

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.620/20/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001178394-08
Impugnação: 40.010147470-06, 40.010147471-89 (Coob.), 40.010147472-60 (Coob.), 40.010147474-21 (Coob.), 40.010147473-41 (Coob.)
Impugnante: Konnet Informática Eireli
IE: 277416609.00-21
Fabiana Maria Mendonça de Oliveira (Coob.)
CPF: 041.867.986-05
Maurício Pereira de Carvalho (Coob.)
CPF: 244.344.936-04
Selma Souza Carvalho (Coob.)
CPF: 982.259.446-15
Sílvio Lima de Barros (Coob.)
CPF: 251.755.758-64
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - SÓCIO - COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA - CORRETA A ELEIÇÃO. O sócio-administrador responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poder ou infração de lei, contrato social ou estatuto, por força do art. 135, inciso III, do CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - ADMINISTRADOR - CORRETA A ELEIÇÃO. Os mandatários com amplos poderes de gestão são responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato ou estatuto, nos termos do art. 135, inciso II, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a falta de emissão de documento fiscal (NFST) e do correspondente recolhimento de ICMS incidente sobre a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), modalidade internet banda larga, atividade sujeita à incidência do ICMS nos termos do art. 5º, § 1º, item 8, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 1º, inciso IX, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no

art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR. Comprovado nos autos que a Contribuinte promoveu prestações de serviço de comunicação desacobertas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, § 1º e 3º, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18. Entretanto, a exclusão deve produzir efeitos apenas a partir de fevereiro de 2014, nos termos do art. 29, inciso V e § 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade. Parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de emissão de documento fiscal (NFST) e de recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade internet banda larga, no período de 01/01/14 a 31/12/15.

A Infração foi constatada pelo confronto entre a receita bruta do período, informada pela Autuada à Fiscalização no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS-D) e os dados do arquivo eletrônico previsto no Convênio ICMS nº 115/03.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, as sócias-administradoras Sra. Fabiana Maria Mendonça de Oliveira e Selma Souza Carvalho, além dos procuradores com amplos de administração da empresa, Srs. Maurício Pereira de Carvalho e Sílvio Lima de Barros, todos em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação sem emissão do correspondente documento fiscal), nos termos do art. 135, incisos II e III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso I e II, da Lei nº 6.763/75.

O Fisco deu início ao processo de exclusão de ofício da Autuada do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), em razão da prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06, decorrente da prestação de serviço de comunicação (internet banda larga) desacoberta de documentação fiscal.

O Termo de Exclusão do Simples Nacional foi lavrado com fulcro nas disposições do art. 29, incisos V e XI, § 1º, 3º e 9º, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j”, da Resolução CGSN nº 140/18 e foi colacionado aos autos às fls. 293.

A Coobrigada Selma Souza Carvalho foi intimada por Edital publicado no Diário Oficial de Minas Gerais no dia 23/01/19 (fls. 18), em razão de não ter sido encontrada para fins de notificação no endereço de correspondência por ela informado no cadastro da SEF/MG (fls. 17).

Os demais Sujeitos Passivos foram regularmente intimados do Auto de Infração e do Termo de Exclusão do Simples Nacional em 27/12/18, pela via postal (ARs às fls. 19/20).

Instruem os autos, os seguintes documentos: Auto de Infração - AI (fls. 02/06); Relatório Fiscal (fls. 07/08); **Anexo 1:** Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 09/10); **Anexo 2:** Demonstrativo Crédito Tributário (fls. 11/12); **Anexo 3:** Cópia da primeira Nota Fiscal emitida pela Autuada (NFST nº 000.001, de 03/02/16) e cópia de um boleto tendo a Autuada como Cedente, referente ao período de 24/12/14 a 24/01/15, confirmando, por amostragem, a prestação de serviço de comunicação (fls. 13/15); **Anexo 4:** DVD contendo – “a) Pasta ‘Declaração Simples Nacional_2’, contendo o arquivo da DASN de 01/16” e “b) Pasta ‘Relatório Fiscal – Coobrigados_2’, contendo as informações e documentação comprobatória da responsabilidade solidária” (fls. 16).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 27/56, acompanhada dos documentos de fls. 57/289.

Afirmam, em apertada síntese, que:

- o Fisco Estadual considerou erroneamente que a Autuada prestou serviços de telecomunicação sem a emissão de documento fiscal, inclusive reconhecendo em seu relatório que as receitas auferidas pela empresa decorrem de Serviço de Valor Adicionado (SVA) na modalidade acesso/conexão à internet, os quais não se submetem à incidência do ICMS;

- a Autuada é empresa de provimento de acesso à internet, que por meio de infraestrutura de telecomunicações de terceiros disponibiliza aos usuários uma “porta IP” e demais facilidades essenciais ao acesso à internet. Transcreve trechos da Norma nº 004/95 do Ministério das Comunicações, no intuito de conceituar o “serviço de acesso à internet” e inclui, às fls. 103/126 dos autos, amostra de Notas Fiscais Eletrônicas de Serviço (NFS-e) por ela emitidas para a Prefeitura de Governador Valadares;

- os contratos de prestação de serviços firmados com os usuários (Anexo 04 - fls. 127/172) têm por objeto a prestação exclusivamente de serviços de acesso à internet, Serviço de Valor Adicionado (SVA) que não se confunde com nenhuma modalidade de prestação de serviço de comunicação;

- o recolhimento de ICMS caberia às duas empresas prestadoras de serviços de telecomunicação (Eletronet S/A e Global Village Telecom S.A - GVT), responsáveis pela infraestrutura e pelos serviços de comunicação aptos a viabilizar a prestação dos serviços de acesso à internet pela Impugnante. Anexa notas fiscais e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contratos relativos aos serviços por ela contratados junto a essas duas empresas (Anexo 05 - fls. 173/219);

- a Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) – Mod. 22 de nº 000.001, incluída pelo Fisco às fls. 14, foi emitida de forma equivocada pela empresa, o que se comprova pela própria descrição dos serviços (“Fornecimento de Acesso à Internet”) e deixa claro não se tratar de um serviço de comunicação, mas sim de um SVA. Conclui que tal NFST não corresponde a fato gerador do período, pois foi emitida em 03/02/16;

- a falta de emissão de “NFST – Modelo 22” no período autuado, com consequente falta de destaque e recolhimento de ICMS, decorre do entendimento de que o SVA por ela prestado não está sujeito à incidência do ICMS;

- os serviços de acesso à internet são espécie de SVA, nos termos do item 3 da citada Norma nº 004/95, definição reforçada pelo art. 10 da Lei nº 9.295/96 e pelo art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) e cristalizada na jurisprudência do STJ, que transcreve em trechos;

- a própria Anatel reconhece a distinção entre “serviço de acesso/conexão à internet” e “serviço de comunicação” (OFÍCIO 10/2009/PVSTR-ANATEL - Anexo 06 – fls. 220/226), assim como a desnecessidade de autorização, permissão ou concessão para atuar como provedor de acesso à internet (OFÍCIO 11/2011/PVSTR-ANATEL – Anexo 07 – fls. 227/230);

- o “ICMS Comunicação”, previsto no art. 155, inciso II, da CF/88 e no art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, exige para sua incidência a presença de relação comunicativa (emissão, recepção, meio de transmissão, código e mensagem transmitida) além da remuneração, elementos ausentes no serviço de provedor de acesso à internet. Transcreve diversas jurisprudências do STJ para corroborar sua tese;

- o presente Auto de Infração afronta a decisão judicial obtida pela ABRAMULTI – Associação Brasileira de Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia, da qual é associada (Anexo 08 – fls. 231/232), no Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.08.481721-2/000 (Anexos 09 a 11 – fls. 233/289), que declarou a não incidência do ICMS em face dos serviços de provimento de acesso à internet, razão pela qual a autuação é completamente nula;

- os sócios e administradores da Autuada devem ser excluídos do polo passivo, pois não houve prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, conforme exige o art. 135, inciso III, do CTN. Destaca que não houve ocultação culposa ou dolosa de fato gerador do imposto, situação que seria incompatível com a natureza do débito e com a forma de sua constituição, já que a simples falta de recolhimento de imposto não enseja responsabilização dos sócios e administradores, nos termos do Enunciado de Súmula nº 430, do Superior Tribunal de Justiça (STJ);

-requerem, ao final, suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a procedência da impugnação, com cancelamento do crédito tributário ou, pelo menos, o reconhecimento da ilegitimidade passiva dos coobrigados.

Inconformada quanto à sua exclusão de ofício do Simples Nacional, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, **Impugnação ao Termo de Exclusão do Simples Nacional** às fls. 294/319, acompanhada dos documentos de fls. 320/544.

Reitera os argumentos já trazidos na Impugnação Conjunta de fls. 27/56, adaptando-os ao contexto do questionamento do Termo de Exclusão do Simples Nacional.

Como novidade, apresenta apenas o seguinte argumento:

- a exclusão do Simples Nacional é ilegal/ilegítima, pois como presta SVA na modalidade SCI, atividade que não se submete ao ICMS, não houve o descumprimento de obrigação acessória (falta de emissão de nota fiscal) que justificasse a lavratura do Termo de Exclusão do Simples Nacional;

- ao final, requer a suspensão dos efeitos do Termo de Exclusão até o julgamento definitivo do presente Auto de Infração e a procedência da Impugnação, com consequente anulação do Termo de Exclusão.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação única de fls. 554/599, refuta as alegações da Defesa.

Argumenta, também em síntese, o que se segue.

- o entendimento dos Impugnantes a respeito da forma de conexão à internet remonta aos tempos da internet discada, quando existiam efetivamente os provedores de acesso à internet. Faz uma breve explicação a respeito da evolução do acesso à internet no Brasil, para demonstrar que o entendimento do Fisco encontra amparo na legislação vigente e na realidade fática atual;

- naquela época, antes da privatização do “Sistema Telebras” ocorrida em meados dos anos 90, os provedores de acesso à internet eram empresas distintas das prestadoras do serviço de telecomunicações, já que estas últimas eram concessionárias apenas de serviços públicos de telefonia fixa e não podiam efetuar os procedimentos necessários para o acesso dos usuários à internet (autenticação de usuário e fornecimento de endereço IP). Complementa que o usuário assinava dois contratos distintos para conseguir utilizar a internet: um com a operadora de serviço de telecomunicação e outro com o provedor de acesso à internet;

- após a privatização do “Sistema Telebras” em meados dos anos 90, a internet banda larga passou a ser oferecida por meio de diversas outras tecnologias diferentes da telefonia fixa, as quais não mais demandavam a intervenção de um provedor para conectar o usuário à internet (por exemplo, por meio dos cabos de TV a cabo). Assim, a maioria das operadoras de telecomunicações passou a executar todas as etapas do serviço (canal de comunicação + autenticação + endereço de IP), cobrando para isso um único preço;

- o Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), previsto pela primeira vez no art. 3º da Resolução Anatel nº 272/01, possibilitou um salto tecnológico na internet,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

introduzindo no mercado aquilo que passou a ser conhecido como “internet banda larga”;

- devido à não limitação quantitativa de licenças do SCM e ao preço razoável para sua obtenção, pequenas e médias empresas que antes atuavam apenas como provedores de acesso à internet adquiriram estas autorizações e passaram a prestar serviço de comunicação multimídia na modalidade internet banda larga, tornando-se a partir de então operadoras de serviço de comunicação;

- independentemente da tecnologia empregada e da licença obtida, se os serviços prestados são concorrentes e têm o mesmo objeto, qual seja, ligar o usuário final à internet, todos devem ter a mesma tributação;

- no início dos anos 2000, a não incidência de ICMS sobre os serviços de internet banda larga foi objeto de ações judiciais promovidas por várias grandes operadoras de telecomunicações e já está totalmente pacificada a favor dos Estados. Na atualidade, todas as grandes operadoras tributam integralmente os serviços de internet banda larga prestados, não havendo dúvida alguma sobre a incidência do imposto estadual;

- no entanto, algumas pequenas empresas de comunicação passaram a se autodenominarem “provedores de acesso à internet”, mesmo prestando serviço de internet banda larga, numa confusão semântica e de conceitos com os antigos e hoje dispensáveis provedores de internet, tentando afastar indevidamente a incidência do ICMS de um serviço de comunicação, em atitude danosa aos cofres públicos e desleal com as empresas de comunicação que tributam corretamente tal serviço;

- o art. 3º do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia-SCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13, alterou o conceito de SCM, nele incluindo o serviço de “provimento de conexão à internet”, reconhecendo que o mercado já atuava neste formato há bastante tempo. Tal entendimento também consta dos Itens 5.32 a 5.74 da Análise nº 304/2013-GCMB, de 17/08/13, documento elaborado por Conselheiro Relator da Anatel e que deu origem ao citado Regulamento do SCM. Transcreve todos os itens citados às fls. 562/569;

- a tecnologia utilizada pelas empresas de transmissão de dados via cabo ou radiofrequência, no tocante aos serviços de internet banda larga, suprimiu a obrigatoriedade de contratação em separado 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;

- no dia 11/09/07, a Autuada obteve junto à Anatel uma permissão para prestação de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, conforme TERMO PVST/SPV Nº 115/2007, que pode ser consultado no sítio eletrônico <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/relacao-de-autorizados>. Desde então, detém a infraestrutura necessária para prestação de serviço de telecomunicação do tipo internet banda larga;

- o período autuado encontra-se numa fase em que a figura do Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) já não é nem mais lembrada, pois desde 2001 os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestadores do SCM promovem a conexão do terminal do usuário à internet direta e instantaneamente, sem contar com a presença e participação obrigatória de qualquer outro intermediário (provedor de acesso);

- o serviço prestado pela Autuada, de internet banda larga via cabo ou radiofrequência é um serviço único, classificado como SCM, que permite conexão instantânea do usuário à rede tão logo seja ligado o seu equipamento, diferentemente do que acontecia na época do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), que dependia da atuação de um PSCI que conectasse esse usuário à rede de internet;

- o contrato firmado entre a Autuada e o usuário, documento que tenta mascarar o SCM de internet banda larga prestado como se fosse um SVA de PSCI, não altera a realidade dos fatos. O próprio contrato deixa claro que o serviço ofertado aos usuários é um plano de internet, do qual consta inclusive velocidades de download/upload de dados (fls. 131), elementos ligados ao serviço de comunicação por ela prestado. Ademais, a Autuada possui autorização para prestar tal SCM desde 2007 e os usuários do seu serviço o contratam com o único propósito de obter internet em alta velocidade, ou seja, internet em banda larga;

- os SVAs ainda existem, na figura de serviços como contas de e-mails, antivírus, antispam, *cloud services* (armazenagem de dados), portais de conteúdo, etc. serviços estes que não são prestados pela Autuada;

- os contratos e notas fiscais dos serviços adquiridos pela Autuada junto às empresas Eletronet e GVT mostram que a Autuada é tomadora dos serviços de comunicação destas empresas, os quais lhe dão condições materiais de prestar o serviço de internet banda larga aos seus usuários, sendo ela a única contribuinte do ICMS nesse caso. Ressalta que as duas empresas não possuem qualquer relação contratual com os clientes da Autuada, razão pela qual não são contribuintes do ICMS em relação aos serviços prestados e valores cobrados pela Autuada;

- há decisões judiciais que corroboram o entendimento de que o PSCI foi integrado ao SCM. Transcreve tais jurisprudências às fls. 571/582;

- a ABRAMULTI já levou ao judiciário a tese de que o estado de Minas Gerais estaria descumprindo a decisão por ela obtida em Mandado de Segurança Coletivo. Entretanto, seu pleito foi rechaçado, sob o argumento de que o fenômeno da “convergência digital” tornou a intermediação do PSCI dispensável. Assim, quando o objeto de uma sociedade é mais abrangente, incluindo o SCM, é certo que o serviço do PSCI foi absorvido pela cadeia de serviços oferecidos sob a rubrica SCM, hipótese em que o ICMS recai sobre o valor total do serviço;

- transcreve trechos da Análise nº 306/2013-CGMB que constaram de trabalho monográfico dissertativo publicado por estudiosa do assunto e corroboram a desnecessidade do PSCI para prestação do serviço de acesso dedicado à internet (internet banda larga), tendo sido ele absorvido pelo SCM, nesse caso;

- com a alteração no conceito de SCM trazida pelo art. 3º do Anexo à Resolução Anatel nº 614/13 (Novo Regulamento do SCM), os prestadores de SCM que proporcionam a conexão direta do usuário à rede são indubitavelmente prestadores de serviço de comunicação, sobre o qual incide integralmente o ICMS;

- os Coobrigados devem ser mantidos no polo passivo, pois agiram de forma deliberada e mal intencionada, valendo-se de legislação já de longa data não aplicável à prestação do SCM, deixando de emitir documento fiscal, destacar e recolher o ICMS devido sobre a real prestação serviço.

- destaca que a mudança do *modus operandi* da Autuada, que a partir de fevereiro de 2016 passou a emitir NFST e declarar seu faturamento ao Simples Nacional como receita de comunicação, recolhendo ICMS sobre o mesmo serviço que prestava e continua prestando até o presente momento, sem ter denunciado espontaneamente as infrações ocorridas anteriormente, denota a intenção deliberada de não recolher o ICMS devido, conduta capaz de justificar a manutenção da coobrigação.

- o Termo de Exclusão do Simples Nacional foi lavrado em razão da prática reiterada de infração à legislação tributária, decorrente de falta de emissão de documento fiscal para acobertar a prestação do SCM de internet banda larga e observou todas as previsões da LC nº 123/06 e da Resolução CGSN nº 140/18, não havendo motivos para ser cancelado. Reitera que a primeira NFST emitida pela Autuada data de 03/02/16 e foi anexada às fls. 14 dos autos;

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

Em 17/06/19, por meio do Despacho de fls. 608/613, a Assessoria do CCMG enviou os autos à Advocacia Geral do Estado (AGE), com fulcro no art. 105 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, para manifestação em face da alegação da Autuada, no sentido de que o Auto de Infração afronta diretamente a decisão judicial obtida pela ABRAMULTI no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo (MS) nº 1.0000.08.481721-2/000.

Em Parecer de fls. 614/617, a AGE informa que as matérias discutidas no âmbito judicial (MS) e administrativo (Auto de Infração) são distintas, razão pela qual o PTA deve ter curso normal no âmbito do contencioso administrativo fiscal, sem aplicação do disposto no art. 105 do RPTA.

Ademais, ressalta que a Autuada nem mesmo comprovou que era associada à ABRAMULTI à época da impetração do MS citado, requisito para ser alcançada pela eficácia subjetiva da coisa julgada formada na ação coletiva, como decidiu o STF ao apreciar o Tema 499 de Repercussão Geral.

Destaca que a Autuada se limitou a apresentar a Declaração de fls. 544, onde a associação apenas declara que ela atualmente se encontra na condição de associada, sem informar desde quando.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 619/659, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade e, no mérito, pela procedência do lançamento e procedência parcial da impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/14.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Os Impugnantes alegam a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que ele afronta diretamente a decisão judicial obtida pela ABRAMULTI no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo (MS) nº 1.0000.08.481721-2/000.

Entretanto, como bem destacou a AGE no Parecer de fls. 614/617, as matérias discutidas no âmbito judicial, não tributação do SVA de acesso/conexão à internet, e, no âmbito administrativo, exigência de ICMS sobre SCM de internet banda larga, são distintas.

Logo, por cuidar de matéria diversa, o presente Auto de Infração não afronta a decisão obtida pela ABRAMULTI no MS nº 1.0000.08.481721-2/000.

Ademais, mesmo se o assunto do presente Auto de Infração fosse igual ao discutido no âmbito do citado MS, só poderia se falar em afronta à decisão judicial na hipótese de a Autuada demonstrar que, ao tempo da impetração do MS pela ABRAMULTI (01/08/08), encontrava-se na condição de associada, o que não foi comprovado nos autos.

Foi o que decidiu o STF no Tema de Repercussão Geral nº 499, relativo ao RE nº 612.043, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça Eletrônico (DJE) de 06/08/18:

A EFICÁCIA SUBJETIVA DA COISA JULGADA FORMADA A PARTIR DE AÇÃO COLETIVA, DE RITO ORDINÁRIO, AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL NA DEFESA DE INTERESSES DOS ASSOCIADOS, SOMENTE ALCANÇA OS FILIADOS, RESIDENTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR, QUE O FOSSEM EM MOMENTO ANTERIOR OU ATÉ A DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA, CONSTANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA JUNTADA À INICIAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

A Declaração de fls. 232 (duplicada às fls. 544) atesta apenas que a Autuada era associada da ABRAMULTI **no dia 16/01/19**, mas nada diz sobre sua situação na data de proposição do MS.

Assim, afasta-se a alegação de nulidade por afronta à mencionada decisão judicial.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre falta de emissão de documento fiscal (NFST) e de recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade internet banda larga, no período de 01/01/14 a 31/12/15.

A Infração foi constatada pelo confronto entre a receita bruta do período, informada na Declaração de Apuração do Simples Nacional (DASN) e os dados do arquivo eletrônico previsto no Convênio ICMS nº 115/03.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, as sócias-administradoras Sras. Fabiana Maria Mendonça de Oliveira e Selma Souza Carvalho, além dos procuradores com amplos poderes de administração da empresa, Srs. Maurício Pereira de Carvalho e Sílvio Lima de Barros, todos em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação sem emissão do correspondente documento fiscal), nos termos do art. 135, incisos II e III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso I e II, da Lei nº 6.763/75.

A discussão central do presente Auto de Infração gira em torno da natureza jurídica do serviço prestado pela Autuada: se Serviço de Valor Adicionado (SVA), na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI), **ou** Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), na modalidade internet banda larga.

Como bem salienta o Fisco na parte inicial de sua Manifestação, o entendimento defendido pelos Impugnantes a respeito da forma de conexão à internet, com participação de duas empresas distintas (uma primeira, operadora de serviços de telecomunicação, e uma segunda, provedora de serviço de conexão/acesso à internet), remonta aos tempos da chamada “internet discada”, nos longínquos anos 90 do século passado.

Naquela época, o Brasil possuía uma estrutura de telecomunicações totalmente estatal, formada por uma grande estatal federal (Telebras) e suas dezenas de subsidiárias atuantes nos estados, naquilo que ficou popularmente conhecido como “Sistema Telebrás”.

A prestação de serviço de comunicação limitava-se à telefonia fixa (Serviço de Telecomunicação Fixo Comutado – STFC) e, conseqüentemente, o ainda incipiente acesso à internet baseava-se em conexões discadas, com utilização de *modems* nos computadores dos usuários e linhas de telefone fixo como “canal” de transferência de dados.

Como as operadoras de telecomunicações do Sistema Telebrás eram concessionárias de serviço público, autorizadas a prestar apenas o serviço de telefonia fixa, elas não podiam efetuar os procedimentos necessários para que seus clientes de telefonia pudessem ter acesso/conexão à internet discada, ou seja, não podiam autenticar o usuário na rede mundial de computadores e nem fornecer o endereço de IP necessário à efetiva utilização da internet.

Neste contexto, surgiu a figura do “provedor de internet”, empresa privada, prestadora de serviço diverso da comunicação, responsável por efetuar os procedimentos necessários à autenticação dos usuários e fornecimento de IPs, capazes de permitir que os usuários das linhas de telefone fixo se conectassem à internet por meio delas.

Os provedores de internet se tornaram muito conhecidos no fim dos anos 90, alguns deles sendo lembrados ainda hoje, tais como América Online (AOL), Brasil Online (BOL), Universo Online (UOL), Globo.com, Terra, etc.

Naquele momento, os provedores de internet eram empresas distintas das prestadoras de serviço de telecomunicações e o usuário da internet possuía necessariamente duas relações jurídicas distintas, decorrentes de dois serviços diferentes:

- um primeiro contrato relativo à linha de telefone fixo fornecida pela concessionária de serviço público de telecomunicações, por meio da qual se realizava a comunicação (transferência de dados), com pagamento realizado à concessionária que atuava na região de prestação do serviço;
- um segundo contrato relativo ao serviço prestado pelo provedor de internet responsável por autenticar o usuário na rede e fornecer o IP para acesso à internet (contrato que podia ou não incluir outros serviços, tais como antivírus, conta de e-mail, grupos de bate-papo, etc.), com pagamento realizado ao provedor de internet.

O funcionamento prático dos serviços pode ser assim resumido: o provedor de internet contratava um grande número de terminais telefônicos junto à operadora de telefonia fixa, por meio dos quais ele recebia as “chamadas” (ligações via modem) dos seus usuários e conectava esta chamada recebida com o *backbone* da internet (infraestrutura de redes sem fronteiras geográficas que permitem transferência de informações). O usuário da empresa de telefonia fixa, utilizando-se de um software discador instalado em seu computador e fornecido pelo provedor de internet, “discava” para o número de telefone do provedor e este fazia a autenticação do usuário e sua conexão à internet (fornecimento de endereço IP).

O provedor prestava o serviço de autenticação e endereçamento ao IP, ao passo que a concessionária pública prestava serviço de comunicação por meio da sua infraestrutura de redes de telefonia fixa.

Nesse contexto, diversos provedores questionaram judicialmente a incidência do ICMS sobre tal serviço.

A jurisprudência foi favorável à não incidência do imposto, o que culminou na publicação, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Enunciado de Súmula nº 334, no sentido de que “o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet”.

A não incidência do ICMS sobre os serviços de conexão/acesso à internet prestados por provedores de internet partiu da premissa de existirem duas empresas diferentes, contratadas individualmente pelo usuário em duas relações jurídico-contratuais distintas: uma com a empresa de telecomunicações, fornecendo o canal (linha de telefone) e outra com o provedor, prestando um Serviço de Valor Adicionado (SVA) consistente em autenticação de usuário, fornecimento de IP (e, eventualmente, outros serviços que agregam facilidades e funcionalidades ao uso da comunicação).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dentre os fundamentos da jurisprudência judicial pela não incidência do ICMS, destaca-se o art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97:

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

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

(Destacou-se)

Tal fundamento, disposto no retrotranscrito § 1º, de que serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, merece ressalvas, justamente porque a análise da matéria deveria se situar em campo mais abrangente, uma vez que a própria regra matriz do ICMS, disposta no inciso II do art. 155 da Constituição da República, atribuiu aos Estados e Distrito Federal competência para instituírem o referido imposto sobre prestações de serviços de comunicação, em relação aos quais, o serviço de telecomunicação é apenas uma de suas espécies.

Dessa forma, além de se observar a regra matriz do imposto, haveria de se debruçar na referida análise, nos parâmetros de incidência e ocorrência do fato gerador do tributo, os quais foram definidos, pela Lei Complementar nº 87/96 nos seguintes termos:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

(Grifou-se)

Todavia, no início dos anos 2000, já após a privatização das operadoras de telefonia, o contínuo desenvolvimento tecnológico das plataformas que suportam a prestação dos serviços de telecomunicações acabou resultando no surgimento de novos equipamentos que abriram a possibilidade fática de prestação de serviços multimídia

em banda larga pelas operadoras de telecomunicações, hipótese inexistente na época da “internet discada” (anos 90).

Este cenário levou várias dessas operadoras de telecomunicações a solicitarem à Anatel a regulamentação de um serviço que materializasse essa convergência tecnológica, que havia tornado tecnicamente possível que um único serviço mais moderno englobasse dois outros serviços distintos mais antigos (internet discada + provedor de internet).

Atendendo a este novo contexto fático, foi aprovada a Resolução Anatel nº 272/01, cujo anexo contém o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), documento que definiu, em seu art. 3º, o primeiro conceito de SCM:

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.

O Serviço de Comunicação Multimídia possibilitou um grande salto nas velocidades da internet e passou a ser conhecido como “internet banda larga”, pois não mais dependia da transmissão de dados pelas lentas redes de telefonia fixa.

Deste modo, devido à não limitação da quantidade de licenças para prestar o SCM e ao preço razoável para sua obtenção, pequenas e médias empresas, que antes eram apenas “provedores de internet”, passaram a ser detentoras de autorização para a prestação do **SCM**, tornando operadoras de serviço de telecomunicação na modalidade **internet banda larga**.

Após a privatização do “Sistema Telebrás”, ocorrida no fim dos anos 90, foram criadas empresas de telefonia fixa chamadas de “espelhos”, que passaram a concorrer com outra(s) operadora(s) de telecomunicações já existente naquela área de atuação. Algumas delas se tornaram amplamente conhecidas no país, como foi o caso, por exemplo, da GVT e da INTELIG.

Além disso, com o grande avanço da telefonia celular e com o crescimento do serviço de TV por assinatura, a internet banda larga passou a ser oferecida por meio de diversas tecnologias que não mais demandavam a intervenção de um provedor de internet, uma vez que a necessidade deste último decorria da realidade anterior, já superada, na qual existiam apenas concessionárias de telefonia fixa, autorizadas a prestar somente o serviço de telefonia fixa.

Assim, com a regulamentação do SCM, as operadoras passaram a executar um único serviço de comunicação, com um único contrato, englobando todas as etapas do serviço (canal de comunicação + autenticação + endereço IP), cobrando por isso um só preço.

O cenário não foi diferente com os novos prestadores de SCM de médio e pequeno porte (que antes eram apenas provedores de internet), pois eles passaram a

oferecer um único serviço (internet banda larga), por um único preço e a concorrerem no mercado com empresas de telefonia fixa, celular e de TV por assinatura.

Este novo cenário alterou profundamente a premissa anterior, da existência de dois serviços diferentes prestados por duas empresas diversas, que está na base de todo o raciocínio utilizado para fundamenta a jurisprudência trazida pelos Impugnantes ao longo da Peça de Defesa e também a publicação do citado Enunciado de Súmula STJ nº 334.

Em outras palavras, no caso da internet banda larga, deixou de existir a figura autônoma do SVA de conexão/acesso à internet, que foi absorvido pelo SCM, o qual passou a englobar todas as etapas de conexão e transferência de dados entre o usuário e a rede mundial de computadores.

Importante ter em mente que, independentemente da tecnologia empregada ou da licença obtida pela operadora, se os serviços prestados por duas empresas diferentes concorrem entre si e possuem o mesmo objeto, qual seja, **ligar o usuário à internet de forma que ele possa utilizar suas funcionalidades**, ambos são da mesma natureza jurídica e devem ter a mesma tributação, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia tributária e de fomentar-se a concorrência desleal entre as empresas prestadoras de serviço de comunicação.

Destaque-se que a discussão a respeito da incidência ou não do ICMS sobre os serviços de internet banda larga também foi objeto de diversas ações judiciais, promovidas por grandes operadoras de telecomunicações a partir do início dos anos 2000, tendo a jurisprudência se pacificado pela incidência do imposto.

Na atualidade, todas as grandes operadoras de comunicação tributam integralmente os serviços de internet banda larga prestados, não havendo dúvida alguma sobre a incidência do ICMS.

Entretanto, em atitude antijurídica e desleal para com os demais atores do mercado de comunicações, algumas pequenas empresas vêm, há muito tempo, misturando propositalmente conceitos diversos, no intuito de confundir empresas prestadoras de serviço de internet banda larga (típico serviço de comunicação) com os antigos e hoje dispensáveis provedores de internet.

O intuito desta manobra é claro e vem se refletindo cotidianamente na arrecadação de ICMS Comunicação: afastar irregularmente a incidência do ICMS sobre o serviço de comunicação por elas prestado, simulando a ocorrência de um fato gerador de ISSQN, tributo com alíquotas notoriamente inferiores às do ICMS. As NFS-es da Prefeitura de Governador Valadares trazidas pelos Impugnantes às fls. 103/126 são esclarecedoras quanto a este ponto.

Desta forma, ao se autodenominarem “provedores de acesso à internet”, embora, de fato, prestem serviço de comunicação (internet banda larga), algumas empresas provocam uma confusão semântica que pode conduzir a equívocos irreparáveis, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, capazes de produzir extensos prejuízos financeiros aos cofres públicos e também às demais prestadoras de serviços de internet banda larga, que tributam corretamente o seu serviço por meio de ICMS.

Em 2013, portanto em momento muito posterior às decisões judiciais que culminaram na publicação do Enunciado de Sumula STJ nº 334 (2006) e à proposição do Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.08.481721-2/000 pela ABRAMULTI (2008), a Anatel aprovou um Novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, que se tornou o anexo da Resolução Anatel nº 614/13.

O art. 3º do novo regulamento alterou e atualizou a definição de SCM, adaptando-a o texto legal à nova realidade, na qual o serviço de provimento de conexão à internet já se encontrava, de fato, absorvido pelo SCM. Observe-se:

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.

(Destacou-se)

Observe-se que ao incluir a expressão “*permitindo inclusive o provimento de conexão à internet*” no conceito de SCM, a Anatel reconheceu que o mercado já atuava com este formato há bastante tempo. Em outras palavras, reconheceu que o SCM de internet banda larga havia absorvido o SVA de conexão à internet, tornando dispensável o provedor de internet para tal serviço.

Reforçando tal entendimento, interessante transcrever o tópico “**Tema III – Definição do Serviço de Comunicação Multimídia**”, da Análise nº 304/2013-GCMB, de 17/05/13, elaborada pelo Conselheiro Relator da Anatel, Sr. Marcelo Bechara de Souza Hobaika.

Além de trazer um interessante histórico do desenvolvimento da internet no Brasil, tal Análise é o documento que registrou os fundamentos e as discussões que culminaram na edição e publicação do já citado Novo Regulamento do SCM, anexo à Resolução Anatel nº 674/13, especialmente quanto ao novo conceito de SCM trazido pelo seu art. 3º, que passou a englobar também o provimento de conexão à internet. Os trechos mais relevantes foram destacados em negrito:

Tema III – Definição do Serviço de Comunicação Multimídia

5.32. O art. 3º da minuta em análise define o serviço em seu *caput* e, em seus parágrafos, busca delinear algumas distinções do SCM em relação a outros serviços. Os §§2º e 3º garantem que a exploração do SCM não admite tanto a prestação de serviços de radiodifusão ou de TV por Assinatura, quanto do STFC, o que apenas sedimenta entendimentos já consolidados pela Anatel, inclusive por sua Súmula nº 6, de 24/01/2002.

5.33. Por sua vez, o §4º apresenta disposição redundante em relação ao §2º, pois este já expressa

claramente o que não é permitido na prestação do SCM em relação a outros serviços.

5.34. Já o §1º apresenta disposição dissonante em relação a outros serviços de interesse coletivo, por buscar caracterizar o SCM pelo que ele não é. Isso porque a efetiva distinção da natureza do serviço é garantida exatamente pela definição afirmativa de cada serviço de telecomunicações regulado pela Anatel em seu respectivo Regulamento.

5.35. A considerar, portanto, que o **SCM** apresenta funcionalidade de extrema importância para o setor de telecomunicações brasileiro, qual seja, o **acesso à banda larga**, considero indispensável o avanço para um novo patamar de regulação, a fim de que seja superada a tendência de se regulamentar um serviço pelo que ele não é, para ceder-se lugar à via direta e afirmativa.

5.36. Nesse mesmo contexto, é **forçoso que a regulamentação absorva a realidade delineada pelo desenvolvimento e expansão do serviço, com a necessidade de que a norma se adeque às práticas de mercado nacional e internacional do SCM**, a fim de que se garanta regulação verdadeiramente eficiente com geração de benefícios aos usuários.

(i) Histórico da internet.

5.37. Em resumo, pode-se conceituar a internet como o sistema global de redes de computadores que permite a comunicação usuário-a-usuário e a transferência de dados de uma máquina para qualquer outra na rede em todo o mundo.

5.38. Historicamente, a internet encontra origem em razões militares contextualizadas no cenário americano à época da Guerra Fria. Na década de 60, buscou-se prover conexão entre computadores de forma descentralizada a fim de que o dano de parte da rede por eventual ataque nuclear não impedisse a comunicação⁶. Diante disso, a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) do Departamento de Defesa norte-americano desenvolveu um projeto de interligação de grandes computadores e, assim, foi construída, na década de 70, a ARPANet, que ligava quatro localidades americanas⁷. Após dois anos, a rede já havia se expandido para quarenta localidades diferentes que enviavam, entre si, pequenos arquivos de texto (correio eletrônico), que logo evoluíram para arquivos maiores e obteve crescimento desenfreado caindo nas mãos do uso público e abrindo portas para

a Sociedade da Informação (geração, acesso e manipulação da informação)⁸.

5.39. No Brasil, a internet teve início a partir de redes acadêmicas regionais que começaram a se formar a partir de 1988⁹. No ano seguinte, o Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) criou a RNP (Rede Nacional de Ensino e Pesquisa) a fim de viabilizar uma rede nacional de internet entre as entidades de ensino¹⁰. Tais redes evoluíram gradativamente para o acesso comercial e, em 1995, o uso da rede deixou de ser restrito aos usuários da RNP¹¹. No mesmo ano, o Ministério das Comunicações publicou a Norma nº 4/1995, aprovada pela Portaria nº 148, de 31/05/1995, com o objetivo de “regular o uso de meios da Rede Pública de Telecomunicações para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet”.

5.40. Nessa época de **início da internet** e mesmo à época de promulgação da LGT (1997), **o provimento de acesso à internet se dava, exclusivamente, via linha discada, sendo um serviço que conectava o usuário final à internet por meio de uma linha de telefone fixo comum.** Assim, utilizando um computador equipado com um modem para conexões discadas, o usuário discava para o seu Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) por meio de uma linha telefônica contratada para serviço de voz.

5.41. Nesse modelo, há **clara distinção entre a camada lógica (PSCI) e a camada de infraestrutura (telefonia fixa).** O PSCI é o responsável, entre outras atividades, por estabelecer a conexão com a internet por meio da autenticação do usuário e, para a Prestadora de STFC, o procedimento se dá como uma chamada telefônica, sem distinção entre o tráfego de voz e dados. **Nesse cenário, o SCI apresenta-se como um Serviço de Valor Adicionado (SVA) às redes de telefonia fixa e, por definição legal, não constitui serviço de telecomunicações, nos termos do art. 61 da LGT¹².**

5.42. De lá para cá, houve expressiva evolução no uso da internet no país, com o avanço das ciências da informação e comunicação, o desenvolvimento das tecnologias digitais, o surgimento das redes convergentes possibilitando a agregação de serviço de voz e dados, a proliferação de equipamentos terminais de múltiplo uso e de novas tecnologias sem fio. Evoluindo em fases, a rede mundial, primeiramente, tentou simplesmente replicar o que ocorria no mundo de massa impresso para o mundo digital. Em seguida,

surgiram os portais de notícia e conteúdo, com ferramentas de busca a fim de capacitar os usuários a acessá-los e, atualmente, assiste-se a uma reconstrução da internet ao redor das pessoas por meio das redes sociais.

5.43. Todo esse avanço e a demanda cada vez mais voraz por acesso à rede mundial foi terreno fértil para que não só o STFC, mas **outros serviços de telecomunicações passassem a ser utilizados como suporte de acesso à internet**. Entre eles estão o SMP, por meio da rede celular, o Serviços de TV por Assinatura/SeAC por meio de suas redes de cabo, satélite ou rádio, e o SCM, que presta suporte via rede de dados.

5.44. Com a expansão gradativa do acesso, a rede mundial tornou-se um fenômeno da comunicação, promovendo grande transformação da vida das pessoas ao apresentar-se como plataforma que concede voz ativa a seus usuários e como meio de garantia das prerrogativas fundamentais de comunicação, liberdade de expressão, informação e educação, além de ser ambiente propício ao empreendedorismo.

5.45. Atualmente, a internet situa-se entre os elementos essenciais ao futuro digital do Brasil, que é hoje o terceiro mercado global de computadores, notebooks e *tablets*. Ademais, pesquisas indicam que, em 2012, o total de pessoas com mais de 16 anos com acesso à internet em qualquer ambiente já passava de 90 milhões no país¹³.

5.46. Desse modo, a evolução da internet apresenta-se como caminho emblemático para a convergência, a inovação e o desenvolvimento do país a partir da garantia de direitos fundamentais.

(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 **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.

5.49.

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.

5.52. Essa realidade, todavia, não impede a responsabilização das próprias Operadoras, conforme se verifica do Processo nº 53504.020157/2008, que apurou o denominado “Apagão Speedy”. Nesses autos, houve sanção pela interrupção da prestação do serviço ocasionada por um ataque ao DNS da Prestadora. Ou seja, o sancionamento foi plenamente cabível porque uma das atividades inerentes à administração de redes para conexão à internet não foi devidamente garantida pela Prestadora de SCM, com prejuízo aos Assinantes.

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 oficializar 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 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 regulamento, 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 Pessoa (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 exemplodo 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 oficializar 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 deserviços 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 Brasil¹⁴.

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 sentido¹⁵. Além disso, como dito, a caracterização do SCM pelo que ele não é apresenta-se 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.

5.69. De outro lado, a Área Técnica não acatou as contribuições para inserção de referência ao Serviço de

Acesso Condicionado (SeAC) ao art. 3º, §1º, da minuta da SPV, tendo em vista que sequer existia um novo serviço em substituição aos já existentes de TV por Assinatura.

5.70. De fato, à época da Consulta Pública nº 45, de 08/08/2011, ainda tramitava no Congresso Nacional Projeto de Lei que culminou na aprovação da Lei nº 12.485, de 12/09/2011, Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado. Tal norma estabeleceu profundas alterações no regime de prestação dos serviços de telecomunicações de TV por Assinatura, prevendo, entre outras mudanças, a existência de um novo serviço, o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), a ser prestado sob quaisquer que sejam as tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação.

5.71. Todavia, a citada Lei não simplesmente extinguiu os serviços de TV por Assinatura anteriormente existentes, mas estabeleceu normas de transição para o novo regime estabelecido. Previu, inclusive, a possibilidade da requisição de adaptação, para o SeAC, dos instrumentos anteriormente outorgados para prestação desses serviços antigos.

5.72. Nesse sentido, verifica-se que a própria Procuradoria sugeriu alteração da redação do dispositivo para acrescentar ao §1º, que distinguia o SCM de outros serviços, alusão ao SeAC, o que foi acatado pelo Informe nº 770/2012 (pós-CP).

5.73. Apesar de a proposta deste Gabinete sugerir a extinção de tal dispositivo, considero que a contribuição deve ser acatada para sua inserção no antigo §2º e atual §1º do art. 3º da minuta resultante de minha relatoria.

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.*

~~§ 1º Distinguem-se do SCM o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e os serviços de televisão por assinatura, tais como o Serviço de TV a Cabo (TVC), o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal~~

~~(MMDS), o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), o Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos (DISTV) e o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).~~

§ 21º A prestação do SCM não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar a prestação de serviços de radiodifusão, ou de televisão por assinatura ou de acesso condicionado, assim como o fornecimento de sinais de vídeos e áudio, de forma irrestrita e simultânea, para os Assinantes, na forma e condições previstas na regulamentação desses serviços.

§ 32º Na prestação do SCM não é permitida a oferta de serviço com as características do Serviço Telefônico Fixo Comutado destinado ao uso do público em geral (STFC), em especial o encaminhamento de tráfego telefônico por meio da rede de SCM simultaneamente originado e terminado nas redes do STFC.

~~§ 4 Na prestação do SCM é permitido o fornecimento de sinais de vídeo e áudio, de forma eventual, mediante contrato ou pagamento por evento.~~

§ 53º Na prestação do SCM é permitida a implementação da função de mobilidade restrita nas condições previstas na regulamentação específica de uso de radiofrequência.

Concretamente, desde o advento da nova tecnologia de SCM (2001), as empresas prestadoras de serviço de internet banda larga 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 (provedores) na relação contratual.

Com isto, no exato momento em que o usuário tem o serviço disponibilizado e a sua ligação é estabelecida pela prestadora de SCM (internet banda larga) por ele contratada, já será possível usufruir instantaneamente dos serviços da rede mundial de computadores (internet), sem a necessidade de contratação de um provedor de acesso/conexão.

É possível afirmar, portanto, que a tecnologia utilizada pelas empresas de transmissão de dados via Cabo ou radiofrequência, no tocante aos serviços de internet banda larga, suprimiu a obrigatoriedade de contratação em separado de um outro agente para garantir a conexão (provedor de acesso), estando esta atividade inserida no campo da própria prestação do SCM, serviço esse típico de telecomunicação.

Como bem salienta o Fisco, em 11/09/07, a Autuada obteve junto à ANATEL permissão para **prestação de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM**, conforme termo PVST/SPV Nº 115/2007 que pode ser visualizado no sítio

eletrônico da Anatel, no link <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/relacao-de-autorizados>. Desde então, a Autuada detém condições técnicas para prestação do SCM de internet banda larga.

Isso denota que com o fim das limitações quantitativas e redução dos valores para obtenção da licença para prestação de serviço de comunicação, a Autuada resolveu se tornar uma operadora de comunicação na modalidade SCM, passando a oferecer aos seus usuários o serviço de internet banda larga “via cabo” e “radiofrequência”, situação que persiste até os dias atuais.

Caso a Autuada fosse realmente um provedor de internet, como afirma em sua peça de defesa, não haveria necessidade de obter uma permissão junto à Anatel para prestação de SCM, na medida em que o PSCI não depende de autorização daquela agência reguladora para funcionamento, informação que consta, inclusive, de documento apresentado pelos próprios Impugnantes (item 6 – fls. 228). Ao verdadeiro PSCI, basta um simples credenciamento junto à empresa de telecomunicações que prestará o SCM aos seus clientes.

Como bem destacou o Conselheiro Relator da Anatel nos Itens 5.48, 5.50 e 5.57, já transcritos, no âmbito da prestação do SCM via cabo ou radiofrequência, o provimento de acesso, representado pela autenticação do usuário e pelo fornecimento de um IP, passou a integrar de forma indissociável o SCM, constituindo-se todo o serviço de uma única atividade: fornecimento de acesso dedicado (internet banda larga) ao usuário da rede.

Ao contrário do que tentam aduzir os Impugnantes, o SCM é atividade principal (senão única) do serviço de internet banda larga, carregando consigo a totalidade dos custos da prestação do serviço de comunicação, já que todo o investimento em infraestrutura (cabos, fibra ótica, *modems*, estação de rádio, radiotransmissores, etc.) está diretamente relacionado com a prestação do SCM e não do SCI.

Os Impugnantes afirmam que, por questões contratuais, a Autuada se limita a prestar exclusivamente serviços de acesso à internet, espécie de SVA, não sendo de sua responsabilidade a prestação de serviço de telecomunicações, seja o serviço de comunicação multimídia ou qualquer outra modalidade de serviço de telecomunicações. Apresenta cópias dos Termos de Contratos firmados com alguns de seus usuários (fls. 128/172).

Entretanto, esta afirmação não corresponde à realidade dos fatos.

O papel aceita qualquer informação que nele se registre. Mas escrever no papel fatos inverídicos não os torna verdadeiros.

Assim, redigir um Termo de Contrato de Adesão (documento físico) com cláusulas dissociadas do verdadeiro contrato (o acordo de vontade entre as partes), no intuito de travestir o SCM de internet banda larga em SVA de provedor de conexão à internet, em nada modifica a substância do negócio jurídico realizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todos os elementos fáticos existentes denotam que se trata de um SCM (infraestrutura de cabos e de radiofrequência, contrato único com usuário, pagamento único, dentre outros).

Observa-se no modelo de Termo de Contrato apresentado pela Autuada (fls. 131) que está sendo ofertado aos seus clientes um **plano de internet banda larga, constando inclusive a velocidade de download/upload e garantia de banda mínima de 30% da velocidade contratada**, informações inerentes ao SCM de internet banda larga, mesmo que o contribuinte tente nomeá-lo como uma suposta “prestação de serviços de acesso à internet”. Já foi sobejamente demonstrado anteriormente que o SCI é desnecessário (de fato, inexistente) no caso em tela.

Tudo isso denota a clara intenção dos envolvidos de simular um negócio jurídico inexistente, com o fim último de ocultar irregularmente a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Importante reiterar, ainda, que a Autuada possui Autorização da Anatel para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia desde o ano de 2007, o que reforça a conclusão a respeito da verdadeira natureza do serviço prestado pela Autuada.

O que se nota é que a Autuada tenta se valer de uma legislação obsoleta e descontextualizada da realidade atual, no intuito de confundir conceitos relativos à natureza jurídica do SCI no âmbito de um serviço de SCM.

Os Impugnantes citam por diversas vezes a Norma nº 004/95 do Ministério das Comunicações, aprovada pela Portaria nº 148/95, para fundamentar seu argumento de que presta um SVA na modalidade SCI e não um SCM de internet banda larga.

Entretanto, necessário destacar que esta norma foi editada ainda na época da “internet discada” (portanto em momento anterior até ao surgimento do SCM, ocorrido em 2001) com o objetivo de regular o uso dos meios da Rede Pública de Telecomunicações (redes de telefonia fixa) para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet.

O SCM, originalmente definido em 2001, desde 2013 está conceituado no art. 3º do novo Regulamento de SCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13, que não deixa qualquer dúvida quanto à integração do SCI ao SCM, no caso da internet banda larga. Observe-se:

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.

(Destacou-se)

Importante ressaltar que não se nega a vigência da legislação relacionada ao tema, mormente o art. 61 da Lei nº 9.472/97, que trata dos Serviços de Valor

Adicionado (SVA) e de sua considerada distinção em relação aos serviços de telecomunicação.

Esta modalidade de serviços continua existindo, por meio de funcionalidades como conta de e-mail, antivírus, AntiSpam, *Cloud services* (armazenamento), portais de conteúdo (como UOL e TERRA), entre outros aplicativos que agregam funcionalidades ao serviço de comunicação, sem com ele se confundir.

Entretanto, nenhum destes serviços é prestado pela Autuada.

A Resolução Anatel nº 614/13, ao contrário do que tentam fazer crer os Impugnantes, veio apenas adequar as definições de SCM à nova realidade fática, excluindo do conceito de SVA o Serviço de Conexão à Internet (SCI), nos casos de prestação de SCM internet banda larga, situação da Autuada.

Ao contrário do que afirmam os Impugnantes, o recolhimento do ICMS sobre os serviços internet banda larga prestados pela Autuada não cabe às empresas Eletronet e GVT, das quais ela adquire serviços de telecomunicações a serem utilizados em sua atividade fim.

As notas fiscais e termos de contrato acostados às fls. 174/219 demonstram que a Autuada Konnet figura como tomadora de serviço de comunicação dessas duas empresas, adquirindo “links de internet” que são posteriormente utilizados como canal de comunicação para a prestação do SCM de internet banda larga.

Ademais, os documentos em comento demonstram que as duas empresas não têm qualquer relação contratual com os clientes da Autuada, e sim com a própria Autuada, que delas adquire um serviço de telecomunicação (links de internet), como condição material indispensável à prestação do seu **Serviço de Comunicação Multimídia** de internet banda larga com a velocidade e qualidade contratualmente estipuladas.

Importante ressaltar, em complemento, que a Autuada dispõe de toda a infraestrutura e equipamentos necessários à transmissão e recepção de dados, inclusive rede de fibra óptica própria e rádios transmissores, os quais representariam um custo monumental e desnecessário, caso ela fosse um mero provedor de internet.

Destaque-se que uma infraestrutura física de telecomunicações é de construção onerosa e demorada, só se justificando sua existência quando ela será utilizada em sua finalidade precípua, qual seja, **prestar um serviço de comunicação**.

Não há qualquer lógica no argumento de que uma empresa gastou milhares ou milhões de reais em equipamentos de telecomunicação (cabramento de ruas, prédios e casas, *modems*, aparelhos de radiofrequência, dentre outros), mas que sua intenção é prestar um serviço para o qual estes mesmos equipamentos são desnecessários. A alegação é de uma incoerência excruciante.

De todo o exposto, conclui-se de forma segura que a Autuada é uma prestadora de SCM na modalidade internet banda larga, serviço de acesso dedicado ofertado sem intervenção de provedores de internet, sujeito à incidência do ICMS e não do ISSQN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por esta razão as notas fiscais de serviço municipais emitidas pela Autuada (fls. 103/126) não substituem as Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações exigidas pelos arts. 142 a 145 do Anexo V, do RICMS/02, razão pela qual as prestações envolvidas na autuação encontram-se desacobertas de documentação fiscal:

Art. 142. A Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22, será utilizada por qualquer estabelecimento que prestar serviços de telecomunicações.

Art. 143. A Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações será de tamanho não inferior a 150 X 90mm e conterà as seguintes indicações:

(...)

VI - discriminação do serviço prestado de modo que permita sua perfeita identificação;

VII - valor do serviço prestado e outros valores cobrados a qualquer título;

VIII - valor total da prestação;

IX - base de cálculo do ICMS;

X - alíquota aplicável;

XI - valor do ICMS;

(...)

Art. 144. A Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações será emitida em, no mínimo, 2 (duas) vias, as quais terão a seguinte destinação: I - 1ª via - será entregue ao usuário; II - 2ª via - ficará em poder do emitente, para exibição ao Fisco

Art. 145. A Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações será emitida por serviço prestado ou no final do período de prestação do serviço, quando este for medido periodicamente.

Estando as prestações desacobertas, correta a exigência da Multa de Isolada do art. 55, inciso XVI, da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

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

(Destacou-se)

Quanto à alegação da Tribuna de que o Fisco não aplicou a redução de base de cálculo vigente para as prestações até dezembro de 2015, prevista no Anexo IV do RICMS/02, às prestações por ela efetuadas, há que se destacar que assim estabelecia o item 32 do Anexo IV do RICMS/02, enquanto vigente:

32 Prestação onerosa de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso.

(...)

32.1 A redução será aplicada opcionalmente pelo contribuinte, em substituição ao sistema normal de débito e crédito, mediante anotação no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO), sendo vedada, nesse caso, a utilização de quaisquer créditos fiscais.

Logo, vê-se que a redução não se aplicava à modalidade de prestação, internet banda larga (SCM), desenvolvida pela Autuada. Ademais, como disposto no subitem 32.1, ainda que fosse aplicada, seria por opção da contribuinte e formalizada no RUDFTO, o que não se verifica no caso em análise.

Por oportuno, mencione-se que este Egrégio CCMG, já se manifestou favoravelmente às exigências fiscais em casos relacionados à mesma matéria em várias oportunidades, podendo ser citadas as recentes decisões proferidas segundo os Acórdãos n°s 22.852/18/3, 23.477/19/1 e 23.492/20/3, as quais foram todas confirmadas pela Câmara Especial em sede de recurso, segundo os Acórdãos n°s 5.070/18/CE, 5.310/20/CE e 5.374/20/CE, respectivamente.

Quanto ao questionamento de que a Nota Fiscal n° 000.001, emitida pela Autuada em 03/02/16, sequer corresponde ao período autuado, representando apenas um erro de contabilidade, mais uma vez não lhes assiste razão.

Este documento foi a primeira NFST emitida pela Autuada e demonstra que, a partir de fevereiro de 2016, ela própria reconheceu que prestava um SCM de internet banda larga, serviço a ser acobertado por NFST, com tributação pelo ICMS e não pelas NFS-es até então emitidas.

Ademais, nota-se que não houve um erro de contabilidade no modelo da nota fiscal emitida, mas sim um mudança de *modus operandi* por parte da Autuada, pois desde a emissão da NFST 000.001, em 02/16, até os dias atuais, a Autuada continua emitindo NFST para acobertar suas operações e informando seu faturamento como serviço de comunicação nas Declarações do Simples Nacional, esse sim o procedimento correto, que deveria ter sido observado desde o início de suas atividades.

Apesar de tal assunto já ter sido tratado no âmbito das preliminares, interessante destacar que quando a ABRAMULTI alegou, nos autos do MS n° 1.0000.08.481721-2/000, que o estado de Minas Gerais estava descumprindo a decisão concessiva da segurança e lavrando autuações contra provedores de internet a ela associados, obteve decisão notoriamente desfavorável.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão judicial foi no sentido de que na prestação de serviço de internet banda larga, o SCI deixou de ser, tecnicamente, um serviço autônomo para fazer parte da cadeia de serviço inerente à infraestrutura utilizada para suporte à internet, razão pela qual não haveria descumprimento da decisão judicial, já que a autuação questionada (assim como a presente) envolve serviço de comunicação multimídia na modalidade internet banda larga. Observe-se um trecho esclarecedor dessa decisão judicial:

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. (GRIFOU-SE)

DIANTE DISSO, SOMENTE HAVERIA DESCUMPRIMENTO DA ORDEM PELOS IMPETRADOS NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO EXCLUSIVA DO SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET, O QUE NÃO FOI COMPROVADO NOS AUTOS.

MANDADO DE SEGURANÇA 1.0000.08.481721-2/000 -
COMARCA DE BELO HORIZONTE - IMPETRANTE(S):
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS PRESTADORAS DO
SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (ABR) -
AUTORIDADE COATORA: SECRETARIO DE ESTADO DA
FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INTERESSADO:
ESTADO DE MINAS GERAIS

VISTOS EM DESPACHO DO RELATOR

A IMPETRANTE ATRAVESSOU PETIÇÃO NOS AUTOS (F. 755-769) ALEGANDO QUE A AUTORIDADE COATORA E O ESTADO DE MINAS GERAIS NÃO ESTÃO CUMPRINDO A DECISÃO CONCESSIVA DA SEGURANÇA.

SUSTENTA QUE, EMBORA O ESTADO DE MINAS GERAIS ESTEJA IMPEDIDO DE AUTUAR AS EMPRESAS ATUANTES NOS SERVIÇOS DE ACESSO À INTERNET QUANDO O OBJETIVO FOR A TRIBUTAÇÃO A TÍTULO DE ICMS, HÁ ALGUM TEMPO A ORDEM JUDICIAL VEM SENDO DESCUMPRIDA, VISTO QUE O ESTADO DE MINAS GERAIS INSISTE EM AUTUAR EMPRESAS ASSOCIADAS À IMPETRANTE, EXIGINDO INDEVIDAMENTE O ICMS SOBRE OS REFERIDOS SERVIÇOS.

SABENDO QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 26 DA LEI 12.016, DE 2009 O DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUI CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, FOI DETERMINADA A INTIMAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA, PARA, QUERENDO, MANIFESTAREM-SE SOBRE A PETIÇÃO DE F. 755-769.

O ESTADO DE MINAS GERAIS MANIFESTOU-SE À F. 837-838. JUNTOU DOCUMENTOS DE F. 839-1.003. QUANTO AOS DOCUMENTOS NOVOS JUNTADOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS FOI ABERTA VISTA À IMPETRANTE, QUE MANIFESTOU-SE À F. 1.009-1.021.

POIS BEM.

NO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA FOI CONCEDIDA A ORDEM “PARA DETERMINAR AO IMPETRADO QUE SE ABSTENHA DE TRIBUTAR PELO ICMS, OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET COMPROVADAMENTE ASSOCIADOS À IMPETRANTE”.

PORTANTO, A SEGURANÇA CONCEDIDA ALCANÇA APENAS O “SERVIÇO DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET” NÃO ABRANGENDO O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. CONTUDO, CONSIDERANDO O FENÔMENO DA DENOMINADA “CONVERGÊNCIA DIGITAL” – AGRUPAMENTO DOS DIVERSOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO – EM ALGUMAS SITUAÇÕES A INTERMEDIÇÃO DO PROVEDOR DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI) DEIXOU DE SER TECNICAMENTE NECESSÁRIA.

NO CENÁRIO ATUAL, O PRESTADOR DE SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET BANDA LARGA TAMBÉM PODE REALIZAR A CONEXÃO À INTERNET (O ARTIGO 3º DO ANEXO I À RESOLUÇÃO ANATEL 614 DE 2013 AUTORIZA QUE AS SCM PRESTEM O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET, SEM A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE UM PSCI), REDUZINDO A CONEXÃO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES EM MERA FUNCIONALIDADE DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PORQUANTO, NESSA MODALIDADE DE ACESSO, NÃO MAIS EXISTE A FIGURA INTERMEDIÁRIA DO PSCI.

ISSO NÃO SIGNIFICA QUE O PSCI DEIXOU DE EXISTIR. O SERVIÇO ISOLADO DE CONEXÃO À INTERNET PERMANECE, TODAVIA, QUANDO O OBJETO DE UMA SOCIEDADE É MAIS ABRANGENTE, COMO O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), CERTO QUE O SERVIÇO DO PSCI FOI ABSORVIDO PELA CADEIA DE SERVIÇOS OFERECIDOS SOBRE A RUBRICA SCM.

NESSAS HIPÓTESES, O ICMS RECAI SOBRE O VALOR TOTAL DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, NÃO SENDO POSSÍVEL EXTRAIR DA CADEIA APENAS A FUNCIONALIDADE QUE ANTES ERA DESEMPENHADA PELO PSCI.

CONSTOU DA ANÁLISE 306/2013-GCMB:

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 INTERMEDIÇÃO DO PSCI. ASSIM SENDO, NO SERVIÇO MÓVEL PESSOA (SMP) E EM PARTE DOS AUTORIZATÓRIOS 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 INTERMEDIÇÃO 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. (GRIFOU-SE)

DIANTE DISSO, SOMENTE HAVERIA DESCUMPRIMENTO DA ORDEM PELOS IMPETRADOS NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO EXCLUSIVA DO SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET, O QUE NÃO FOI COMPROVADO NOS AUTOS.

CITE-SE, A EXEMPLO, A SOCIEDADE MINAS GERAIS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.-ME, CUJO OBJETO SOCIAL, ALTERADO EM JANEIRO DE 2012, É:

(...) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA COMUTADA – STFC; SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA- SCM; OPERADORA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA POR CABO; MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE TELECOMUNICAÇÕES; COMÉRCIO VAREJISTA DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA. (F. 880)

OBSERVA-SE QUE NÃO CONSTA EM SEU OBJETO O SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET, O QUAL, CONFORME DESTACADO ACIMA, É ABSORVIDO PELO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA.

QUANTO À SOCIEDADE CENTURY TELECOM LTDA. NÃO FOI COLACIONADO AOS AUTOS DOCUMENTO QUE COMPROVE O SEU OBJETO SOCIAL. TODAVIA, À F. 1.034 INFORMOU QUE PRESTA SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET, SERVIÇOS DE VOZ SOBRE PROTOCOLO DE INTERNET, SERVIÇOS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, DENTRE OUTROS, SENDO EVIDENTE QUE O SCM ABRANGE O PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET.

FEITAS ESSAS CONSIDERAÇÕES, INDEFIRO O PEDIDO CONTIDO NO ITEM (I) À F. 765.

QUANTO AO PLEITO CONTIDO NO ITEM (II) NÃO HÁ ESPAÇO PARA SUA APRECIÇÃO NA VIA ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. PELO O QUE, DELE NÃO CONHEÇO.

INTIME-SE.

BELO HORIZONTE, 4 DE DEZEMBRO DE 2017.

DESEMBARGADOR MARCELO RODRIGUES

RELATOR

Quanto ao pedido de exclusão dos Coobrigados do polo passivo da autuação, mais uma vez não assiste razão aos Impugnantes.

Como já dito, a conduta adotada pela Autuada, sob o comando dos Coobrigados, denota a clara intenção de ocultar deliberadamente o fato gerador do ICMS, inclusive à custa de atos ilícitos como as simulações contratuais.

Os envolvidos se valeram de documentos com cláusulas e declarações que não correspondem à realidade (Termos de Contrato de Prestação de Serviços de Acesso à Internet – fls. 128/172 e Notas Fiscais Eletrônicas de Serviço Municipal – NFS-es – fls. 103/126), documentos estes metodicamente construídos para simular a ocorrência da prestação de um SCI (provedor de acesso), mesmo quando os elementos fáticos (infraestrutura de cabos e equipamentos, contrato único com o usuário, recebimento do valor integral pago pelo usuário da internet banda larga, aquisição de link de internet, dentre outros) denotam, sem qualquer sombra de dúvida, tratar-se de prestação de um SCM (internet banda larga), sujeito à tributação pelo ICMS.

A simulação decorrente de negócios jurídicos com declarações e cláusulas não verdadeiras é um ato ilícito, previsto no art. 167, § 1º, inciso II, do Código Civil de 2002, tão grave aos olhos do ordenamento jurídico pátrio que possui o condão de tornar nulo o negócio jurídico envolvido, preservando-se apenas o que se dissimulou (os fatos verdadeiros), se válidos na substância e na forma:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

(...)

II - **contiverem declaração**, confissão, condição ou **cláusula não verdadeira**;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Destacou-se) .

A ciência dos envolvidos em relação ao caráter ilícito da conduta adotada pela Autuada até 01/16 comprova-se, ainda, pela mudança “repentina” no *modus operandi* da empresa a partir de 02/16.

Neste mês, a Autuada deixou de emitir NFS-e e passou a emitir NFST, tendo passado a declarar ao Simples Nacional o serviço de comunicação, pagando os tributos incidentes, inclusive o ICMS incluído na alíquota mensal, mesmo não tendo havido qualquer mudança na natureza ou nos elementos do serviço por ela prestado, que era e continuou sendo um SCM de internet banda larga.

Ademais, caso a conduta dos Sujeitos Passivos decorresse de mero erro ou divergência interpretativa posteriormente superada, como querem fazer crer os Impugnantes, ao constatar o equívoco eles poderiam facilmente ter demonstrado sua boa-fé e afastado a responsabilidade pela infração, mediante apresentação de denúncia espontânea, nos termos do art. 138, *caput*, do CTN c/c art. 207 do RPTA, fato este que nunca ocorreu:

CTN

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

RPTA

Art. 207. O contribuinte poderá, mediante denúncia espontânea, procurar a repartição fazendária a que estiver circunscrito para comunicar falha, sanar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, desde que não relacionados com o objeto e o período de ação fiscal já iniciada.

Vê-se, portanto, que as ações dos Coobrigados (sócia-gerente e mandatários), pessoas físicas responsáveis por comandar os negócios da Autuada, possuem caráter ilícito e elevado grau de reprovabilidade, mostrando-se suficientes para gerar sua responsabilização solidária pelos créditos tributários decorrentes, nos termos do disposto no art. 135, incisos II e III, do CTN c/c art. 21, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

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

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os **mandatários**, prepostos e empregados;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

I- o **mandatário**, o preposto e o empregado;

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

(Destacou-se)

Da Exclusão da Contribuinte do Simples Nacional:

O Fisco promoveu a exclusão de ofício da Autuada do Simples Nacional, em razão de prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123/06, com efeitos a partir de 01/01/14, como consta do Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 293.

Ao contrário do que afirma a Autuada, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de prestação de serviços de comunicação de internet banda larga desacobertados de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I e 29, incisos V e XI, §§ 1º e 3º, ambos da Lei Complementar n.º 123/06 c/c art. 84, inciso IV, alíneas “d” e “j, § 3º, da Resolução CGSN nº 140/18, vigente na data da exclusão de ofício:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...)

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º - Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º - A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes.

(...)

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 84. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses:

(...)

d) ter a empresa incorrido em práticas reiteradas de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) se for constatado que a empresa, de forma reiterada, não emite documento fiscal de venda ou prestação de serviço, observado o disposto nos arts. 59 a 61 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 106; e

(...)

§ 3º A ME ou a EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Portanto, na forma da lei, deve ser excluído do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06, o contribuinte que, dentre outras situações, realize prestações de serviços desacobertas de documentos fiscais.

Entretanto, merece reparo a data inicial dos efeitos da exclusão constante do Termo de Exclusão de fls. 293, que deverá ser a partir de 01/02/14 (e não 01/01/14). O mês de fevereiro de 2014 foi o segundo período de apuração em que se verificou a infração de prestação desacoberta. Só neste momento se caracterizou a prática reiterada da infração, nos termos do art. 29, § 9º, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

§ 9º - Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em **2 (dois) ou mais períodos de apuração**, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

(Destacou-se)

Depreende-se do art. 39, *caput*, da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 83, inciso II, § § 1º e 2º, da Resolução CGSN nº 140/18, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 140/18

Art. 83. A competência para excluir de ofício a ME ou a EPP do Simples Nacional é:

(...)

II - das secretarias estaduais competentes para a administração tributária, segundo a localização do estabelecimento; e

(...)

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício.

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 122.

Não existe na legislação mineira disposição específica sobre a exclusão de ofício do regime do Simples Nacional, mas o art. 10 do RPTA disciplina o contencioso administrativo e trata das notificações:

Art. 10. As intimações do interessado dos atos do PTA devem informar a sua finalidade e serão realizadas, a critério da Fazenda Pública Estadual, pessoalmente, por via postal com aviso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de recebimento, pelo Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e - ou por meio de publicação no órgão oficial dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda.

Registre-se que o CCMG julga as exigências fiscais (motivação da exclusão) e, posteriormente, a exclusão em si. Nesse sentido, este Órgão Julgador tem decidido reiteradamente, a exemplo do Acórdão nº 22.078/16/1ª:

EMENTA

(...)

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - MERCADORIA DESACOBERTADA. COMPROVADO NOS AUTOS QUE A IMPUGNANTE PROMOVEU A SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL, CORRETA A SUA EXCLUSÃO DO REGIME DO SIMPLES NACIONAL, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 29, INCISOS V E XI DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, C/C O ART. 76, INCISO IV, ALÍNEAS "D" E "J", §§ 3º E 6º, INCISO I DA RESOLUÇÃO CGSN Nº 94 DE 29/11/11.

A Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para as exigências relativas às prestações de serviço de comunicação desacobertadas de documentação fiscal e emitiu o Termo de Exclusão do Simples Nacional de fls. 293, o qual foi regularmente notificado à Autuada, não havendo qualquer motivo para que seja cancelado ou anulado, como pretende a Autuada.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencidos, em parte, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Victor Tavares de Castro, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Em seguida, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional para considerá-la somente a partir de 01/02/14. Pela Impugnante Konnet Informática Eireli, sustentou oralmente o Dr. André Starling Hubner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros vencidos.

Sala das Sessões, 02 de dezembro de 2020.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.620/20/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001178394-08
Impugnação: 40.010147470-06, 40.010147471-89 (Coob.), 40.010147472-60 (Coob.), 40.010147474-21 (Coob.), 40.010147473-41 (Coob.)
Impugnante: Konnet Informática Eireli
IE: 277416609.00-21
Fabiana Maria Mendonca de Oliveira (Coob.)
CPF: 041.867.986-05
Maurício Pereira de Carvalho (Coob.)
CPF: 244.344.936-04
Selma Souza Carvalho (Coob.)
CPF: 982.259.446-15
Sílvio Lima de Barros (Coob.)
CPF: 251.755.758-64
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Thiago Álvares Feital, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre da manutenção dos Coobrigados no polo passivo, dado que a Fiscalização não demonstra ter havido conduta dolosa apta a fundamentar tal responsabilidade.

Segundo o art. 146, inciso III da Constituição da República, cabe à lei complementar disciplinar normas gerais de direito tributário. Cumprindo esse comando, o art. 135 do Código Tributário Nacional assim dispõe:

CTN:

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

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

Reproduzindo o texto da norma complementar, a Lei nº 6.763/75 traz em seu art. 21, § 2º, inciso II previsão semelhante:

Lei nº 6.763/75:

Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

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

(...)

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

(...)

Observamos que as citadas normas, ao disciplinarem o instituto da responsabilidade tributária, limitam sua aplicação àqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Estamos, então, diante da hipótese de responsabilização decorrente de uma conduta ilícita por parte de pessoas que possuem poderes especiais na dinâmica da pessoa jurídica autuada.

Portanto, para fins de caracterização da responsabilidade tributária nos moldes do art. 135 do Código Tributário Nacional, se faz necessária a conjugação de dois elementos, que devem ser demonstrados nos autos pelo Fisco:

I - os sócios, diretores, gerentes ou representantes devem praticar atos de gestão; e

II - o inadimplemento da obrigação tributária deve decorrer de atos contrários à lei, contratos e estatutos, destacando que aqui não se trata de mera violação à lei tributária referente ao tributo que deixou de ser adimplido, e sim de violação à lei que traça diretrizes relacionadas ao exercício do cargo de gestão.

Nesse cenário, entendo que não há nos autos qualquer comprovação acerca desses dois elementos. A Fiscalização não demonstrou, além da juntada de documentos conferindo poderes aos Coobrigados, quaisquer elementos que comprovem a atuação destes na prática apurada, não foi apontada qualquer conduta dolosa dos gestores no desempenho de suas funções, requisito indispensável à inclusão no polo passivo da relação tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Pelo exposto, não tendo a Fiscalização feito provas acerca da conduta dolosa dos gestores na prática de ato ilícito, deve-se concluir pela exclusão dos Coobrigados do polo passivo do lançamento.

Sala das Sessões, 02 de dezembro de 2020.

**Thiago Álvares Feital
Conselheiro**

CCMIG