e em parte dos autorizatários do SCM, há oferta direta de capacidade ‘dedicada’ de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia para acesso a internet em banda larga”.

Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão a internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, *verbis*:

“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n)

Se o SCI é funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações então, diante do avanço tecnológico, passou a fazer parte dos serviços de

telecomunicações que dão suporte à rede mundial de computadores. Dessa maneira, entende-se que o SCI, em relação à internet em banda larga (compreendidas aqui os acessos não discados) deixou de ser Serviço de Valor Adicionado (SVA) para agregar a definição de uma modalidade de serviço de telecomunicações, a exemplo do SCM. (...)" (Grifou-se).

Resta, pois, nítida a diferença entre o provedor de CONEXÃO à internet, típico prestador de serviço de telecomunicações de internet banda larga, pessoa jurídica devidamente autorizada pela Anatel a executar tal atividade por meio do SCM, e o simples provedor de ACESSO à internet, como serviço de valor adicionado, sendo que este não necessita de autorização, permissão ou concessão pelo órgão federal e também não executa, na sua concepção originária, serviço de telecomunicação, mas apenas utiliza-se de uma rede preexistente.

Enquanto no SCM a conexão à internet é viabilizada pelas empresas de TV por Assinatura por meio da mesma infraestrutura de rede separada por faixas de frequências (TV e internet), o SVA é uma 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 (inciso XVIII, art. 4º, Anexo I da Resolução nº 614/2013, da ANATEL).

Desse modo, o SVA estará sempre dependente de um serviço preexistente de telecomunicação que lhe dará suportes físico e lógico.

Vale dizer que as tecnologias utilizadas atualmente para a conexão em banda larga passam por diferentes meios, desde ondas de rádio, satélite, cabos de TV ou mesmo a própria linha telefônica. Diversamente do SVA, porém, a plataforma do SCM provê ao usuário final uma linha ou circuito dedicado de comunicação como suporte da conexão em banda larga.

Nesse cenário de convergência digital, a implementação do SCM como canal dedicado, fez com que as redes multimídia agregassem aos serviços de telecomunicações as atividades de autenticação e os demais protocolos da internet, deixando a cargo do provedor de acesso, enquanto SVA (exceto nos casos da internet discada), os serviços de provimento de correio eletrônico, aplicativos e conteúdos.

Embora o serviço de conexão à internet possa se dar em diferentes plataformas tecnológicas, as empresas de TV por assinatura, como no caso da Autuada, que também prestam o SCM, oferecem aos seus assinantes de maneira integrada o serviço de conexão à internet, de modo que os usuários não têm a necessidade de contratar um outro prestador de serviço, dito provedor de acesso ou de conteúdo (SVA), conforme reconhece a Autuada em sua impugnação. Se constata das cláusulas contratuais acima reproduzidas.

Assim, como já salientado, desde a época de implementação das novas plataformas de telecomunicações, as empresas de TV por assinatura, mediante autorização para exploração do SCM concedida pela Anatel, passaram a viabilizar a conexão do usuário por meio da mesma infraestrutura da rede de telecomunicações por

meio de faixas de frequências para a prestação do serviço de TV e internet. Assim, é possível *logar* o terminal do usuário diretamente na rede mundial, permitindo a ele acessar a internet.

Constata-se, *in casu*, que o serviço de conexão da internet banda larga promovido pela Autuada desde o advento da nova tecnologia do SCM (ano de 2001), NÃO equivale em hipótese alguma ao simples serviço de provedor de acesso (SVA), atividade complementar e dependente do serviço de telecomunicação.

Outro aspecto que permite diferenciar a atividade da Impugnante (telecomunicação) como sendo distinta do simples provimento de acesso (como SVA) é o fornecimento por esta a seus clientes dos equipamentos (por exemplo: *cable modem*) que são conectados à sua rede de cabos. O contrato de prestação de serviço, cujos excertos foram acima reproduzidos, deixa claro que tais equipamentos são imprescindíveis à execução dos serviços, sendo fornecidos pela Autuada aos usuários por meio dos contratos de comodato ou locação.

Lado outro, o que se verifica é que não é papel do provedor de acesso, enquanto prestador de serviço de valor adicionado (SVA), fornecer ao usuário/cliente nenhum equipamento, pois a ele incumbe liberar apenas e, tão somente, de forma virtual o “LOGIN” e a “SENHA” para acesso ao *link* da internet, como exclusividade do seu serviço prestado.

No tocante à fala da Impugnante de que há uma interconexão da rede de telecomunicação dela com as redes de telecomunicação de outras empresas de telecomunicação, deixou consignado a Fiscalização:

Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. (art. 146, parágrafo único da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997).

E o inciso I, do artigo 146 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece a obrigatoriedade de interconexão entre as redes de telecomunicações, na forma da regulamentação.

A impossibilidade ou não obrigatoriedade de interconexão entre as redes de telecomunicação das diversas operadoras resultaria em sistemas de comunicação fechados, limitados a área de abrangência e aos emissores e receptores conectados à rede de telecomunicações própria da empresa.

Isso explica o fato de a Impugnante informar que a sua rede própria de telecomunicações está conectada a de outras redes “ (GVT, WKVE, CEMIG TELECOM, TELBRAX e tantas outras no mercado do qual está inserida) ”, devidamente contratadas e remuneradas.

E, também, conforme registrado pela Impugnante, sem a aquisição de uma conexão a redes de outros agentes da cadeia que compõem todo o sistema mundial, os assinantes (clientes), e a necessária e devida autenticação (autorização) por parte da impugnante a seus assinantes (clientes), estes não terão acesso a qualquer página digital de conteúdo na rede mundial.”

Portanto, a interconexão da rede de telecomunicações da Impugnante a de outras operadoras, prática obrigatória e comum a todas as redes públicas, não altera a sua condição de prestadora de serviços de comunicação multimídia.

Vale destacar que a Súmula 334 do STJ, citada na peça impugnatória, segundo as decisões que a fundamentam, exclui da tributação do ICMS as prestações de serviços dos provedores de acesso à internet, enquanto Serviço de Valor Adicionado (SVA), notadamente nas hipóteses em que estes prestadores utilizam de uma rede de telecomunicação de terceiros preexistente e não necessitam de autorização, permissão ou concessão da Anatel, o que não se verifica no caso em tela. Nesse sentido, confira-se excertos de uma das decisões que norteou a citada Súmula nº 334:

“PRIMEIRA SEÇÃO

A SEÇÃO, PROSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DE DESEMPATE DO MIN. FRANCISCO FALCÃO, CONHECEU DOS EMBARGOS, MAS, POR MAIORIA, OS REJEITOU, AO ENTENDER QUE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET NÃO PODEM SER CLASSIFICADOS COMO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, APESAR DE O CONFAZ ASSIM CONSIDERÁ-LOS A TEOR DO ART. 60 DA LEI N. 9.472/1997, QUE TRATA DA ORGANIZAÇÃO DOS REFERIDOS SERVIÇOS. OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET NÃO SÃO SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, HAJA VISTA NÃO NECESSITAREM DE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO OU CONCESSÃO DA UNIÃO, CONFORME DISPÕE O ART. 21, XI, DA CF/1988. ADEMAIS, ESSES SERVIÇOS SÃO DE VALOR ADICIONADO, UMA VEZ QUE O PRESTADOR UTILIZA UMA REDE DE TELECOMUNICAÇÕES QUE LHE DÁ APOIO PARA VIABILIZAR O ACESSO DO USUÁRIO À INTERNET POR MEIO DE UMA LINHA TELEFÔNICA. LOGO NÃO DEVE INCIDIR O ICMS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE INTERNET. ERESP 456.650-PR, REL. ORIGINÁRIO MIN. JOSÉ DELGADO, REL. PARA ACÓRDÃO MIN. FRANCIULLI NETTO, JULGADOS EM 11/5/2005.” (GRIFOU-SE).

Por oportuno, *permissa venia*, cumpre destacar que o argumento de que a Lei Geral de Telecomunicações (§ 1º do art. 61) prescreveu que o SVA não se configura como serviço de telecomunicação para daí se concluir pela sua não sujeição ao ICMS não encontra guarida nas normas tributárias de regência do tributo.

Por disposição constitucional presente na regra matriz do ICMS, traçada pela Constituição da República/88, se atribuiu competência aos Estados e ao Distrito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Federal para instituírem imposto sobre prestações de serviços de comunicação, não simplesmente sobre serviços de telecomunicação. Esta é somente uma das espécies de prestações de serviço de comunicação que está sujeita ao gravame.

Marco Aurélio Greco (Greco, Marco Aurélio. Internet e Direito. São Paulo: Dialética, 2000), ao analisar com propriedade a matéria, assevera:

“...por outro lado, também não há dúvida que o inciso II do art. 155 da CF-88 ao descrever a competência tributária estadual contempla o conceito de ‘comunicação’ e não de ‘tele’-comunicação. Telecomunicação é um tipo de comunicação, é espécie de um gênero mais amplo, sendo que a Constituição atribuiu competência tributária para alcançar o gênero (=comunicação) e não apenas a espécie (=tele).

(...)

A conclusão que se extrai da análise feita é no sentido de que o provedor de acesso à Internet presta serviço de comunicação sujeito a ICMS. O conceito de ‘comunicação’ utilizado pela CF-88 não é um conceito legal (que se extrai de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido).

Poe esta razão, a LGT não é parâmetro para definir o que seja ou não tributado pelo ICMS.”

Importante mencionar que o STJ, no julgamento que envolveu o sistema de banda larga denominado “Virtua” de propriedade de empresa de mesma atividade da Autuada, assim decidiu:

“SEGUNDA TURMA

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 16.767 - MG (20030134238-0)

TRIBUTÁRIO - ICMS - ACESSO À INTERNET - SISTEMA *VIRTUA* - BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DEVIDO ÀS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA - RICMS96 DE MINAS GERAIS - NÃO INCIDÊNCIA.

1. O SISTEMA DENOMINADO *VIRTUA*, FORNECIDO PELA EMPRESA NET DE BELO HORIZONTE AOS SEUS ASSINANTES COMO MEIO FÍSICO DE COMUNICAÇÃO, QUE PROPORCIONA O ACESSO AOS PROVEDORES DA INTERNET "BANDA LARGA", REPRESENTA SERVIÇO DISTINTO DO SERVIÇO DE TV A CABO PRESTADO NA FORMA DA LEI 8.977/95 E DA RESOLUÇÃO/ANATEL 190/99.

2. SERVIÇO QUE TAMBÉM NÃO SE CONFUNDE COM O DE "PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE PROVEDOR" DE ACESSO À INTERNET, SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (ART. 61 DA LEI 9.472/97) ISENTO DA TRIBUTAÇÃO DO ICMS, CONFORME

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA DO STJ, DE MINHA RELATORIA (RESP 456.650/PR).

3. TRATANDO-SE DE SERVIÇO NOVO, NÃO GOZA DO BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTO NO ANEXO IV, ITEM 36, DO RICMS/96, DO ESTADO DE MINAS GERAIS PARA OS SERVIÇOS DE TV A CABO.

4. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (GRIFOS ACRESCIDOS).

Nota-se que o produto denominado SUPERFLASH, fornecido pela Autuada, equivale tecnicamente ao produto “VIRTUA” da empresa citada na decisão acima.

Resta evidente que o sistema “Virtua” (e por analogia, igualmente o SUPERFLASH da Super TV Cabo) NÃO SE CONFUNDE com o de provedor de serviço de valor adicionado (SVA), razão pela qual, conforme constou no Acórdão nº 20.937/16/2ª, relativo a Auto de Infração – AI de caso análogo ao dos presentes autos, aquela empresa não pratica a redução da base de cálculo do ICMS, além disso o STJ considerou o serviço prestado pela referida empresa como tributado pelo ICMS, conforme decisão acima reproduzida.

Dessa forma, sabendo-se que as empresas de comunicação multimídia realizam prestam serviços de “telecomunicações” sujeitos à incidência do ICMS, deve-se verificar a procedência ou não do procedimento da Autuada em enquadrar o seu produto (SUPERFLASH) ao disposto no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02.

O dispositivo legal em comento contempla a possibilidade de redução da base de cálculo do ICMS de 80% (oitenta por cento), conforme redação vigente no período autuado, em relação à “prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet, realizadas por provedor de acesso.”

Tal disposição legal advém das regras previstas no Convênio ICMS 78/01.

Esclareça-se que na época da publicação do referido Convênio verificava-se uma enorme quantidade de empresas que exploravam unicamente os serviços de acesso à internet pelo antigo sistema discado, uma vez que a tecnologia até então utilizada consistia basicamente nos tipos de conexões ASDL ou ISDN, provenientes das operadoras de telefonia fixa. E que vários contribuintes insurgiram-se judicialmente contra a cobrança do ICMS sobre as prestações de serviços deste segmento econômico (Provedor de acesso), com fundamento no art. 61, § 1º, da LGT.

Assim, na tentativa de solucionar a referida contenda, foi editado o mencionado Convênio ICMS 78/01, o qual determinou a redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à internet (cláusula primeira), realizadas por provedor de acesso, e também determinou a remissão e anistia dos débitos até então existentes (cláusula terceira):

Convênio 78/2001

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, de forma que a carga tributária seja equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da prestação. (Grifos acrescidos).

As disposições contidas no Convênio ICMS 78/01 constavam do RICMS/02 no período autuado da seguinte forma (item 32, Anexo IV, Parte 1):

RICMS (Decreto nº 43.080/2002)

Anexo IV - Parte 1 - Item 32

ITEM	HIPÓTESE/CONDIÇÕES	REDUÇÃO DE:	MULTIPLICADOR OPCIONAL PARA CÁLCULO DO IMPOSTO (POR ALÍQUOTA)			EFICÁCIA ATÉ:
			18%	12%	7%	
(2609) 32	Prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso.	80,00				31/12/2015

O que se verifica, de todo o exposto, é que a Autuada presta, de fato, serviços de telecomunicações de TV a Cabo e internet banda larga a partir da tecnologia proporcionada pelo SCM, não se enquadrando na condição de simples provedor de acesso, como serviço de valor adicionado (SVA), para poder usufruir da redução na base de cálculo do ICMS, nos termos previstos no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02.

Repita-se, o provimento de acesso à internet, realizado por provedor de acesso, a qual se refere o item 32 do Anexo IV do RICMS/02, caracteriza serviço de valor adicionado e não se confunde com o serviço de comunicação multimídia (telecomunicação) prestado pela Autuada.

Frisa-se, também, que os serviços prestados pela Autuada também não se amoldam aquele a que se refere a Súmula nº 334 do STJ (serviço de provedor de acesso à internet).

Diante do exposto, correto o entendimento da Fiscalização no que tange ao afastamento da aplicação da redução da base de cálculo do imposto prevista no item 32, Anexo IV, Parte 1 do RICMS/02 aos serviços de comunicação prestados pela Autuada (conexão à internet banda larga), uma vez que este serviço é de telecomunicação na modalidade SCM, distinto, portanto, do simples provimento de acesso (SVA).

Como destacado pela Fiscalização, a Autuada obteve junto à Superintendência de Tributação – SUTRI da SEF/MG resposta de consulta que vai ao encontro com o entendimento ora externado. Examine-se:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 238/2015

PTA Nº: 45.000009909-06

CONSULENTE: Super Cabo TV Caratinga Ltda. - EPP

ORIGEM: Caratinga - MG

ICMS - REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET - A redução de base de cálculo prevista no item 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, somente se aplica à prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizada por provedor de acesso.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito e tem como atividade principal informada no cadastro estadual operadoras de televisão por assinatura por cabo (CNAE 6141-8/00).

Afirma que possui autorização da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para a transmissão de sinais de TV por assinatura e provedor de acesso à internet.

Diz que, para a consecução de suas atividades, mantém infraestrutura própria para recepção e transmissão de sinais de programação de TV, e para prover a seus clientes acesso à internet mantém infraestrutura de autenticação dos mesmos de acordo com a Resolução nº 614/2013 da ANATEL.

Acrescenta que utiliza infraestrutura de cabeamento em fibra óptica para o transporte dos sinais de TV e internet. Ambos sinais são adquiridos, sendo a programação de TV junto às produtoras de conteúdo televisivo, e o link, para o transporte de dados e conteúdo multimídia via internet banda larga, atualmente é adquirido junto à GVT.

Informa que optou por reduzir a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no item 25 e 32 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, ante a opção de utilizar o valor do ICMS destacado nas operações de aquisição de serviços e insumos destinados à prestação de seus serviços.

Aduz que com isso, para o serviço de TV por assinatura, aplica o percentual de redução de 60% sobre o valor do serviço cobrado, resultando numa base de cálculo igual a 40% do valor do serviço. Para o serviço de provimento de acesso à internet aplica o percentual de redução de 80% sobre o valor do serviço, resultando numa base de cálculo igual a 20% do valor do serviço.

Com dúvida sobre a correta interpretação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

O procedimento adotado está correto?

RESPOSTA:

À luz do inciso II do art. 111 do CTN c/c inciso XV do art. 222 do RICMS/2002, as reduções de base de cálculo previstas no Anexo IV do Regulamento devem ser interpretadas de forma literal.

A redução de base de cálculo prevista no item 25 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/2002, aplica-se à prestação de serviço de comunicação, na modalidade de televisão, explorado em base comercial (TV a Cabo, TV por Assinatura).

Conforme Extrato do Ato nº 7.430, de 10 de dezembro de 2012 (documento anexado à Consulta), a Consulente está autorizada a explorar o serviço de TV a cabo na área de prestação de serviço de Caratinga/MG.

Portanto, nesse tipo de prestação de serviço é aplicável a redução da base de cálculo prevista no aludido item 25.

Em relação à redução de base de cálculo prevista no item 32 do referido Anexo IV, é importante destacar que ela somente se aplica à prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizada por provedor de acesso.

A Consulente é detentora de Termo de Autorização, no qual a ANATEL lhe autoriza a prestar, em regime privado, o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM).

A ANATEL, através da Resolução nº 614/2013, aprovou o novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, sendo que as alterações promovidas por esse instrumento normativo trouxeram discussões acerca da atividade de provimento de conexão de internet.

Destacamos, a seguir, trechos do artigo “A figura do provedor de conexão à internet e o regulamento do serviço de comunicação multimídia”, de autoria da Procuradora Federal Marina Geórgia de Oliveira e Nascimento, publicado no endereço eletrônico <http://www.conteudojuridico.com.br>, que aborda o tema, trazendo em seu conteúdo a motivação das alterações promovidas pela referida norma:

A edição do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução ANATEL nº 614, de 28 de maio de 2013, passou a permitir, às empresas prestadoras desse serviço a

prestação de conexão direta à internet, sem a necessidade da intermediação de um provedor de Serviço de Conexão à Internet.

(...)

Nesse cenário, devemos verificar a diferença entre a definição de Serviço de Comunicação Multimídia, prevista no art. 3º do antigo Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução ANATEL nº 272/2001, e aquela constante do art. 3º do vigente Regulamento do SCM, aprovado pela Resolução ANATEL nº 614/2013:

Resolução ANATEL nº 272/2001

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia 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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Resolução ANATEL nº 614/2013

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.

Observa-se, portanto, que a diferença entre os dois dispositivos repousa no acréscimo da expressão “*permitindo inclusive o provimento de conexão à internet*”. Para a interpretação desta expressão, é imprescindível fazer uma análise histórica das discussões que envolveram a construção da Resolução ANATEL nº 614/2013. Com efeito, Cristiano Chaves de Farias assevera que, quanto aos meios, a interpretação pode ser histórica, “*com a averiguação da origem do texto a ser interpretado, desde os projetos de lei e votações*”.

(...)

5.58. Em seguida, o Parecer nº 864/2011/ALM/CGNS/CONJUR-MC/CGU/AGU, de 26/07/2011, concluiu pelo acolhimento da citada Nota, nos moldes seguintes:

(...)

Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI)

para a conexão a internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, verbis:

“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n)

(...)

Como visto, se a área técnica do Ministério entende que o SCI, para a Internet em banda larga, constitui-se em funcionalidade do próprio serviço de telecomunicações, entende-se que a Agência Nacional de Telecomunicações tem competência para modificar a Norma MC nº 04, de 1995.

Destarte, é juridicamente possível a recomendação da área técnica deste Ministério para oficializar a Anatel que tome providências no sentido de alterar a referida norma.

(...)

5.74. Diante de todas essas considerações, proponho a seguinte redação ao dispositivo:

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.

(...)

Verifica-se, pois, que a motivação da alteração regulamentar decorre exatamente do entendimento do Conselho Diretor tendente a eliminar a intermediação necessária de um provedor para acesso ao provimento de conexão à internet. Ou seja, com base numa análise histórica, conclui-se que o novel Regulamento acaba por possibilitar aos prestadores de SCM o provimento de conexão à internet, sem a intermediação de um provedor.

Observa-se, ainda, que o Regulamento do SCM cuidou de determinar regras relativas à oferta de provedor de serviço de conexão à internet (PSCI), na hipótese de a

prestadora do SCM querer oferecer esse serviço. Nesse caso, ele garante a gratuidade desse serviço para o usuário, isso porque ele é desnecessário ante a infraestrutura exigida para uma prestadora SCM:

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 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.

Do exposto, conclui-se que a modalidade de serviço de comunicação SCM tem características próprias, não se confundindo com o provimento de acesso à internet prestado por um provedor de acesso.

Desse modo, na prestação de serviço de comunicação SCM, não se aplica a redução de base de cálculo prevista no item 32 retromencionado, pois a conexão à internet nessa modalidade é inerente ao próprio serviço prestado.

Por fim, se da solução dada à presente Consulta resultar imposto a pagar, este poderá ser recolhido sem a incidência de penalidades, observando-se o prazo de 15 (quinze) dias contados da data em que a Consulente tiver ciência da resposta, desde que o prazo normal para seu pagamento tenha vencido posteriormente ao protocolo desta consulta, observado o disposto no art. 42 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto Estadual nº 44.747/2008.

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 23 de outubro de 2015.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante a reposta da sua consulta pela SUTRI/SEG/MH, questiona a Impugnante que ela foi baseada, única e exclusivamente, na Resolução nº 614/13, editada em momento posterior a parte do período autuado. Portanto, entende a Defesa, que em respeito ao princípio constitucional de irretroatividade da lei, não se aproveitam as conclusões dessa consulta – que as prestações de serviço eram de SCM - às prestações de serviços de internet banda larga realizadas em período anterior a 28/05/13.

Contudo, como bem explicado pela Fiscalização, não cabe razão à Autuada em face das disposições constantes Resolução Anatel nº 272/2001 vigente em parte do período autuado. Confira-se os argumentos fiscais sobre essa discussão:

Na referida consulta a Impugnante não delimitou os questionamentos que dirigiu à DOT/DOLT/SUTRI/SEF às prestações que realizou em um determinado período ou exercício. Por conseguinte, tampouco a DOT/DOLT/SUTRI/SEF o fez em sua resposta

Entretanto, não é verdade que a resposta da DOT/DOLT/SUTRI/SEF à “Consulta de Contribuinte nº 238/2015” foi baseada única e exclusivamente na Resolução nº 614, de 28/05/2013.

Para sustentar que os serviços de comunicação prestados pela Impugnante eram serviços de comunicação multimídia – SCM, a DOT/DOLT/SUTRI/SEF, mencionou (pgs. 83 a 87 do PTA) as definições de SCM constantes no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, na versão aprovada pela Resolução nº 272, de 09 de agosto de 2001, da ANATEL e, posteriormente, na nova versão, aprovada pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, da ANATEL.

Resolução ANATEL nº 272/2001

Art. 3º O Serviço de Comunicação Multimídia 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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Resolução ANATEL nº 614/2013

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.

Observe-se que não houve alteração na definição do Serviço de Comunicação Multimídia no “Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia” – “RSCM”, da Anatel, nas versões vigentes em 2001 (Resolução ANATEL n° 272/2001) e em 2013 (Resolução ANATEL n° 614/2013).

A diferença entre as duas redações repousa, apenas, no acréscimo da expressão “permitindo inclusive o provimento de conexão à internet”.

E tal acréscimo visou possibilitar às prestadoras do SCM o provimento de conexão à internet, sem a intermediação de um provedor, diante da constatação pela Anatel da desnecessidade dessa intermediação:

(...)

Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão à internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, verbis:

“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso. Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n) “

(Transcrito resposta Consulta SUTRI n° 238/2015, pág. 85 PTA)

Portanto, não foi com o advento da Resolução Anatel n° 614/2013 que o tipo de serviço de comunicação prestado pela Impugnante, a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, por meio de infraestrutura própria de acesso à internet banda larga, via cabos, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço, passou a ser definido pela Anatel como Serviço de Comunicação Multimídia. Assim já o era em 09/08/2001, conforme pode se verificar no artigo 3° do RSCM aprovado pela Resolução n° 272/2001, acima transcrito.

Como já dito, a alteração trazida pela Resolução Anatel n° 614/2013 foi apenas de dispensar a necessidade de intermediação de um provedor de acesso para os

prestadores de serviço de comunicação multimídia que desejassem ofertar o serviço de conexão à internet.

Assim, por todo o acima exposto, a correta tributação pelo ICMS dos serviços de internet banda larga com utilização de rede própria de SCM como suporte, definida na resposta da DOT/DOLT/SUTRI/SEF, é aplicável às prestações realizadas pela Impugnante no exercício de 2011 e seguintes, já que as definições e conceitos da Anatel sobre essa atividade não se alteraram, não obstante a mudança da legislação pertinente (revogação do RSCM aprovado pela Resolução nº 272/2001 pela versão aprovada pela Resolução nº 614/2013, ambas da Anatel)

Também não socorre à Impugnante a alegação de impossibilidade de prestar, no período autuado, o serviço de comunicação multimídia se somente em 20/06/11 obteve a licença da Anatel para a prestação desse tipo de serviço, como destacado pela Fiscalização:

Já em 2001, o “Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia”, aprovado pela Resolução ANATEL nº 272/2001, em seu artigo 10, estabelecia que a “exploração do SCM depende de autorização da Anatel, devendo basear-se nos princípios constitucionais da atividade econômica”.

Entretanto, conforme se pode observar no extrato da “Análise no 304/2013-GCMB, de 17/05/2013” do Conselheiro da Anatel “MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA” sobre a Proposta de alteração do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), aprovado pela Resolução nº 272, de 09/08/2001, mesmo em 2013, ainda era reconhecido pela ANATEL a existência de empresas que utilizavam suas redes próprias de TV por assinatura para prestação de serviço de conexão à internet sem a devida outorga da Anatel, apenas com respaldo na Resolução nº 190, de 29/11/1999.

5.208. É necessário também relevar que a atualização da regulamentação do SCM perpassa pela uniformização do uso de rede de dados para prestação desse serviço para conexão à internet. Nesse contexto, verifica-se que antes da criação do SCM, em 2001, foi aprovada a Resolução nº 190, de 29/11/1999, a fim de viabilizar o uso de redes de TV por Assinatura também como suporte a tal acesso. Após 2001, observou-se que a maioria dessas empresas solicitou outorga para prestação do SCM, restando atualmente cerca de 6337 que prestam tal suporte sem outorga de SCM, somente com respaldo na citada Resolução.

5.209. Diante de tal cenário, houve orientação do Ministério das Comunicações, por meio do Ofício nº 52/2011/STE-MC, de 27/07/2011 (fl. 448), que remeteu à Anatel as conclusões da Nota Técnica/MC/STE/DESUT/nº 27/2011, no sentido de “ser o momento oportuno para a atualização [...] dos demais regulamentos relacionados ao tema, como é o caso da Resolução Anatel nº 190/99 [...]” (fl. 454).

5.210. Portanto, ante a necessidade de uniformização da atualização pretendida, proponho determinar que as empresas que prestam suporte à banda larga com base na Resolução nº 190/99 obtenham outorga para a prestação do SCM no prazo de seis meses a contar da publicação do Regulamento do SCM e que os efeitos da citada Resolução sejam revogados no prazo de doze meses também a contar da publicação do novo RSCM.

Página 49 de 50 da Análise no 304/2013-GCMB, de 17/05/2013, disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=298286>

Verifica-se que restou constatado pelos órgãos reguladores a prestação do serviço de SCM por empresas sem a autorização da Anatel para tal mister, como é o caso da Impugnante, que passou a contar com a outorga da referida agência para prestação do serviço de SCM somente em 20/06/11.

Ademais, confirmada a prestação do SCM pela Autuada, e nos termos das disposições contidas nos arts. 118, inciso I, e 126, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional – CTN, tem-se que a falta de autorização exarada pela Anatel para prestação de serviço de comunicação na modalidade SCM não altera a correção do lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos no período autuado.

Por fim, corroboram o entendimento ora esposado, o Acórdão nº 20.937/16/2ª, relativo a PTA de empresa que exerce mesmo tipo de atividade da empresa autuada, cuja ementa transcreve-se:

ACÓRDÃO: 20.937/16/2ª RITO: ORDINÁRIO
PTA/AI: 01.000230524-04
IMPUGNAÇÃO: 40.010137098-10
IMPUGNANTE: TELEVISÃO CIDADE S/A
IE: 367098794.00-83
PROC. S. PASSIVO: JÚLIA MAURIZI MENDONÇA PASSOS/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BH-1 - BELO HORIZONTE

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - TV A CABO/INTERNET - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. CONSTATOU-SE RECOLHIMENTO A

MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE INTERNET BANDA LARGA. PROCEDIMENTO FISCAL RESPALDADO NO ART. 2º, INCISO III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 E NO ART. 5º, § 1º, ITEM 8 DA LEI Nº 6.763/75. EXIGÊNCIA DE ICMS APURADO APÓS A RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA, MULTA DE REVALIDAÇÃO E DA MULTA ISOLADA, NO PERCENTUAL DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE A DIFERENÇA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO APURADA, CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII ADEQUADA AO DISPOSTO NO INCISO VII, ALÍNEA “C” CONFORME REDAÇÃO VIGENTE A PARTIR DE 01/01/12, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 106, INCISO II DO CTN. INFRAÇÃO CARACTERIZADA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE LIVRO/ DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE ENTREGA AO FISCO DE DOCUMENTO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONSTATOU-SE QUE A AUTUADA DEIXOU DE APRESENTAR AO FISCO, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, APÓS INTIMAÇÃO FISCAL, DOCUMENTO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 54, INCISO VII, ALÍNEA “A” DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.(DESTACOU-SE)

No tocante à alegação subsidiária da Impugnante no sentido de que a Fiscalização deveria ter procedido à recomposição da conta gráfica do ICMS, pois em razão da utilização da redução da base de cálculo do imposto, prevista item 32, da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, não utilizou dos créditos do imposto destacados em documentos fiscais emitidos por seus fornecedores, relativos a materiais necessários à prestação do referido serviço, em razão da vedação constante no subitem 32.1 do referido anexo, adota-se os mesmos fundamentos da manifestação fiscal sobre o tema:

Na hipótese deste E. Conselho entender como subsistente os débitos de ICMS lançados na presente autuação, a Impugnante requer que a fiscalização refaça a apuração do imposto, mediante a recomposição da sua conta gráfica do ICMS, compensando-se os débitos de ICMS apurados com os créditos de ICMS passíveis de aproveitamento, mas não utilizados na época própria.

O decreto 46.698, de 30/12/2014, com efeitos a partir de 1º/02/2015, excluiu do artigo 194, inciso V do RICMS/MG (Decreto nº 43.080/2002) a previsão de utilização pelo Fisco da Verificação Fiscal Analítica – Recomposição da Conta Gráfica como procedimento tecnicamente idôneo para apuração das operações ou prestações do sujeito passivo, o que impede o atendimento da recomposição requerida.

Entretanto, em observância ao princípio da não cumulatividade do ICMS, e por analogia com o estabelecido nos parágrafos 1º a 4º do artigo 195 do RICMS/MG (Decreto nº 43.080/2002), por ocasião do pagamento do Auto Infração ora impugnado o sujeito passivo poderá deduzir do valor imposto exigido o montante do crédito de imposto regularmente acumulado no período.

Também não procedem os questionamentos da Impugnante acerca das multas cominadas uma vez que exigidas nos exatos termos previstos pela legislação.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA).

No que se refere ao pleito da Impugnante para que a seja cancelada/reduzida a multa isolada, vale destacar que o benefício previsto no art. 53, § 3º, da Lei nº 6.763/75 não pode ser aplicado no tocante à Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, uma vez que a infração a ela correspondente resultou em falta de pagamento do imposto:

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

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

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

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo. (Grifou-se).

Assim, revelam-se corretas as exigências fiscais de ICMS e das multas aplicadas.

Sala das Sessões, 26 de abril de 2017.

Luiz Geraldo de Oliveira
Conselheiro