

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.799/21/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001700449-96
Impugnação: 40.010150844-00, 40.010150851-55 (Coob.), 40.010150850-74 (Coob.)
Impugnante: Pontenet Teleinformática Ltda
IE: 521016721.00-36
João Mattos da Silva (Coob.)
CPF: 401.555.446-91
Marcilene Padilha Soares (Coob.)
CPF: 032.372.556-29
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.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatou-se recolhimento a menor de ICMS incidente sobre Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade Internet Banda Larga, em razão da Autuada não incluir parte do valor do serviço na nota fiscal que acobertou a operação, a qual foi indevidamente tratada como Serviço de Valor Agregado (SVA) na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI). Procedimento fiscal respaldado pelos arts. 2º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III, todos da Lei Complementar nº 87/96 c/c arts. 12, inciso I, alínea “j” e 13, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75, além dos arts. 42, inciso I, alíneas “a” e “e” e 43, inciso X, § 4º, ambos do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de 01/01/16 a 31/12/19, de recolhimento a menor de ICMS incidente sobre Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade de internet banda larga.

A Autuada deixou de incluir parte do valor do serviço na nota fiscal que acobertou a operação, tratando indevidamente tal parcela como Serviço de Valor Agregado (SVA) na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI), sujeito à tributação municipal (ISSQN).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, os dois sócios-gerentes da Autuada, em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação com emissão de documento fiscal de valor inferior ao serviço prestado – subfaturamento), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos, os seguintes documentos: Auto de Infração - AI (fls. 02/07); Relatório Fiscal (fls. 08/22); **Anexo 1:** Demonstrativo Mensal SCM e DCT (fls. 23/28); **Anexo 2 - DVD contendo:** 7 Pastas de Documentos (*Pasta 1 – Documentos e Consultas, Pasta 2 – Registros C115, Pasta 3 – Exploratória, Pasta 4 – Auditoria - 2016 a 2019, Pasta 5 – NFSE - FISCO, Pasta 6 – E-mails trocados, Pasta 7 – Anexo 3*) + “Comparativo SCMxDRE”, “DCMM – RESUMO ANUAL – 2016 a 2019” e “Relatório Fiscal” (fls. 30); **Anexo 3/3.1:** Demonstrações das Operações SCM – “cópias dos documentos fiscais, boletos de cobrança, comprovantes de pagamento e notas fiscais citadas como exemplo no item 4 do Relatório Fiscal” (fls. 31/58); ARs de entrega do AI (fls. 59/61).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação Conjunta às fls. 67/133, acompanhada dos documentos de fls. 134/149 e 151, além da Mídia Digital de fls. 150.

Afirmam, em muito apertada síntese, o que segue:

- o Auto de Infração é nulo por violar o princípio da não cumulatividade, ao não considerar os créditos pelas entradas. Acrescentam que esses créditos seriam superiores aos débitos, inexistindo imposto a pagar, mas sim créditos a transferir para outro período. Concluem que o Anexo 09 (Mídia Digital – fls. 150) contém, por amostragem, diversos bens do ativo imobilizado adquiridos à época;

- o Auto de Infração é nulo por afrontar a decisão transitada em julgado do Mandado de Segurança Coletivo (MS) nº 1.0000.08.481721-2/000, de 04/05/11, que impede o estado de Minas Gerais de exigir ICMS sobre SCI dos associados da ABRAMULTI - Associação Brasileira dos Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia, à qual a Autuada é filiada. Salientam que há outras decisões judiciais favoráveis em casos análogos;

- o serviço de internet pressupõe a prestação de dois serviços distintos: o provimento de acesso à internet (SVA) e o SCM propriamente dito, nos termos do Informe PVSTR/PVST nº 224 da ANATEL, de 31/03/06 (Anexo 04 – Mídia Digital de fls. 150). Salientam que essa separação está prevista nos contratos firmados com os usuários. Apresentam, às fls. 82/89, um tópico descrevendo o “contexto histórico dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serviços de internet e dos provedores regionais”, assim como “a essencialidade dos serviços de conexão na internet banda larga”;

- o art. 3º do Regulamento do SCM (Resolução Anatel nº 614/13) não eliminou a existência de prestação onerosa de SVA, pois manteve o Serviço de Conexão à Internet (SCI) como atividade autônoma e distinta do SCM de internet banda larga. Aduzem que o SVA de SCI não foi absorvido pelo SCM de internet banda larga, como afirma a Fiscalização;

- a gratuidade obrigatória do serviço de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) integrante do mesmo grupo econômico da prestadora do SCM não se aplica no caso dos provedores de pequeno porte (como é o seu caso), nos termos do art. 64, § 2º, do Regulamento do SCM;

- o item 3, alínea “c”, da Norma nº 004/95 (aprovada pela Portaria nº 148/95 do Ministério das Comunicações), o art. 10, parágrafo único, da Lei nº 9.295/96 e o art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) mantiveram a conceituação do SVA e sua separação em relação ao SCM;

- a Anatel reconhece a autonomia do SCI em relação aos serviços de telecomunicações no Ofício nº 10/2009/PVSTR-ANATEL (Anexo 10 – Mídia Digital de fls. 150). Transcrevem jurisprudências do STJ (de 2003 e 2005) para justificar seu entendimento;

- o Auto de Infração exige ilegalmente o ICMS sobre o Serviço de Conexão à Internet (SCI), modalidade de Serviço de Valor Adicionado (SVA) que não está sujeita à incidência de tal tributo, nos termos da Súmula nº 334 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Salientam que a Autuada emite duas notas fiscais: uma NF Modelo 21 para o SCM (internet banda larga), tributada pelo ICMS e uma NF-e para o SVA (conexão à internet), tributada pelo ISSQN. Transcrevem extensa jurisprudência do STJ;

- as multas exigidas possuem caráter confiscatório;

- ausência de comprovação dos requisitos do art. 135 do CTN para inclusão dos sócios como Coobrigados. Acrescentam que o mero inadimplemento da obrigação tributária não gera responsabilidade de terceiros, conforme Súmula nº 430 do STJ;

- às fls. 130, pedem a realização de perícia contábil para comprovar que na apuração do crédito tributário não houve dedução do ICMS cobrado nas operações anteriores. Apresentam quesitos às fls. 151.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 161/217, refuta integralmente as alegações da Defesa.

Requer, portanto, a procedência do lançamento.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 221/265, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência do lançamento.

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 Preliminares

Da Alegação de Nulidade por Afronta a Decisão Judicial

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, que impede o estado de Minas Gerais de exigir ICMS sobre SCI de seus associados.

Apresentam uma Declaração emitida pela ABRAMULTI (Anexo 11 – fls. 150) que atesta que a Autuada era filiada a tal associação em 02/07/20, mas que nada diz sobre sua situação na data da proposição do MS (agosto de 2008).

Como regra, a ação judicial proposta contra a Fazenda Pública Estadual sobre matéria tributária, inclusive o Mandado de Segurança, importa em encerramento da discussão na esfera administrativa com referência à matéria discutida em juízo, devendo o processo ser remetido à Advocacia Geral do Estado (AGE) para análise e eventual desmembramento de parcela não alcançada pela discussão judicial, nos termos do art. 105, §§ 1º e 2º, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747/08:

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

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

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

Entretanto, a AGE já se manifestou diversas vezes sobre idêntico questionamento no âmbito da tramitação administrativa de outros Autos de Infração de mesmo conteúdo, lavrados contra contribuintes que, diante o lançamento tributário, também alegaram ser filiados à ABRAMULTI e, portanto, alcançados pelo aspecto subjetivo do citado mandado de segurança coletivo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessas análises, invariavelmente a AGE se pronunciou pela continuidade da tramitação dos lançamentos na esfera administrativa, como se deu, exemplificativamente, no PTA nº 01.001178704-02, julgado no CCMG por meio do Acórdão nº 23.619/20/3ª, transcrito parcialmente a seguir:

ACÓRDÃO Nº 23.619/20/3ª

(...)

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. 299/302, 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. 184 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.

(GRIFOU-SE)

Por essa razão, em prestígio aos princípios da celeridade processual, do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, adequado dar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prosseguimento ao contencioso administrativo fiscal também no presente caso, em linha com o entendimento pacífico da AGE sobre a matéria.

Ademais, conforme consta do excerto decisório transcrito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Tema de Repercussão Geral nº 499 (DJe de 06/08/18), assentou entendimento no sentido de que 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 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. 150 (Anexo 11) atesta apenas que a Autuada era associada da ABRAMULTI no dia 02/07/20, mas nada diz sobre sua situação na data de proposição do MS. Assim, além de o presente Auto de Infração cuidar de matéria distinta daquela decidida no citado MS, não há nem mesmo comprovação de que a eficácia subjetiva da coisa julgada alcance a Autuada.

Como se viu, o entendimento do STF é no sentido de que essa condição só poderia ser comprovada mediante apresentação da “relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento”, da qual conste o nome da Autuada. Entretanto, tal documento não foi trazido aos autos.

Por fim, importante destacar a posição atual do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) sobre a matéria, exarada no Agravo de Instrumento-CV nº 1.0000.18.126686-7/001, da 3ª Câmara Cível, proposto pela própria ABRAMULTI contra decisão de primeira instância que indeferiu pedido de tutela antecipada para fins de suspensão da exigibilidade de quaisquer créditos tributários lançados em desfavor das associadas da Agravante a título de ICMS sobre os serviços de provimento de internet, ainda que considerados pelo estado como serviços de telecomunicações. Observe-se:

DECISÃO

VISTOS.

TRATA-SE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AVIADO EM FACE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE QUAISQUER CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS EM DESFAVOR DAS ASSOCIADAS DA AGRAVANTE (ATUAIS OU FUTURAS) A TÍTULO DE ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE INTERNET, AINDA QUE O AGRAVADO CONSIDERE NA AUTUAÇÃO FISCAL OS SERVIÇOS DE INTERNET COMO SE FOSSEM EXCLUSIVAMENTE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. EM QUE PESEM AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELA AGRAVANTE, SABIDO QUE EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, DEVE-SE ATER, NUM EXAME SUMÁRIO DO CASO, À PRESENÇA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA PLEITEADA, SENDO NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE EVIDENCIEM A VERACIDADE DO DIREITO ALEGADO. NO CASO DOS AUTOS, NÃO SE DESCONHECE O TEOR DA SÚMULA 334 DO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PRECONIZA QUE O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET, ENTRETANTO, A PRETENSÃO LIMINAR, TAL COMO REQUERIDA, NÃO TEM SUSTENTAÇÃO ALGUMA PORQUE BUSCA IMPOR SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA DE FORMA GENÉRICA E AINDA MEDIDA RESTRITIVA EM AÇÃO COLETIVA QUE SERIA MERAMENTE DECLARATÓRIA.

(...)

OCORRE QUE A PRETENSÃO DEDUZIDA PRETENDE OBNUBILAR O FATO DE QUE SE AS EMPRESAS ASSOCIADAS NA AÇÃO COLETIVA PRODUZIREM O LANÇAMENTO DO ICMS INDEVIDO, ISSO NÃO SUPÕE EXISTÊNCIA DE RISCO DE DANO DE DIFÍCIL OU IMPOSSÍVEL REPARAÇÃO, PELO CONTRÁRIO, INDICA QUE A VIRTUAL ILEGALIDADE DA EXAÇÃO DERIVADA DO IMPOSTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO, NÃO É DO ESTADO, MAS DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE QUE TERIA A SEU DISPOR AS AÇÕES INDIVIDUAIS PARA ARROSTAR A ILEGALIDADE, NÃO HAVENDO ESPAÇO PARA A PRETENDIDA PRETENSÃO.

ADEMAIS, CONQUANTO SUSTENTE A AGRAVANTE QUE A QUESTÃO JÁ FORA OBJETO DE DECISÃO NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA 1.0000.08.481721-2/000 PELO 1º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, O ILUSTRE DES. MARCELO RODRIGUES, QUANDO DA ANÁLISE DOS MESMOS ARGUMENTOS AQUI EXPENDIDOS PELA AGRAVANTE, FEZ PONDERAR QUE:

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.” (GRIFOU-SE)

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 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. (...)

DIANTE DO EXPOSTO, INDEFIRO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL, DETERMINANDO SEJA OFICIADO O JUÍZO PARA QUE PRESTE INFORMAÇÕES ACERCA DO RESULTADO DERIVADO DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO E SE A AGRAVANTE FEZ CUMPRIR AS CONDIÇÕES DO ART. 1.018 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

NA MESMA OPORTUNIDADE, DETERMINO QUE SE INTIME O AGRAVADO, NA FORMA E PARA OS FINS DO ART. 1.019 II, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

PUBLIQUE-SE.

INTIME-SE.

BELO HORIZONTE, 07 DE NOVEMBRO DE 2018.

DES. JUDIMAR BIBER

RELATOR

(GRIFOU-SE)

Por todos os motivos expostos, sem razão a Defesa, devendo ser afastada a alegação de nulidade por afronta à decisão judicial em comento.

Da Alegação de Nulidade por Ofensa à Não Cumulatividade e do Pedido de Prova Pericial

A Defesa alega que o Auto de Infração é nulo, pois não considera os créditos pelas entradas na sua apuração, ofendendo o princípio da não cumulatividade.

Aduz ainda que os créditos seriam superiores aos débitos, inexistindo imposto a pagar, mas sim créditos a transferir para outro período, conforme amostragem de notas fiscais de entrada de bens do ativo imobilizado contidas no Anexo 09 (Mídia Digital – fls. 150).

Pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovar que na apuração do crédito tributário não houve dedução do ICMS cobrado nas operações anteriores. Para tanto, formula os quesitos de fls. 151.

Inicialmente, importante destacar que o questionamento a respeito de eventual direito aos créditos do imposto tem caráter nitidamente meritório, razão qual não teria o condão de tornar o lançamento nulo, nem mesmo se fosse procedente.

Entretanto, não assiste razão à Defesa no questionamento e, conseqüentemente, não há controvérsia a ser sanada por meio de prova pericial, como se verá.

O direito ao crédito do imposto decorre da entrada de mercadoria, matéria-prima ou bem do ativo imobilizado no estabelecimento do adquirente, sendo implementado pelo próprio Contribuinte que a ele faz jus, sem qualquer autorização prévia ou participação direta do Fisco. Para aproveitar o crédito, basta ao contribuinte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

observar os procedimentos previstos na legislação, mormente no art. 66, inciso II e § 3º, inciso I, art. 67, § § 2º, 3º e 5º e no art. 69, todos do RICMS/02:

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...)

II - à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento, observado o disposto nos §§ 3º, 5º, 6º, 12, 13, 16, 18 e 19 deste artigo;

(...)

§ 3º O abatimento, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações relativas à entrada de bem destinado ao ativo imobilizado do estabelecimento será realizado nos seguintes termos:

I - a apropriação será feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada do bem no estabelecimento, independentemente do início de sua utilização na atividade operacional do contribuinte; (grifou-se).

(...)

Art. 67. Ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo anterior, o valor a ser abatido será escriturado no mesmo período de apuração em que ocorrer a aquisição ou o recebimento da mercadoria ou do bem, ou a utilização do serviço, conforme o caso.

(...)

§ 2º O crédito do imposto corretamente destacado em documento fiscal e não aproveitado na época própria, tenha ou não sido escriturado o documento respectivo, poderá ser apropriado pelo contribuinte, mediante:

I - escrituração do seu valor nos registros próprios da Escrituração Fiscal Digital - EFD, inclusive naquele correspondente à observação de lançamento fiscal;

§ 3º O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos, contados da data de emissão do documento.

(...)

§ 5º O prazo a que se refere o § 3º, nas hipóteses do § 7º do art. 20 da Parte 1 do Anexo V, será contado a partir da emissão da nota

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal emitida pelo contribuinte por ocasião da imobilização.

(...)

Art. 69. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou os bens ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidas na legislação.

(Grifou-se).

Assim, o crédito referente ao imposto corretamente destacado em documento fiscal, caso não tenha sido aproveitado à época das entradas, poderá ser apropriado posteriormente pelo contribuinte, observados os prazos e condições estabelecidos na legislação. Esse direito somente se extingue com a fluência do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da emissão do documento fiscal, conforme previsto no art. 67, § 3º, supra.

O art. 69, transcrito, ao reconhecer o direito ao crédito, deixa claro que cabe ao beneficiário desse direito exercer, por ação própria, a condição prévia para sua utilização: escriturar os documentos fiscais nos prazos e nas condições previstas na legislação.

Como se vê no art. 66, § 3º, retro, o direito ao crédito pela entrada do ativo imobilizado não é exercido de forma direta, em parcela única no momento na entrada, mas sim à razão da 1/48 avos por mês, na proporção das operações e prestações tributadas de cada período, em aferição mensal realizada pelo próprio contribuinte a partir dos créditos escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e das operações tributadas e não tributadas informadas na DAPI.

Assim, se a Autuada entende que possui direito a crédito do imposto ainda não utilizado, relativo a bens do ativo imobilizado, basta escriturar os documentos fiscais e aproveitar tais créditos na sua apuração mensal, observada a legislação sobre o tema, inexistindo interesse jurídico na pretensão de discutir a questão no âmbito do contencioso administrativo.

Por fim, a alegação de que os créditos pelas entradas seriam superiores aos débitos exigidos, o que resultaria em créditos a transferir ao período seguinte, além de improvável no segmento de prestação de serviços, também está desacompanhada de qualquer prova que lhe sustente, devendo ser afastada de plano.

Assim, sem razão a Defesa em seu questionamento, devendo ser afastada a alegação de nulidade do lançamento por ofensa à não cumulatividade.

Pelos mesmos motivos já expostos, o pedido de perícia para verificar se os créditos relativos às operações anteriores (entrada de ativo imobilizado) foram abatidos do lançamento também se mostra desnecessário. Como se viu, não há controvérsia sobre o tema nos autos.

A perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil).

Assim, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Ademais, o assunto sobre o qual se pretende realizar a perícia não se mostra de caráter controvertido, como se expôs anteriormente, na medida em que o exercício do direito ao crédito pela entrada de bens do ativo imobilizado, se existente, depende apenas de ações exclusivas por parte da Autuada.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão da necessidade e utilidade da perícia:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - REVISÃO DE CONTRATO - PROVA PERICIAL - DESNECESSIDADE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DO CONHECIMENTO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA. O INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL, QUANDO CONSTATADA SUA DESNECESSIDADE, NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. (PROCESSO NÚMERO 1.0024.14.076459-8/001, DES.^a APARECIDA GROSSI, TJMG DATA DO JULGAMENTO: 13/05/15 DATA DA PUBLICAÇÃO: 14/05/15)

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos são incontroversos e desnecessários para a elucidação da questão dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, no período de 01/01/16 a 31/12/19, de recolhimento a menor de ICMS incidente sobre Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade de internet banda larga, em razão de consignação em documento fiscal de valor inferior ao da real prestação.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, os dois sócios-gerentes da Autuada, em razão da prática de atos com infração à lei.

A discussão central do presente Auto de Infração gira em torno da natureza jurídica do serviço prestado pela Autuada:

- Serviço de Valor Adicionado (SVA), na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI); ou
- Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), na modalidade internet banda larga.

Todas as demais argumentações são acessórias, gravitando em torno dessa definição.

Como bem salienta a Fiscalização na parte inicial de sua Manifestação, o entendimento defendido pelos Impugnantes a respeito da forma de conexão à internet, com prestação de dois serviços distintos (um SCM de internet banda larga e um SVA de conexão/acesso à internet), remonta aos tempos da chamada “internet discada”, nos longínquos anos 90 do século passado, estando fática e juridicamente ultrapassado, como se verá.

Naquela época, o Brasil possuía uma estrutura de telecomunicações totalmente pública, formada por uma grande estatal federal (Telebrás) 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 tivessem 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).

Até então, não havia dúvidas de que o provedor de internet prestava um serviço específico e indispensável, diverso do serviço de comunicação, 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.

Naquela época, diante de uma crescente incerteza a respeito da natureza jurídico-tributário deste serviço prestado pelo provedor da internet, que resultou em tentativas de tributá-lo como sendo uma modalidade de serviço de comunicação, diversos provedores questionaram judicialmente a incidência do ICMS sobre tal serviço.

A jurisprudência favorável à não incidência do imposto nessa situação 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”.

Como se vê, a não incidência do ICMS sobre os serviços de conexão/acesso à internet prestados por provedores de internet fundamentou-se na 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 agregavam facilidades e funcionalidades ao uso da comunicação).

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.

(Grifou-se).

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” (meados dos 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 (internet banda larga) 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.

(Grifou-se) .

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 prestadoras de SVA (“provedores de internet”) passaram a ser detentoras de autorização para a prestação do SCM, tornando-se 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, as quais eram legalmente 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 altera 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 fundamentar a jurisprudência trazida pelos Impugnantes ao longo da Peça de Defesa e também para a publicação do citado Enunciado de Súmula STJ nº 334, que data de 14/02/07.

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.

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.

Importante ter em mente que, independentemente da tecnologia empregada ou do tipo de licença obtida pelas operadoras, 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.

Entretanto, em atitude antijurídica e insidiosa para com os demais atores do mercado de comunicações, algumas pequenas empresas regionais, como é o caso da Autuada, 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 conexão à 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 efetivamente prestado (internet banda larga), simulando a existência de um SCI para atrair indevidamente a incidência de ISSQN, tributo com alíquotas notoriamente inferiores às do ICMS.

As NF-es da Prefeitura Ponte Nova, trazidas pela Defesa no Anexo 06 (fls. 150), com alíquota de ISSQN de 3% (três por cento), em detrimento da alíquota de ICMS de 27% (vinte e sete por cento) incidente sobre o serviço de comunicação, são bastante esclarecedoras quanto a esse ponto.

Desta forma, ao se autodenominarem “provedores de acesso/conexão 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 Súmula STJ nº 334 (2007) 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 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.

(Grifou-se e destacou-se)

Observe-se que ao incluir a expressão “*permitindo inclusive o provimento de conexão à internet*” no conceito de SCM, a Anatel apenas reconheceu a realidade: que o mercado já atuava com esse 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 parte do 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 infragrifados:

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 n° 4/1995, aprovada pela Portaria n° 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 a criação do SCM, em 2001, algumas atividades passaram a poder ser realizadas pela própria rede da Prestadora de Serviço de Comunicação Multimídia, o que inclui a autenticação do usuário na rede e a implementação dos protocolos, sendo que outras permaneceram a cargo do PSCI, tais como o

provimento de aplicativos, conteúdos e correio eletrônico. Verifica-se, portanto, que, apesar de a rede de SCM possuir capacidade técnica para realizar os serviços de administração de conexões à internet, por força regulamentar (Norma nº 4/95), tal responsabilidade é atribuída ao PSCI.

5.49.

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.” (Grifou-se).

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

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

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

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

Além de definir, a LGT afirma que cabe a Agência expedir normas sobre a prestação dos serviços de telecomunicação no regime privado (art.19, X da Lei 9.472/1997). Assim, observados os conceitos do art. 60 e 69 da LGT, compete à Agência expedir normas sobre serviços de telecomunicações, de modo a definir quais são as atividades que integram as diferentes modalidades do serviço. Ao incluir a atividade de conexão à Internet no conceito de uma modalidade de serviço de telecomunicações, tal atividade automaticamente deixará de compreender a definição de SVA.

Como visto, se a área técnica do Ministério entende que o SCI, para a Internet em banda larga, constitui-se em

funcionalidade do próprio serviço de telecomunicações, entende-se que a Agência Nacional de Telecomunicações tem competência para modificar a Norma MC nº 04, de 1995.

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

III – DA CONCLUSÃO

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

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

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

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

5.59. De se ver que o citado Parecer exara o entendimento de que o SCI, em relação à internet em banda larga (compreendidas aqui os acessos não discados) teria deixado de ser um SVA para agregar a definição de uma modalidade de serviço de telecomunicações, a exemplo do SCM.

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

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

5.62. Desde a criação da internet, surgiram diversos Provedores nacionais, assim como respeitáveis portais de conteúdo e comércio eletrônico, abrindo-se mercado com grandes perspectivas de crescimento, a partir da oferta de serviços de conteúdo especial, suporte técnico, correio eletrônico, antivírus, 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). (Grifou-se).

(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 distinguiu 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. (Grifou-se).

~~§ 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).~~

§ 2º 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.

§ 3º 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. (Grifou-se).

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

§ 5º Na prestação do SCM é permitida a implementação da função de mobilidade restrita nas condições previstas na regulamentação específica de uso de radiofrequência.

(...)

A leitura do tópico 5.59 do Parecer elucidada de forma suficiente e satisfatória as mudanças sofridas pelo Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), decorrentes da evolução tecnológica pela qual os serviços de telecomunicações em geral passaram, deixando claro que, com amparo no art. 3º da Resolução Anatel nº 614/13, os prestadores do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) que proporcionam a conexão direta do usuário à rede são, indubitavelmente, prestadores de serviço de comunicação sujeitos a incidência integral do ICMS.

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 de internet 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 serviço para garantir a conexão (provedor de acesso), estando essa atividade inserida no campo da própria prestação do SCM, serviço esse típico de telecomunicação.

Como bem salienta a Fiscalização, o Informe PVSTR/PVST n.º 224 (Anexo 04 – fls. 150), utilizado pela Defesa para afirmar que o serviço de internet pressupõe a prestação de 02 (dois) serviços distintos, é de 31/03/06, tendo sido elaborado a partir do paradigma jurídico traçado nos anos 90, por meio da Norma Anatel nº 004/95, que apesar de não ter sido formalmente revogada, há muito já não corresponde à realidade do mercado em vários aspectos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada é uma empresa de comunicação especializada em internet banda larga, prestando um serviço de alta tecnologia, em constante avanço e modificação. Entretanto, ao ler sua descrição a respeito do histórico dos serviços de internet no Brasil e de seu posicionamento do mercado, têm-se a nítida impressão de que ela “estacionou” no fim dos anos 90, início dos anos 2000, na era da “internet discada” e de lá não saiu mais, pois o arcabouço jurídico e jurisprudencial que fundamenta sua argumentação remonta a essa época:

- Norma Anatel nº 004/95 (que apesar de ainda estar formalmente em vigor, resta incompatível com diversas normas posteriores e com a própria realidade fática);

- Resolução Anatel nº 272/01 (que criou e regulamentou o SCM originalmente no Brasil);

- Enunciado de Súmula 334 do STJ (fundado em precedentes do STJ dos anos de 2003 a 2006, referente a ações propostas ainda nos anos 90, relativas a FG geradores ocorridos nessa época);

- Informe PVSTR/PVST n.º 224/06 (elaborado com fundamento na Norma Anatel nº 004/95);

- Jurisprudências do STJ quase integralmente publicadas período de 2000 a 2008 (portanto, referentes a fatos geradores ocorridos muitos anos antes, dada a circunstância de que foram objeto de prováveis quatro julgamentos até serem decididas de forma definitiva pelo STJ: processo administrativo tributário, discussão judicial de primeira instância, discussão judicial de segunda instância e tramitação no próprio STJ).

No entanto, a realidade de setor de comunicações, especialmente o da internet banda larga, modificou-se em velocidade exponencial desde então, tendo o ordenamento jurídico (mesmo que, em geral, de forma atrasada), acompanhado essa mudança, como se viu ao longo da extensa contextualização fática e jurídica trazida anteriormente.

Exatamente como 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 aduz a Defesa, 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 de um suposto SCI, o que se confirma pelos próprios documentos trazidos pela Defesa para questionar o direito ao crédito pela entrada desses equipamentos (Anexo 09 – Mídia Digital de fls. 150).

Apesar de ter seu custo concentrado nos equipamentos e meios físicos e tecnológicos utilizados para prestar o SCM de internet banda larga, estranhamente, a Autuada direciona cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) de seu faturamento para remunerar o suposto SVA de PSCI, valendo-se, nas correspondentes NF-es municipais, da nomenclatura “prestação de serviço de valor adicionado”, como se pode ver às fls. 73/74 dos autos e também na planilha “Comparativo SCMxDRE”, elaborada pela Fiscalização (Mídia Digital de fls. 30).

Saliente-se que a utilização da expressão genérica “prestação de serviço de valor adicionado” nos documentos fiscais, sem especificar minimamente qual foi o serviço prestado, denota uma estratégia para dificultar questionamentos por parte do Fisco.

Ao utilizar o gênero “SVA” e não a espécie do serviço que se alega prestar (SCI), a Autuada tenta criar uma “realidade paralela”, que distorce os fatos efetivamente ocorridos, de forma que sua descrição “se adapte” à vestimenta jurídica que melhor lhe aproveite, ainda que de forma ilegal.

A distribuição do faturamento de acordo com nomenclaturas genéricas, convenientemente escolhidas para facilitar a ocultação de parte do fato gerador do ICMS, justamente por não refletir a realidade cotidiana da atividade realizada, acabou gerando confusões e dificuldades de controle até para a própria Autuada.

Como se pode ver na Nota Fiscal nº 41.559 (fls. 74), a Autuada, equivocadamente, emitiu o documento com uma descrição tipicamente de SVA (“PREST. SERV. PROV. ACESSO INTERNET”), mesmo se tratando de uma Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, emitida para acobertar a parcela do faturamento que ela própria reconhece como SCM de internet de banda, inclusive com recolhimento do ICMS incidente.

Isso demonstra que há um trabalho orquestrado para simular que o SCM de internet banda larga é um SVA de PSCI, estruturado de forma tão desconectada da realidade que acaba confundindo até os próprios empregados da empresa, quando da emissão das notas fiscais.

A estratégia adotada pela Autuada é simples e já bastante conhecida do Fisco: cria-se um sítio eletrônico onde se anuncia a prestação de “serviços de provedor” ou “serviços de conexão à internet” (SVAs), apesar de a descrição dos serviços prestados conter elementos típicos do SCM de internet banda larga (como velocidades máximas e mínimas de Download/Upload, fornecimento de modem em comodato, responsabilidade pelo cabeamento ou pelas antenas no caso de transmissão via rádio, etc.).

Em seguida, o prestador do serviço elabora e submete aos usuários, que em regra não possuem conhecimento técnico suficiente para qualquer questionamento, um contrato que descreve a existência de dois serviços, mas que se analisado em relação ao seu conteúdo, conceitos e formas, denota a existência de apenas um único serviço, qual seja, o SCM de internet banda larga.

Para recebimento do preço acordado emite-se um documento de cobrança sem valor fiscal, em geral um boleto, (saliente-se que a Autuada, especificamente, não

entregava nenhum documento fiscal aos usuários), com o valor total do serviço de internet banda larga contratado, mas distribuindo esse valor entre os dois serviços supostamente contratados pelo usuário, geralmente com uma parcela menor para o serviço sujeito ao ICMS e outra, maior, para o serviço sujeito ao ISSQN, tributo municipal de alíquota sabidamente muito inferior ao ICMS. Como se viu, no caso em tela a relação é de aproximadamente 35% (trinta e cinco por cento) para o ICMS e 65% (sessenta e cinco por cento) para o ISSQN.

Entretanto, apesar do verdadeiro SVA não se confundir com o SCM, podendo ser livremente contratado e rescindido pelo usuário, o modelo de contrato de adesão que a Autuada impõe aos seus clientes não contempla opção de contratar apenas o SCM ou de cancelar o SVA mantendo o SCM: o usuário é obrigado a contratar os dois serviços simultaneamente e pagar 65% (sessenta e cinco por cento) do preço total por um serviço inexistente, que há muito já foi integrado ao verdadeiro serviço prestado, e 35% (trinta e cinco por cento) do preço total pelo serviço efetivamente prestado, que concentra todo o custo da empresa e há muito já absorveu os simplórios procedimentos do primeiro.

Noutras palavras, vende-se um único serviço, mas simula-se contratualmente a existência de dois serviços distintos, no intuito exclusivo de deixar de recolher o ICMS incidente sobre a parcela da base de cálculo indevidamente subtraída do SCM de internet banda larga.

Uma simples olhada no sítio eletrônico da Autuada (<https://www.pontenet.com.br/>) é suficiente para expor as incongruências do *modus operandi* adotado na simulação descrita.

Lá a Autuada se apresenta como “*referência em tecnologia de prestação de serviço de conexão com a internet e é considerada uma das mais atuante no mercado no Vale do Piranga, atendendo aproximadamente 15 municípios. Somos pioneiros na região com a conexão via Fibra Óptica.*” (imagem às fls. 255 - Parecer da Assessoria do CCMG).

Apesar de tentar distorcer os conceitos, afirmando inicialmente que presta serviço de “conexão com a internet”, na mesma frase ela já se contradiz, quando conclui que é pioneira na região com “*conexão via fibra ótica*”.

É fato notório que o termo “internet fibra ótica” não está ligado a uma modalidade de SVA de conexão à internet, mas sim de um SCM de internet com transmissão de dados em alta velocidade (banda larga), por meio de fibra ótica.

Ao se dirigirem à Autuada para contratar seus serviços, os clientes/usuários não procuram um serviço de provedor de internet (até porque, na prática, esse serviço praticamente não existe mais), mas sim um serviço de internet banda larga, que é o único efetivamente comercializado, nas modalidades de transmissão via rádio e fibra ótica (denominados “BANDA LARGA FIBRA” e “WIRELESS”), como consta da resposta à Questão 03 da página “Dúvidas Frequentes” de seu sítio eletrônico (<https://www.pontenet.com.br/dúvidas-frequentes>), extraído em 14/07/20 e 06/02/21 (imagem às fls. 256 - Parecer da Assessoria do CCMG).

O que se observa é que a Autuada insiste em se valer de uma interpretação anacrônica, baseada em uma legislação que se tornou obsoleta e inaplicável à realidade atual, especialmente no que tange ao provimento de acesso, para simular a prestação de um serviço de fato inexistente na sua atividade, no intuito único de suprimir parcela do ICMS devido sobre seu serviço de comunicação

Ao ofertar ao mercado o serviço de internet banda larga, a PONTENET (Autuada) oferece um pacote completo com: acordo de tráfego, qualidade de navegação de conteúdo e roteamento por diversos protocolos, tudo no âmbito do único serviço que presta, qual seja, o SCM de internet banda larga.

Desta forma, é falsa (e tecnicamente incorreta) a afirmação da Defesa de que uma empresa que prestava SVA passou a demandar os serviços de SCM em razão do avanço tecnológico. Na verdade, como já se detalhou antes, ocorreu exatamente o contrário: com o avanço tecnológico, as empresas de SCM, que antes dependiam do SVA de um PSCI para ligarem seus clientes à internet (por uma limitação, já naquela época, mais legal do que técnica, diga-se), foram liberadas para autenticar e fornecer IP diretamente aos seus usuários concomitantemente ao próprio serviço de comunicação, tornando os PSCI desnecessários para prestação do SCM de internet banda larga.

Ao contrário do que afirma a Defesa, o art. 64 da Resolução Anatel nº 614/13 não justifica qualquer diferenciação entre a tributação incidente no serviço prestado pela operadora de pequeno porte (a Autuada) e aquela relativa ao serviço prestado pelas grandes operadoras de comunicação. Observe-se a norma citada:

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

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

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

(...)

(Grifou-se).

Tal dispositivo é apenas uma norma de garantia anticoncorrencial, voltada a impedir que as grandes operadoras, abusando de seu poder econômico, conseguissem expulsar os pequenos operadores do mercado. O § 2º do dispositivo exclui os pequenos provedores dessas regras porque eles são potenciais “vítimas” (e não “autores”) da concorrência desleal que se pretendia evitar.

Saliente-se que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, em 2017, 0,6% (seis décimos por cento) das conexões de internet no Brasil

ainda era do tipo “discada”, via redes telefônicas, com utilização de provedores de acesso à internet. Este aspecto da legislação se destina prioritariamente a essa realidade.

A previsão legal de que o PSCI de pequeno porte pode cobrar pelo serviço de conexão à internet não é uma autorização genérica para que tais empresas simulem cobrar por ele, mesmo quando não o prestam de fato, deixando de tributar parte do SCM de internet banda larga apenas porque resolveu “nomeá-lo” como SVA.

Ademais, o dispositivo legal trata de uma situação onde há duas empresas: uma que presta SCM de internet e outra que presta SVA de PSCI, ambas integrantes do mesmo grupo econômico, o que não é o caso da Autuada, empresa única, que presta apenas um serviço, o de internet banda larga, englobando a autenticação do usuário, fornecimento de IP e a transmissão de dados.

Em momento algum se afirma que a legislação que distingue SVA e SCM não está mais vigente. O conceito de SVA do já transcrito art. 61 da Lei nº 9.472/97 continua válido. Na prática, ainda existem SVAs oferecidos e cobrados separadamente por operadoras de telefonia e internet banda larga, tais como anti-spams, e-mails com armazenamento em nuvem, portais de conteúdo, dentre outros, serviços esses que não são prestados pela Autuada.

O que efetivamente desapareceu do mercado foi a necessidade de contratar um PSCI para se utilizar o serviço internet banda larga, justamente porque os serviços de autenticação do usuário e fornecimento de IP foram integrados e absorvidos pelo SCM de internet banda larga.

A lógica é bastante salutar: o que viabiliza a existência e determina o valor de um serviço é o binômio “utilidade/necessidade” para o usuário. A partir do momento que um determinado serviço deixa de ser útil/necessário, ele seguirá um processo natural de desaparecimento do mercado, por ausência de demanda, exatamente como vem acontecendo em relação ao PSCI desde o advento da internet banda larga, em 2001.

Já naquele momento, com o surgimento da internet banda larga como serviço único, capaz de absorver os elementos do antigo serviço de conexão à internet, tornando-o dispensável, começaram a surgir no Brasil os provedores de internet gratuitos, sendo pioneiro nesse mercado o conhecido “Internet Group – IG”, que também já não existe mais.

Portanto, já em 2001 o PSCI vinha perdendo relevância e utilidade para os usuários, o que fez com provedores de internet se dispusessem a prestar o serviço de forma gratuita, buscando financiar-se mediante outras receitas (especialmente, propagandas inseridas no discador e em pop-up nos navegadores).

Nesse cenário, soa quase como galhofa a intrépida postura da Autuada, de afirmar que obtém cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) do seu faturamento a partir de um serviço que já podia ser encontrado gratuitamente em 2001 e de lá pra cá, perdeu ainda mais relevância, praticamente inexistindo autonomamente no mercado atual.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, antes de ser uma galhofa, a conduta representa infração tributária e crime em tese contra a ordem tributária, além de ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária e conduta desleal/anticoncorrencial, capaz de degradar o mercado de serviços de comunicação, em prejuízo das outras empresas e dos próprios usuários.

Como bem demonstra a Fiscalização às fls. 195 e segs. dos autos, até meados de 2019, os clientes/usuários que contratavam o serviço da Autuada assinavam um documento denominado “Termo de Contratação do Serviços de Comunicação Multimídia”, que tinha como objeto, exclusivamente, os Serviços de Comunicação Multimídia. Esse documento fazia referência ao conteúdo do “Contrato de Prestação de Serviço de Comunicação Multimídia”, registrado junto ao Cartório de Títulos e Documentos da Comarca de Ponte Nova/MG, sob o Registro nº 53.085, que serviu de base para os contratos fechados até 2019 com a maioria de seus assinantes/usuários.

Todos os contratos citados podem ser vistos na “Pasta 3 - Exploratória\Atendimento Intimações\CONTRATOS CLIENTES” (Mídia Digital de fls. 30). Dentre eles, destaca-se como exemplo os dois contratos firmados com o usuário “Helton Marques Tito”, um de 2016 e outro de 2019. O contrato de 2016 tinha por objeto o único serviço prestado pela Autuada, o SCM de internet banda larga, nele incluído a conexão/acesso/autenticação do usuário, como se pode ver no campo “OBJETO” (imagem às fls. 259 - Parecer da Assessoria do CCMG).

O contrato foi renovado em 2019, tendo sido mantido o objeto, qual seja, o serviço de SCM, agora designado como “Plano Contratado SCM: Fibra Fidel 15M R\$ 69,90”, com valor mensal de R\$ 69,90, como se pode ver na segunda imagem às fls. 259.

Entretanto, no momento de emitir a nota fiscal relativa SCM serviço prestado, a Autuada simulava a prestação de dois serviços diferentes e dividia esse valor em duas partes, sendo R\$ 21,00 para remunerar o SCM de internet banda larga (ICMS – 27%) e R\$ 39,00 para remunerar o suposto SVA de PSCI (ISSQN – 3%), não obstante o contrato ter por objeto apenas o SCM. Saliente-se que, nesse caso, a soma das notas fiscais emitidas nem mesmo acoberta todo o valor do serviço prestado. Observe-se:

<u>Contrato n. 14.506, de 19/08/19 (Objeto: SCM)</u>	Valor: <u>R\$ 69,90</u>
NF mod. 21 (ICMS), nº 277.665, de 03/10/19	Valor: R\$ 21,00
NF-e (ISSQN), nº 131.151, de 03/10/19	Valor: R\$ 39,00
Total da NF mod. 21 + NF –e	<u>Valor: R\$ 60,00</u>
Fatura Comercial n. 14.506 de 20/10/19	Valor: R\$ 69,90
<u>Comprovante pagamento do dia 06/09/19</u>	<u>Valor: R\$ 69,90</u>

A situação exemplifica com clareza o procedimento irregular adotado pela Autuada para reduzir indevidamente a base de cálculo do ICMS e suprimir parcela substancial do tributo devido a Minas Gerais, agora exigido com os devidos acréscimos e multas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Todos os documentos relacionados podem ser vistos nas Pastas “3”, “4” e “5” da Mídia Digital de fls. 30. Além disso, a Fiscalização detalha outros exemplos semelhantes às fls. 197/200 dos autos.

A Defesa afirma que a Anatel reconhece a autonomia do SCI em relação aos serviços de telecomunicações. Acrescenta que é ilegal enquadrar os serviços de instalação por ela prestados como serviço de telecomunicação.

De fato, serviços de instalação não são serviços de telecomunicação. Entretanto, não há exigência de ICMS sobre serviços de instalação no presente Auto de Infração, até porque conforme os contratos apresentados pela Defesa (Anexo 08 – Mídia Digital de fls. 150) e trazidos pela Fiscalização (Pasta 3 - Exploratória\atendimento Intimações\CONTRATOS CLIENTES – Mídia Digital de fls. 30) esse serviço foi prestado gratuitamente pela Autuada, não tendo sido emitido qualquer documento fiscal para acobertar prestação de serviço dessa natureza.

As exigências do presente Auto de Infração decorrem das parcelas do SCM internet banda larga indevidamente levadas à tributação municipal, sob denominações genéricas, tal como “Prestação de Serviço de Valor Adicionado – SVA”, sem qualquer especificação a respeito das características de tal serviço.

De fato, um SVA é um serviço diverso da conexão de dados, que agrega funcionalidade a um serviço de comunicação, sem com ele confundir, e que pode ser contratado ou cancelado livremente pelo usuário, tais como toques de celular diferenciados, notícias enviadas por SMS, músicas e antivírus.

Entretanto, os elementos dos autos denotam de forma muito clara que a Autuada não prestava nenhum serviço dessa natureza, valendo-se de tais conceitos e definições apenas para não pagar o ICMS incidente sobre o único serviço que efetivamente presta, a internet banda larga, nele incluídas a autenticação do usuário e o fornecimento de IP.

Apesar da inexistência de questionamentos quanto a esse ponto, importante destacar que o fornecimento dos equipamentos utilizados como meio para a comunicação, tais como modems, cabos e sistemas eletrônicos, representa parte integrante do serviço de comunicação e, como tal, compõem do preço do SCM em questão. Em outras palavras, o serviço de comunicação inclui os meios físicos utilizados na sua prestação.

Relativamente às multas aplicadas, observa-se que a multa prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal, exigida em razão do recolhimento a menor de ICMS por parte da Autuada:

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

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

Já a multa capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, da citada lei (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória, qual seja, emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, Mod. 21, exigida pela legislação para acobertar serviço de comunicação, consignando importância diversa do efetivo valor da prestação:

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

(...)

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

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

(...)

Vê-se, portanto, que se trata de infrações distintas, uma relativa à obrigação principal e outra decorrente de descumprimento de obrigação acessória.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada também foi considerada lícita pelo Poder Judiciário mineiro, como na Apelação Cível nº 1.0079.11.016674-5/003, de 04/08/16, ementada da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM - NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INEXISTÊNCIA - SUCESSÃO EMPRESARIAL - INCORPORAÇÃO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR - MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA - CUMULAÇÃO - POSSIBILIDADE - INFRAÇÕES DIVERSAS - JUROS - INCIDÊNCIA SOBRE MULTA - INÍCIO - FATO GERADOR - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - NATUREZA DOS EMBARGOS - AÇÃO E NÃO INCIDENTE. (...) É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.016674-5/003 COMARCA DE CONTAGEM. APELANTE(S): BRF BRASIL FOODS S/A. APELADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS. DES. JUDIMAR BIBER (RELATOR)

(...)

(GRIFOU-SE)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Por fim, a Defesa alega ausência de comprovação dos requisitos do art. 135 do CTN para inclusão dos sócios como Coobrigados. Acrescenta que o mero inadimplemento da obrigação tributária não gera responsabilidade de terceiros, conforme Súmula nº 430 do STJ.

Os sócios-gerentes da Autuada foram incluídos como Coobrigados em razão da prática de atos com infração de lei, nos termos do art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e art. 135, inciso III do CTN, consistentes na conduta de prestar serviço de comunicação com emissão de documento fiscal de valor inferior ao serviço prestado (subfaturamento):

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.

(...)

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

(...)

As ações da Autuada, implementadas sob o comando dos Coobrigados, denotam a clara intenção de ocultar deliberadamente o fato gerador do ICMS, inclusive à custa de atos ilícitos como as simulações contratuais já descritas anteriormente.

Os envolvidos se valeram de documentos com cláusulas e declarações que não correspondem à realidade 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, 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.

(...)

(Grifou-se)

A ciência dos envolvidos em relação ao caráter ilícito da conduta adotada pela Autuada comprova-se, ainda, pelas alterações realizadas no “Contrato Padrão de Prestação de Serviços” que se encontrava disponível no sítio eletrônico da Autuada até meados de 2019, antes do início da ação fiscal, estando inclusive registrado junto ao Cartório de Títulos e Documentos da Comarca de Ponte Nova/MG, sob o Registro nº 53.085. Este Termo de Contrato serviu de bases para todos os contratos fechados até 2019.

Entretanto, em 2020, após o início da ação fiscal, tal termo de contrato sofreu modificação em suas cláusulas, justamente para adequá-lo à tese trazida pela Defesa e “refinar” os procedimentos de subfaturamento da base de cálculo do ICMS, melhor distorcendo os elementos do serviço de internet banda larga prestado, no intuito de tentar descrevê-lo de forma mais parecida com um suposto SVA de PSCI, como se pode ver no link <http://www.pontenet.com.br/arquivos/scm2020.pdf>.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para gerar sua responsabilização solidária pelos créditos tributários decorrentes, nos termos da legislação já transcrita.

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

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

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

(...)

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUI QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

(...)

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencido, em parte, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, que excluía os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Pela Impugnante Pontenet Teleinformática Ltda, sustentou oralmente o Dr. André Starling Hubner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Helder Luiz Costa.

Sala das Sessões, 06 de julho de 2021.

Nayara Atayde Gonçalves Machado
Relatora

Marco Túlio da Silva
Presidente / Revisor

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.799/21/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001700449-96
Impugnação: 40.010150844-00, 40.010150851-55 (Coob.), 40.010150850-74 (Coob.)
Impugnante: Pontenet Teleinformática Ltda
IE: 521016721.00-36
João Mattos da Silva (Coob.)
CPF: 401.555.446-91
Marcilene Padilha Soares (Coob.)
CPF: 032.372.556-29
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

A autuação versa sobre a constatação, no período de 01/01/16 a 31/12/19, de recolhimento a menor de ICMS incidente sobre Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade de internet banda larga.

A Autuada deixou de incluir parte do valor do serviço na nota fiscal que acobertou a operação, por entender que tal parcela seria Serviço de Valor Agregado (SVA) na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI), sujeito à tributação municipal (ISSQN).

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre da análise atinente a responsabilidade dos sócios.

A discussão central do presente Auto de Infração gira em torno da natureza jurídica do serviço prestado pela Autuada:

- Serviço de Valor Adicionado (SVA), na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI); ou

- Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), na modalidade internet banda larga.

Neste contexto, a Fiscalização, sem identificar de forma individual os atos praticados pelos Coobrigados, imputou aos mesmos a responsabilidade pelo recolhimento do tributo, com fulcro no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional - CTN c/c 21 § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75, pois teria prestado serviço de comunicação com emissão de documento fiscal de valor inferior ao serviço prestado:

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:

(...)

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.

Código Tributário Nacional

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

(...)

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

Com as vênias de estilo, entendo que os elementos de provas que constam nos autos, na realidade, demonstram que os contribuintes, por mais que tenham interpretado a legislação de forma errônea, emitiram os documentos fiscais que entendeu pertinente, referente a todo o serviço prestado.

Conforme restou incontroverso nos autos, a empresa entendia que parte do serviço seria hipótese de incidência do ICMS – internet banda larga - e, em outra parte, seria hipótese de incidência do ISSQN – provedor de acesso - SCI. Inclusive, encaminhou apresentou os respectivos nos autos.

Neste contexto, a Contribuinte levou a tributação a integralidade dos valores objeto da prestação de serviço, emitindo os respectivos documentos fiscais, mas com uma interpretação divergente da Fiscalização.

Por oportuno, não basta que o sócio com poder de gestão figure nesta posição nos atos constitutivos da empresa para que lhe possa ser imputada, de forma objetiva, a responsabilidade pessoal pelos tributos devidos pela pessoa jurídica, além disso, é indispensável que eles tenha agido em desacordo com seu contrato ou estatuto social, ou em desacordo com a lei, ou ainda, com abuso de poder e tais elementos devem estar expressamente delimitados nos autos, sendo que, no caso em tela, o Contribuinte teria interpretado a legislação de forma errônea, mas emitiu os documentos fiscais que entendeu pertinente com a integralidade das operações.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir os Coobrigados do polo passivo.

Sala das Sessões, 06 de julho de 2021.

**Marcelo Nogueira de Moraes
Conselheiro**

CC/MG