

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.736/21/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001489903-29
Impugnação: 40.010150771-52
Impugnante: Norte Comunicações Em Eireli
IE: 002795869.00-53
Coobrigado: Eneida Pires Correa Machado
CPF: 489.967.776-68
Proc. S. Passivo: Rafael Fabiano dos Santos Silva/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – EIRELI - CORRETA A ELEIÇÃO. A titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responde pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, por força do art. 135, inciso III do CTN e art. 21, § 2º inciso II da Lei nº 6.763/75. Comprovado nos autos a prática de atos que repercutiram no descumprimento das obrigações tributárias. Legítima a sua inclusão no polo passivo da obrigação tributária.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado o recolhimento a menor de ICMS pela Autuada, relativo à prestação de Serviços de Comunicação Multimídia – SCM (Internet Banda Larga), atividade sujeita à incidência do ICMS nos termos do art. 5º, § 1º, item 8, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 1º, inciso IX, do RICMS/02, ao consignar, nos documentos fiscais que acobertaram a prestação, importância a menor do efetivo valor do serviço prestado a seus clientes/assinantes, pessoas físicas ou jurídicas. Corretas as exigências de ICMS sobre a parcela do valor da prestação de serviço SCM não incluída nos documentos fiscais, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Autuada efetuou recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2019, relativo à prestação de Serviços de Comunicação Multimídia – SCM (Internet Banda Larga), ao consignar, nos documentos fiscais que acobertaram a prestação, importância a menor do efetivo valor do serviço prestado a seus clientes/assinantes pessoas físicas ou jurídicas.

Exigências de ICMS sobre a parcela do serviço SCM não incluída nos documentos fiscais, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

A titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), Eneida Pires Correa Machado, foi incluída, na condição de Coobrigada, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ela praticados, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional – CTN e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O presente trabalho encontra-se instruído por Auto de Infração – AI (fls. 02/04); Relatório Fiscal (fls. 05/16); Anexo 1 – Demonstrativo Mensal e DCT (fls. 17/18); Anexo 2 – documentação probante em DVD e, por amostragem, impressa (fls. 19/29).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 36/69, acompanhada dos documentos de fls. 70/86.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 93/140, refuta as alegações da Defesa, requerendo, portanto, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 145/191, opina, em preliminar, 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 Preliminar

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de “*demonstrar que a atividade desenvolvida pela Impugnante envolve o SCM, SCI e SVA, no qual se incluem, mas não se limitam ao help desk e ao antivírus, bem como a locação de equipamentos*”.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 68.

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), ou seja, 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.

Assim, 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.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para elucidação dos fatos e de todos os quesitos propostos pela Impugnante.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

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, estabelecido 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 não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação fiscal de que a Autuada efetuou recolhimento a menor de ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2019, relativo à prestação de Serviços de Comunicação Multimídia – SCM (Internet Banda Larga), ao consignar, nos documentos fiscais que acobertaram a prestação, importância a menor do efetivo valor do serviço prestado a seus clientes/assinantes pessoas físicas ou jurídicas.

Exigências de ICMS sobre a parcela do serviço SCM não incluída nos documentos fiscais, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

A titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), Eneida Pires Correa Machado, foi incluída, na condição de Coobrigada, no polo passivo da obrigação tributária, pelos atos por ela praticados, resultando no descumprimento das obrigações relativas ao ICMS, nos termos do art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Em Relatório Fiscal do Auto de Infração, o Fisco registra que a Autuada faz parte do Grupo VIANORTE e disponibiliza aos seus clientes/assinantes o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, ou seja, a internet banda larga, via fibra óptica ou wireless, desde o início de suas atividades em 2016 e cuja autorização da Anatel se deu por meio do ato nº 10468 de 19/07/17, conforme tela constante do arquivo “Doc.3 – Consulta Anatel” inserido no CD de fls. 19 (Anexo 2 do Auto de Infração – Pasta 1 – “Documentos e Consulta”).

Informa que, até 31/12/18, a empresa estava enquadrada no Simples Nacional, passando ao regime de débito e crédito em 12/03/19, porém retroativo a 01/01/19.

Relata que, até dezembro de 2018, a Autuada emitia corretamente seus documentos fiscais, nota fiscal modelo 21, com a descrição dos serviços prestados apenas “Internet SCM” e com a indicação do valor real do serviço prestado, conforme se observa por exemplo, nos documentos constantes da Pasta 4 – Exploratória – Intimações\Atendimento 2 – 20191206, relativos ao período de setembro de 2016, agosto de 2017 e dezembro de 2018.

A partir de janeiro de 2019, a Contribuinte adotou, como norma, a emissão da nota fiscal de serviço de telecomunicação, mod. 21, consignando nos campos “Valor Total”, “Base de Cálculo do ICMS” e “ICMS”, valores inferiores aos efetivamente prestados.

O Fisco acrescenta que, *“com o intuito de tentar acobertar o restante do valor total do serviço, a autuada emite um documento não fiscal intitulado por ele mesmo de Fatura Comercial, cujo cabeçalho refere-se a “Nota Fiscal – modelo I”, constando no campo “Discriminação dos Serviços”, a indevida rubrica “SVA – Serviço de Valor Adicionado” e/ou “Locação de Equipamentos”, porém emite para o usuário/assinante, um boleto de cobrança no valor integral do serviço prestado.*

Intimada a se explicar, a Contribuinte alegou que presta serviço de conexão à internet (SCI), também denominado de serviço de provimento de acesso ou de conexão à internet, que é uma das espécies de serviço de valor adicionado (SVA),

serviço de comunicação multimídia (SCM), outros serviços de valor adicionado (SVA), bem como realiza a locação de equipamentos.

Na oportunidade, a Contribuinte informou que, ao contratar um serviço de acesso à internet, o consumidor contrata não apenas o serviço de conexão à internet, mas também o SCM que dará suporte àquele, acrescentando que se diz resguardada pela Súmula nº 334/06 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Analisando o “*modus operandi*” da empresa, o Fisco concluiu que todo o valor exigido do cliente, em nota fiscal e recibo denominado “Fatura Comercial”, refere-se ao único serviço SCM, uma vez que, conforme legislação pertinente, “*no que se refere aos serviços de banda larga, as empresas do setor, desde o advento da nova tecnologia do SCM (2001), passaram a promover a autenticação do usuário na rede e atribuir-lhe um número (endereço) IP, viabilizando direta e instantaneamente a conexão do usuário à rede mundial*”.

O Fisco reforça que, no tocante aos serviços de internet banda larga, a tecnologia utilizada “*suprimiu a obrigatoriedade de contratação em separado de um outro serviço para garantir a conexão (provimento de acesso), estando esta atividade inserida no campo da própria prestação do serviço de comunicação multimídia, serviço esse típico de telecomunicação, constituindo-se numa atividade única*”, que, sem dúvida alguma, é sujeita à incidência do ICMS.

Dessa forma, ao constatar que a Autuada lançou, nos documentos fiscais que acobertaram as prestações, importância a menor do serviço efetivamente prestado a seus clientes/assinantes, o Fisco lavrou o presente Auto de Infração para as exigências cabíveis.

Às fls. 18 dos autos (Anexo 1 do Auto de Infração), o Fisco acosta o quadro “Resumo Anual – 2019”, em que foi apurada a diferença do valor das prestações, mensalmente, bem como o Demonstrativo do Crédito Tributário.

Registra-se que o DVD juntado às fls. 19, compondo o Anexo 2 do Auto de Infração, contém:

- Demonstrativo Mensal – SCM e DCT, referente ao Anexo 1;
- Pasta 1 – Documentos e Consultas (documentos preparatórios para o lançamento e consultas realizadas pelo Fisco);
- Pasta 2 – Registros C115 (abarca as planilhas com as consultas aos Registros Mestre, Registros Itens dos arquivos transmitidos pelo contribuinte no formato do Convênio 115/03 e extraídas pela ferramenta de auditoria do Auditor Eletrônico – AE);
- Pasta 3 – Contratos (contratos firmados pelo contribuinte e seus clientes/assinantes/usuários como amostragem, destacando a existência de contratos firmados com pessoas físicas e pessoas jurídicas);
- Pasta 4 – Exploratória – Intimações (intimações e documentos enviados pelo contribuinte em atendimento às 03 intimações realizadas no período em que a empresa se encontrava sob procedimentos fiscais auxiliares de exploratória);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Pasta 5 – AIAF – Intimações (assemelha-se à pasta anterior, porém se refere ao período em que o contribuinte se encontrava sob ação fiscal nos termos do art. 69 do RPTA);

- Pasta 6 – E-mail trocados com a Norte.

Em sua peça de defesa, a Impugnante declara, inicialmente, que, de acordo com a Norma nº 004/95 e Resolução nº 614/13 da ANATEL, é *“uma Pequena Provedora de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) e, de tal modo, presta serviço de conexão à internet (SCI) também denominado de serviço de provimento de acesso à internet, serviço de comunicação multimídia (SCM), serviços de valor adicionado (SVA), nos quais se incluem, mas não se limitam, o antivírus e o help desk, bem como realiza a locação de equipamentos”*.

Relata que, *“desde a sua constituição no mês de julho do ano de 2016, optou pela adoção do regime tributário do Simples Nacional e, de tal modo, recolheu, pelo menos até o fim do ano de 2018, todos os tributos devidos através do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS)”*.

Considerando que, no ano de 2018, seu faturamento ficou *“dentro do sublimite de 20% (vinte por cento)”*, a Impugnante afirma que *“permaneceu no Simples Nacional no ano de 2019, porém, estava impedida de recolher o ICMS por meio da DAS, devendo recolher este tributo como se fora estivesse do regime tributário simplificado”*, nos termos dos §§ 1º e 1º-A do art. 20 da Lei Complementar nº 123/06.

Esclarece que, *“se no âmbito do Simples Nacional com recolhimento de todos os tributos através da DAS pouco importava, para fins de tributação, a Impugnante discriminar pormenorizadamente as atividades desenvolvidas no documento fiscal, uma vez que a base de cálculo naquele regime é a receita de todas as atividades efetivamente desenvolvidas por ela, a imposição do recolhimento do ICMS fora da DAS fez com que a discriminação passasse a ser um dever, sob pena de levar à tributação de ICMS atividades que não se encontram sujeita a tal tributo”*.

Diante disso, a Impugnante afirma que recolhe ICMS no que tange à prestação do SCM, contudo, em relação às demais atividades que exerce, *“seja o SCI, seja a prestação de SVA, seja a locação de equipamentos”*, alega que *“não é obrigada ao recolhimento de ICMS, uma vez que elas não se constituem em hipótese de incidência tributária do imposto estadual, não podendo a segregação das atividades que sempre exerceu, mas que não segregava no documento fiscal por não fazer qualquer diferença naquele momento, ser confundida como evasão fiscal”*.

Declara que, *“ante ao receio de vir a ser compelida a recolher o ICMS sobre as atividades distintas do SCM, a Impugnante impetrou o mandado de segurança nº 5018220-22.2019.8.13.0433, tendo o Juízo da 2ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros/MG arrematado o seguinte na sentença”*:

ANTE O EXPOSTO, VERIFICA-SE QUE, AO CONTRÁRIO DO QUE ALEGA A PARTE IMPETRADA, OS SERVIÇOS PRESTADOS PELA IMPETRANTE NÃO SE ENQUADRAM NA DEFINIÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, NÃO ESTANDO SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESTARTE, CONCEDO A SEGURANÇA, DETERMINAR QUE À AUTORIDADE INDICADA COMO COATORA ABSTENHA-SE DE EXIGIR DA IMPETRANTE O ICMS SOBRE AS RECEITAS DECORRENTES DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET-PSCI OU SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO – SVA.

Acrescenta que, segundo a Norma nº 004/95 e a Resolução nº 614/13 da Anatel, o Serviço de Conexão à Internet – SCI ou o Serviço de Provedimento de Acesso à Internet é o *“nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações”*.

Com base nesse conceito, alega que não paira dúvida de que o SVA é completamente distinto do SCM e que *“a interligação existente entre eles deve-se ao fato daquele necessitar, sem com ele se confundir, do SCM para que a utilização propriamente dita da rede pelos usuários possa se concretizar”*.

Cita também a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97 – art. 61) para afirmar que, independentemente da tecnologia utilizada, a PSCI deverá estar sempre associada a uma PSCM para possibilitar o acesso do usuário à internet.

Relata que *“diante da sua área de atuação principal e o pouco interesse das grandes PSCMs em atender as cidades do Norte de Minas, a Impugnante teve que se constituir em uma PSCI e também requerer a autorização da Anatel para prestar o SCM, de modo a poder prover o acesso à internet”*.

Salienta que *“a autorização obtida junto a Agência Nacional de Telecomunicações não pode, de maneira alguma, desvirtuar os serviços prestados pela Impugnante e a operacionalização de suas atividades, não sendo factível e nem mesmo legal que o fiscal utilize tal fato para atrair a tributação do imposto”*, o que violaria o art. 110 do CTN, pois, segundo a Defesa, estaria desvirtuando de alguma forma *“a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado”*.

Transcreve o art. 64, § 2º, da Resolução nº 614/13, para defender que SCM e SCI podem ser cobrados de forma dissociada pelas prestadoras de pequeno porte, e que, embora sejam serviços complementares, eles não se confundem, *“sendo o 1º (primeiro) hipótese de incidência tributária do ICMS e o 2º (segundo) não”*.

Nesse sentido, traz decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que se encontram sedimentadas na Súmula 334, a qual define que *“o ICMS não incide no serviço dos Provedores de Acesso à Internet”*.

Frisa que presta SCM dentre várias outras atividades, não devendo o Fisco se ater ao CNAE da empresa e ao fato de a empresa ter a concessão da Anatel para prestar o SCM.

Declara que insere todas as informações pertinentes as atividades desenvolvidas pela empresa em nota fiscal e em recibos, conforme extrato de recibo acostado às fls. 50, que corresponde à mesma imagem trazida pelo Fisco às fls. 28.

Reproduz os arts. 3º e 4º, inciso XVIII da Resolução nº 614/13 da Anatel, para diferenciar os conceitos de SCM e SVA, concluindo que *“SVA, como o próprio nome já diz, acrescenta a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, mas com*

ele não se confunde”, e que “qualquer atividade que acrescente, a um SCM, utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações configurar-se-á em um SVA”.

Nesse sentido, afirma que o antivírus, que é um software diretamente relacionado à segurança da conexão e do usuário, e o *help-desk*, que visa assegurar o funcionamento do acesso à internet de modo geral, constituem-se como SVA.

A Defesa ressalta, ainda, que também não há que se falar em incidência de ICMS sobre locação de equipamentos relacionados à recepção e utilização do sinal de internet, alegando que se trata de locação de bens móveis e que o aluguel constitui uma atividade meio para o provimento de acesso à internet.

Observa-se que a discussão central do presente Auto de Infração gira em torno, principalmente, da natureza jurídica dos serviços prestados pela Autuada: se Serviço de Valor Adicionado (SVA), na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI), ou Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), na modalidade internet banda larga, abordando, também, a respeito de outros serviços, tais como antivírus, *help desk* e locação de equipamentos.

Para melhor deslinde da questão, cumpre, primeiramente, explanar a respeito da evolução do acesso à internet no Brasil, pedindo-se vênias para trazer as explicações constantes do Acórdão nº 23.620/20/3ª, que trata da mesma matéria aqui discutida, elucidando-a perfeitamente.

No início dos anos 90 do século passado, o Brasil possuía uma estrutura de telecomunicações totalmente estatal, 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 pudessem ter acesso/conexão à internet discada, ou seja, não podiam autenticar o usuário na rede mundial de computadores e nem fornecer o endereço de IP necessário à efetiva utilização da internet.

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

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

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

Porém, diante de uma crescente incerteza a respeito da natureza jurídico-tributário deste serviço prestado pelo provedor da internet, se corresponderia ou não a 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 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 partiu da premissa de existirem duas empresas diferentes, contratadas individualmente pelo usuário em duas relações jurídico-contratuais distintas: uma com a empresa de telecomunicações, fornecendo o canal (linha de telefone) e outra com o provedor, prestando um Serviço de Valor Adicionado (SVA) consistente em autenticação de usuário, fornecimento de IP (e,

eventualmente, outros serviços que agregam facilidades e funcionalidades ao uso da comunicação).

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

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

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

(Destacou-se)

No início dos anos 2000, já após a privatização das operadoras de telefonia, o contínuo desenvolvimento tecnológico das plataformas que suportam a prestação dos serviços de telecomunicações acabou resultando no surgimento de novos equipamentos que abriram a possibilidade fática de prestação de serviços multimídia em banda larga pelas operadoras de telecomunicações, hipótese inexistente na época da “internet discada” (anos 90).

Este cenário levou várias dessas operadoras de telecomunicações a solicitarem à Anatel a regulamentação de um serviço que materializasse essa convergência tecnológica, que havia tornado tecnicamente possível que um único serviço mais moderno (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.

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

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

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

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

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 pela Impugnante ao longo da peça de defesa, bem como a publicação do citado Enunciado de Súmula STJ nº 334.

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

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

Destaca-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.

Atualmente, conforme registrado pelo Fisco em sua manifestação fiscal, *“todas as grandes operadoras tributam integralmente os serviços de internet banda larga prestados, não havendo dúvida alguma sobre a incidência do imposto estadual”*.

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

Dessa forma, como bem observado pelo Fisco, “*é a Impugnante que estaria desvirtuando de alguma forma “a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributária”, infringindo o art. 110 do CTN*”.

Nota-se que o intuito dessa manobra é claro e vem se refletindo cotidianamente na arrecadação de ICMS - Comunicação: afastar irregularmente a incidência do ICMS sobre o serviço de comunicação por elas prestado, simulando a ocorrência de fatos geradores não sujeitos ao imposto.

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

Em 2013, portanto em momento muito posterior às decisões judiciais que culminaram na publicação do Enunciado de Súmula STJ nº 334 (2006), a Anatel aprovou o vigente Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, que se tornou o anexo da Resolução Anatel nº 614/13, revogando o Anexo à Resolução Anatel nº 272/01.

O art. 3º desse 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. Veja-se:

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

(Destacou-se)

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

Reforçando tal entendimento, vale transcrever, como bem lembrado pelo Fisco em sua manifestação fiscal, 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, em que se destacou os trechos mais relevantes.

Verifica-se que, além de trazer um interessante histórico do desenvolvimento da internet no Brasil, tal análise 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:

Tema III – Definição do Serviço de Comunicação Multimídia

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

5.33. Por sua vez, o §4º apresenta disposição redundante em relação ao §2º, pois este já expressa claramente o que não é permitido na prestação do SCM em relação a outros serviços.

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

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

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

de que se garanta regulação verdadeiramente eficiente com geração de benefícios aos usuários.

(i) *Histórico da internet.*

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

5.38. Historicamente, a internet encontra origem em razões militares contextualizadas no cenário americano à época da Guerra Fria. Na década de 60, buscou-se prover conexão entre computadores de forma descentralizada a fim de que o dano de parte da rede por eventual ataque nuclear não impedisse a comunicação⁶. Diante disso, a *Advanced Research Projects Agency* (ARPA) do Departamento de Defesa norte-americano desenvolveu um projeto de interligação de grandes computadores e, assim, foi construída, na década de 70, a ARPANet, que ligava quatro localidades americanas⁷. Após dois anos, a rede já havia se expandido para quarenta localidades diferentes que enviavam, entre si, pequenos arquivos de texto (correio eletrônico), que logo evoluíram para arquivos maiores e obteve crescimento desenfreado caindo nas mãos do uso público e abrindo portas para a Sociedade da Informação (geração, acesso e manipulação da informação)⁸.

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

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

discadas, o usuário discava para o seu Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) por meio de uma linha telefônica contratada para serviço de voz.

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

5.42. De lá para cá, houve expressiva evolução no uso da internet no país, com o avanço das ciências da informação e comunicação, o desenvolvimento das tecnologias digitais, o surgimento das redes convergentes possibilitando a agregação de serviço de voz e dados, a proliferação de equipamentos terminais de múltiplo uso e de novas tecnologias sem fio. Evoluindo em fases, a rede mundial, primeiramente, tentou simplesmente replicar o que ocorria no mundo de massa impresso para o mundo digital. Em seguida, surgiram os portais de notícia e conteúdo, com ferramentas de busca a fim de capacitar os usuários a acessá-los e, atualmente, assiste-se a uma reconstrução da internet ao redor das pessoas por meio das redes sociais.

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

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

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

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

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

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

5.48. Do mesmo modo, ante o cenário de convergência digital e 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.” (g.n)

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

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

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

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

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

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

Destarte, é juridicamente possível a recomendação da área técnica deste Ministério para oficializar a Anatel que

tome providências no sentido de alterar a referida norma.

III – DA CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

5.62. Desde a criação da internet, surgiram diversos **Provedores** nacionais, assim como respeitáveis portais

de conteúdo e comércio eletrônico, abrindo-se mercado com grandes perspectivas de crescimento, a partir da **oferta de serviços de conteúdo especial, suporte técnico, correio eletrônico, anti-vírus, anti-spam** e outros extremamente inovadores e em franca expansão como os **cloud services**.

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

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

5.64. Além disso, como aduzido acima, permanece a necessidade do PSCI em todas as atividades necessárias à conexão à internet com suporte sobre as redes STFC, o que, em 2011, representava 10% do mercado de acesso à rede no Brasil¹⁴.

5.65. Observa-se também a **tendência de muitos PSCI que se tornaram ou visam a se tornar prestadores do próprio SCM**. Tal iniciativa é também estimulada pela presente atualização do RSCM por meio das medidas de simplificação da outorga e redução do respectivo preço, conforme temas específicos desta Análise.

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

5.67. Relembro, por fim, que, **além de gerar duplicidade de meios para a conexão à internet, a**

soma SCM e PSCI pode se apresentar como uma janela para manobras tributárias. A NOTA TÉCNICA/MC/STE/DESUT/Nº 27/2011, contida nos presentes autos e acima citada, destaca o tema:

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

(iii) Conclusão

5.68. Diante disso, considero **necessário especificar normativamente o que já ocorre na prática nas redes SCM a partir da agregação da realidade à definição do serviço**, inclusive de acordo com contribuições recebidas em CP nesse sentido¹⁵. Além disso, como dito, a caracterização do SCM pelo que ele não é apresenta-se ultrapassada e dispensável e, tendo em vista a premissa de alinhamento da regulamentação do SCM com a de outros serviços de interesse coletivo, sugiro também a exclusão dos §§1º e 4º do art. 3º da minuta em exame.

5.69. De outro lado, a Área Técnica não acatou as contribuições para inserção de referência ao Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) ao art. 3º, §1º, da minuta da SPV, tendo em vista que sequer existia um novo serviço em substituição aos já existentes de TV por Assinatura.

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

5.71. Todavia, a citada Lei não simplesmente extinguiu os serviços de TV por Assinatura anteriormente existentes, mas estabeleceu normas de transição para o novo regime estabelecido. Previu, inclusive, a

possibilidade da requisição de adaptação, para o SeAC, dos instrumentos anteriormente outorgados para prestação desses serviços antigos.

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

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

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

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

§ 1º ~~Distinguem-se do SCM o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e os serviços de televisão por assinatura, tais como o Serviço de TV a Cabo (TVC), o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), o Serviço de Distribuição de Sinais de TV por Meios Físicos (DISTV) e o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC).~~

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

(destacou-se)

Nesse mesmo contexto, a Fiscalização destaca, às fls. 122/124 dos autos, as considerações colhidas da Análise 306/2013-CGMB, constante de trabalho monográfico da Procuradora Federal, Marina Georgia de Oliveira e Nascimento, na dissertação que realizou sobre a “A figura do provedor de conexão à internet e o regulamento do serviço de comunicação multimídia”, extraída do endereço “http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-figura-do-provedor-de-conexao-a-internet-e-o-regulamento-do-servico-de-comunicacao-multimidia,48270.html#_ftn1”.

Conforme observado pela Fiscalização, “a leitura do texto colacionado acima elucida de forma suficiente e satisfatória as mudanças sofridas pelo Provimento de acesso (PSCI), decorrentes da evolução tecnológica pela qual os serviços de telecomunicações em geral estão submetidos, deixando claro que, com amparo no art. 3º da resolução 614/2013 da ANATEL, 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”.

Corroborando todo esse posicionamento, a Fiscalização apontou, ainda, às fls. 113/122 dos autos, decisões judiciais acerca da integração do provimento de acesso à internet ao SCM. Vale reproduzir os seguintes trechos:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.02.005345-5/PR

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTADORAS DE SERVIÇO. ACESSO À INTERNET. PROVEDORES. DESNECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO.

1. O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET CARACTERIZA-SE COMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES, INSERINDO-SE NO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO EM TELA, MOTIVO PELO QUAL NÃO HÁ MÁCULA AOS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS APONTADOS.

(...)

VOTO

PELO JUIZ FEDERAL ROGER RAUPP RIOS:

ACOMPANHO A EMINETE RELATORA, AO CONCLUIR QUE O SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES

SUBSUME-SE AO CONCEITO LEGAL DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES.

(...)

NESSE AMBIENTE, PORTANTO, NÃO HÁ COMO ENQUADRAR O SERVIÇO DO PROVEDOR COMO DE MERO "VALOR ADICIONADO". DEFINE-SE, SEM DÚVIDA, COMO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, PERFEITAMENTE ADEQUADO ENTRE AS ESPÉCIES PREVISTAS NO ART. 2º DA LC 87/96."

(...)

ESTE RISCO, PELO QUE REVELA A LEITURA DA SENTENÇA, NÃO ESTÁ PRESENTE NO CASO CONCRETO, UMA VEZ QUE ELA DETERMINOU À PRESTADORA DE TELEFONIA FIXA DEIXAR DE EXIGIR A CONTRATAÇÃO E PAGAMENTO DE UM PROVEDOR ADICIONAL AOS USUÁRIOS DE BANDA LARGA, BEM COMO QUE A ABSTENÇÃO DE SUSPENSÃO DO SERVIÇO QUANDO NÃO CONTRATADO O PROVEDOR ADICIONAL (TURBO, NO CASO), PELO USUÁRIO.

(...)

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

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

Vale lembrar o registro do Conselheiro Relator da Anatel nos Itens 5.48, 5.50 e 5.57, já transcritos, de que, 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.

Como bem salienta o Fisco, a Autuada disponibiliza aos seus clientes/assinantes o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, ou seja, a internet banda larga, via fibra óptica ou wireless, desde o início de suas atividades em 2016 e

cujas autorizações da Anatel se deu por meio do ato nº 10468 de 19/07/17, conforme tela constante do arquivo “Doc.3 – Consulta Anatel” inserido no CD de fls. 19 (Anexo 2 do Auto de Infração – Pasta 1 – “Documentos e Consulta”).

O Fisco destaca que o período autuado, janeiro a dezembro de 2019, *“encontra-se numa fase em que a figura do PSCI já não é nem mais lembrada, pois desde 2001, os prestadores do SCM promovem a conexão do terminal do usuário à internet, direta e instantaneamente sem contar com a presença e participação obrigatória de qualquer outro intermediário (Provedor de acesso)”*.

Registra, também, que *“a Impugnante presta um único serviço de SCM (Internet Banda Larga) via fibra óptica e ou wireless (redes funcionam através de ondas de rádios transmitidas por meio de um adaptador, o roteador, que recebe os sinais, decodifica e os emite a partir de uma antena,) (cf. ANEXO 2 - DVD\1 - Documentos e Consultas\doc.8), ou seja, com conexão instantânea do usuário à rede, tão logo seja ligado o seu equipamento”*.

Portanto, ao contrário do que tenta aduzir a Impugnante, o SCM é atividade 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 óptica, modems, estação de rádio, radiotransmissores, etc.) está diretamente relacionado com a prestação do SCM e não do SCI.

Às fls. 110 dos autos, o Fisco acosta telas do site do grupo de empresas VIANORTE (<http://vianorte.tv.br/cidade.php>), do qual a Autuada faz parte, destacando a informação extraída de suas páginas (<http://vianorte.tv.br/empresa>), de que *“A VIANORTE é uma empresa que atua há mais de uma década como provedor de internet ofertando serviços de internet banda Larga, sempre com uma visão avançada em tecnologia. Fundada na cidade de Jaíba – MG e desde sua criação vem ampliando sua área de atuação”* (sic) (destacou-se).

Pode-se afirmar, então, que os usuários dos serviços da NORTE COMUNICAÇÕES, quando se dirigiram à empresa para contratação dos serviços oferecidos, o fizeram certamente com o único propósito de contratar a internet em alta velocidade, ou seja, a Internet Banda larga.

O Fisco acrescenta que *“o sítio da NORTE COMUNICAÇÕES (<http://vianorte.tv.br/planos>) demonstra inequivocamente que só existe um serviço oferecido, qual seja: “BANDA LARGA FIBRA e WIRELESS”. (imagens constantes do doc. 8 da pasta 1 do Anexo 2/DVD)”*.

Portanto, ao ofertar ao mercado a Banda Larga, a NORTE COMUNICAÇÕES oferece um pacote completo: acordo de tráfego, qualidade de navegação de conteúdo, roteamento por diversos protocolos, ou seja, tudo integrando o Serviço de Comunicação Multimídia.

Como bem observado pelo Fisco, *“é admirável, na verdade, o esforço empreendido pela Impugnante, em sua defesa, para tentar dividir o indivisível. Tentar transformar parte dos processos técnicos que compõem o SCM em algo diferente, apartado, em suposto provimento de acesso que não se usa mais”*.

A realidade fática revela que a Autuada é uma empresa prestadora de SCM e incorporou, nessa prestação, os serviços que existiam antes dos avanços tecnológicos que toda a sociedade experimentou nos últimos anos.

Importante ressaltar que não se nega a vigência da legislação relacionada ao tema, mormente o art. 61 da Lei nº 9.472/97, que trata dos Serviços de Valor Adicionado (SVA) e de sua distinção em relação aos serviços de comunicação.

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

Entretanto, nenhum desses serviços é prestado pela Autuada.

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

Vale acrescentar a seguinte abordagem apresentada pela Fiscalização em sua manifestação fiscal (fls. 112):

A Impugnante reporta à definição de Serviço a Conexão a Internet – SCI, segundo sítio da ANATEL, como o “nome genérico que designa Serviço de Valor Adicionado, que possibilita o acesso à Internet a Usuários e Provedores de Serviços de Informações;”. No entanto, não trouxe o conceito de Serviço de Valor adicionado, também estabelecido no site da agencia reguladora,

<https://www.ANATEL.gov.br/legislacao/normas-do-mc/78-portaria-148#item3> , no item 3 alinea “b”:

b) Serviço de Valor Adicionado: serviço que acrescenta a uma rede preexistente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas, ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações (grifamos)

Logo para se existir um SVA, há necessidade de preexistir um serviço de telecomunicação anterior. E como já demonstrado anteriormente esses serviços – SCM e SVA- no caso da NORTE COMUNICAÇÕES, eles são concomitantes. Ou seja, não existe SVA, e consequentemente não existe SCI ou seu provedor PSCI.

O serviço de Internet banda larga é incontestavelmente serviço típico de telecomunicação. A própria resolução da ANATEL 614/2013 (Regulamento do SCM) quando trata das regras gerais da prestação do SCM, mais especificamente dos planos de serviços contratados pelos usuários junto às Prestadoras do SCM,

estabelece as regras relativas às taxas de download e upload próprias deste tipo de serviço, senão vejamos:

Art. 63. O Plano de Serviço deve conter, no mínimo, as seguintes características:

I - velocidade máxima, tanto de download quanto de upload, disponível no endereço contratado, para os fluxos de comunicação originado e terminado no terminal do Assinante, respeitados os critérios estabelecidos em regulamentação específica;

A citação do art. 64, § 2º, da Resolução nº 614/13 feita pela Impugnante, para tentar justificar a diferenciação entre a sua forma de tributação e a das grandes Operadoras, por se considerar uma prestadora de pequeno porte, também não procede.

Quanto a essa questão, o Fisco faz a seguinte observação (fls. 125):

A intenção do legislador neste caso, foi exatamente desonerar o usuário final de uma eventual apartação dos serviços, se efetivamente oferecidos por meio de uma OUTRA EMPRESA. O fato do parágrafo 2º do referido artigo excepcionar as Prestadoras de Pequeno Porte neste caso, está longe de querer dizer que estas pequenas prestadoras podem interpretar a legislação de forma diversa das grandes, ao deixar de tributar parte do Serviço de Comunicação Multimídia por simplesmente nomeá-lo “Serviço de Valor Adicionado, quando na verdade não o é.

O que o texto quer dizer é que, se porventura houver outra empresa, Provedora de Serviço de Conexão à Internet, que seja de pequeno porte, esta poderá cobrar pelo serviço de conexão à internet. Todavia, este não é o caso da NORTE COMUNICAÇÕES, que é uma única empresa, prestando um único serviço, que é a oferta ao seu usuário, de Serviço de Comunicação Multimídia do tipo internet banda larga.

(...)

Ousamos ainda dizer que estes argumentos trazidos pela Autuada para discussão, na verdade depuseram contra ela mesma, na medida em que a própria afirma que “diante de sua área de atuação principal, e o pouco interesse das grandes PSCMs em atender as cidades do Norte de Minas, (...) de modo a poder prover o acesso a internet” (fl.46), demonstraram que a VIANORTE abocanhou esse mercado. Ou seja, a Impugnante oferece o mesmo o serviço de internet banda larga que as grandes operadoras, tais como, OI, CLARO e TIM, e essas tributam integralmente pelo ICMS o Serviço de Comunicação Multimídia – SCM prestado. Ora, se o serviço de internet banda larga prestado pela NORTE COMUNICAÇÕES é

rigorosamente do mesmo tipo de serviço prestado pelas grandes operadoras, obviamente que a tributação também deve ser a mesma. Corrobora-se a isto o fato de todas as grandes operadoras e de várias operadoras de pequeno porte, terem no passado próximo, desistido de diversas ações judiciais para então tributar o SCM integral e corretamente pelo ICMS.

Ademais, restou demonstrado nos autos pelo Fisco que a Autuada não se enquadra com Prestadora de Pequeno Porte (fls. 96):

Da alegação da Impugnante de que, de acordo o inciso XIV do Art. 4 da Resolução n.º 614/2013 da ANATEL, a NORTE COMUNICAÇÕES seria uma Prestadora de Pequeno Porte, pois os seus números de acessos de SCM seriam inferiores que cinquenta mil.

Essa argumentação já não se aplica desde 06 de novembro de 2018, cujo inciso foi revogado, e consequentemente o respectivo conceito de PPP, pela edição da Resolução n.º 704, de 06 de novembro de 2018, da própria ANATEL. Essa alteração decorreu da modificação de entendimento da própria agência reguladora, em 2017, com edição da Resolução n.º 680, de 27 de junho de 2017, cujo conceito de Prestadora de Pequeno Porte aplica-se somente às prestadoras com até 5.000 (cinco mil) acessos sem serviço. E como se pode ver pela planilha “Doc.1 - Acessos_SCM_2015-2019_-_Empresa “anexada pelo fisco (ANEXO 2 - DVD\1 - Documentos e Consultas), a Autuada entre 10/2018 e 09/2019 teve 59.586 acessos, ultrapassando assim todo e qualquer limite estabelecido pela Agencia Reguladora.

Não obstante ao tamanho da Autuada perante a ANATEL, como contribuinte do ICMS no regime de Débito e Crédito, se sujeita a todas as obrigações acessória e principal previstas na legislação tributária desse Estado. E não o fez, motivando assim a presente autuação.

Já no que se refere às parcelas do serviço de comunicação prestado pela Autuada, indicado por ela como “help desk, antivírus e Locação de equipamentos”, os quais se enquadrariam na hipótese de não incidência de ICMS, fundamental trazer aqui os esclarecimentos do Fisco a esse respeito (fls. 126/131):

Não obstante a intenção também de enganar o usuário/cliente, ao emitir um **documento não fiscal** grafado como “Nota Fiscal”, série “1”, exemplo trazido às fl. 28 dos autos, cumpre demonstrar aos dignos conselheiros, que a Autuada, maliciosamente, promove tal elisão fiscal fugindo no máximo de toda e qualquer possibilidade de tributação de sua atividade, independente a que ente federado se trate.

Há de se observar, que a fração do serviço SCM exigido pelo fisco nesse trabalho é exatamente as constantes nessa Fatura Comercial que abarca as seguintes:

- CONEXÃO A INTERNET –SVA
- HELP DESK – SVA
- ANTIVIRUS – SVA
- KIT FIBRA (PTO+CORDÃO OPTICO+ONU)

A questão da CONEXÃO A INTERNET, já foi amplamente demonstrada que de fato é um Serviço de Comunicação Multimídia, SCM, devendo pois inserir na tributação do ICMS. As demais parcelas, help desk, antivírus e “locação de equipamentos”, o fisco rechaçar as alegações da defesa pelas razões abaixo apresentadas.

Na busca incessante pela verdade material, o fisco contrariamente do que afirmado pela defesa, teve em contato telefônico e por e-mail com técnicos da empresa e do setor de telecomunicações para entender a real atividade desenvolvida pela empresa, inclusive em reunião on line com os sócios e contador. Também intimou a Autuada, diversas vezes para esclarecimento e elucidação dos fatos, tanto na fase exploratória quanto na auditoria. Vide ANEXO 2 - DVD\1 - Documentos e Consultas.

Diante das provas carreadas aos autos, trazidas em atendimento às intimações do fisco, cumpre, para esclarecer as exigências dos valores atribuídos como SVA de help desk, antivírus e locação de equipamentos, elucidar ainda mais a forma como a Autuada presta o serviço de telecomunicação na modalidade SCM.

A NORTE COMUNICAÇÕES é uma empresa do grupo VIANORTE, como se pode constatar pelo endereço apresentado no site do grupo cujos “prints” se encontram copiados no doc. 8 – material de propaganda/Pasta 1 do DVD. Presente em 09 cidades do Norte de Minas a VIANORTE desenvolve, segundo sua página digital, um trabalho diferenciado visando atender seus clientes com um produto de alta qualidade, tendo como alvo principal, levar tecnologia inovadora, a preços acessíveis e competitivos.

Numa rápida observação desse material, ou navegando pelo seu sitio na internet, observa-se que ela oferece apenas 02 produtos, a saber: plano de internet banda larga Via FIBRA (Fibra óptica) e plano de internet banda larga via WIRELESS (Radio Frequência 5.8 GHZ). Ou seja, nada mais do que isso.

Quando uma pessoa resolve contratar os serviços da Impugnante, ela inicialmente deve fazer uma total adesão, sem qualquer ressalva ou restrição das condições impostas no “CONTRATO PADRÃO de prestação de Serviços que se encontrava disponível no site da Autuada, <http://www.vianorte.tv.br>, como se pode ver n “Formalização Contratual” extraída da Adesão feita pelo Sr. CLAUDIO MANOEL TELLES HORTA, CPF: 560.475.416-15, cuja cópia se encontra na fl. 22 dos autos, e na pasta “3- Contratos -”, do Anexo2/DVD”. Vale salientar que o fisco buscou informação e descobriu que este “contrato padrão” também se encontra registrado no Cartório 2º Oficial de Registros e Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de Montes Claros, como se pode ver nos contratos n.º11258 da SIRLEI DAS GRACAS SILVA DURAES, pasta 3- Contratos do Anexo 2/DVD.

É possível perceber nas cláusulas 1.1 dos contratos juntados aos autos, pasta “3- Contratos/Anexo2/DVD”, que o Objeto das prestações de serviço é único e indivisível, as quais transcrevemos abaixo, por modalidade do Plano da banda larga:

Nos **PLANOS FIBRA**, a exemplo do usuário SIRLEI DAS GRACAS, acima identificado:

1 - DO OBJETO

1.1 Constitui o objeto do presente CONTRATO a prestação do serviço de conexão à rede Mundial de computadores, através do ponto inicial de acesso na modalidade Fibra Óptica, que deverá estar disponível 24 horas por dia, durante os 7 dias da semana, para exclusivo do CONTRATANTE.

Nos **WIRELESS**, a exemplo do usuário m.º 327762 - SUPERBOM IMOVEIS LTDA, cujo contrato se encontra em pasta com seu nome na já mencionada pasta “3- Contratos/Anexo2/DVD”:

1 - DO OBJETO

1.2 Constitui o objeto do presente CONTRATO a prestação do serviço de conexão à rede Mundial de computadores, através do ponto inicial de acesso na modalidade Wireless, que deverá estar disponível 24 horas por dia, durante os 7 dias da semana, para exclusivo do CONTRATANTE.

Destacamos destes, que para a adesão ao contrato padrão registrada na no Cartório 2º Oficial de Registros e Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da cidade de Montes Claros, os clientes devem assinar a “FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL” ,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

rege nas “CONDIÇÕES COMERCIAIS – ACSSO A REDE MUNDIAL INTERENET” que o preço é único, referente a um único serviço, como se pode ver no documento juntado as fls. 22 dos autos, ou qualquer um das formalizações trazidas na pasta 3 – contratos/Anexo 2/DVD, cuja na figura abaixo, foi extraída da formalização assinada pela usuária SIRLEI DAS GRACAS.

email:

ATO DE ADESAO A SERVIÇO DE ACESSO A INTERNET			
O proponente supra identificado como USUÁRIO, confirma as informações acima e, tendo recebido, lido e entendido uma cópia das condições gerais que regulamentam as cláusulas e esclarecem as obrigações e direitos pactuados no contrato de prestação de Serviço de provedor para o acesso a Rede mundial Internet protocolado e registrado no Cartório 2º Oficial de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital da cidade de Montes Claros - MG, formaliza sua inteira adesão ao referido contrato, aceitando cláusulas e condições nele estabelecidas, sem qualquer ressalva ou restrição, sabendo que a aceitação desta formalização contratual pela Operadora se dará pela simples cobrança das obrigações pecuniárias aqui previstas.			
CONDIÇÕES COMERCIAIS - ACESSO A REDE MUNDIAL INTERNET			
	Empresarial	Residencial	X
(A) Forma de pagamento assinatura mensal			
1) Serviço de telemática:	20 MEGA	R\$ 219,90	
2) Taxa de instalação :		R\$ 0,00	
3) Desconto no serviço de telemática :		R\$ 110,00	
Valor total: R\$	109,90	Data Venc.:	20
(B) Forma de pagamento adesão			
VALOR	R\$	A Vista R\$: R\$	A Prazo R\$: R\$

Ou seja, **não há contratação de adicionais. O contrato é bem claro, neste caso: “a Contratante pagará a Contratada o valor Global de R\$109.90 para o objeto contratado, ou seja para o fornecimento de internet banda Larga na modalidade Fibra Óptica.** (Destacou-se)

Isto posto, **fica explicitado que se se uma pessoa que não for usuário desses planos, não tem a opção de adquirir, separadamente, nenhum dos serviços ora analisados.** Exemplo, se você for cliente de outra PSCM, você **não** pode adquirir um serviço de help desk, ou antivírus prestado pela Autuada. E muito menos alugar um equipamento de modem.

O contrário também **não** é possível. **Se um cliente da Autuada quiser contratar de terceiro esses serviços, não precisará fazê-lo, pois eles já são parte integrante do plano adquirido pela Autuada.** (Destacou-se)

Destaca-se que sequer é apresentado ao pretendo cliente uma possibilidade dele contratar apenas o SCI ou SCM, uma vez que o contratante/usuário, é obrigado a assinar um Contrato padrão, registrado em cartório e nele consta que o usuário receberá um KIT completo de instalação: (ONT, GEPOM E CABOS) materiais pertencentes a Vianorte, cuja obrigação de devolvê-lo está prevista quando da rescisão, conforme contratos juntados na pasta 3 do

DVD (Exemplo abaixo retirado da pag. 4 do Contrato do DILSON MOTA): (Destacou-se)

Item 7 – **DA RECISÃO** (sic)

7. 2 Caso o **CONTRATANTE** opte por rescindir o presente **CONTRATO**, esta rescisão deverá ser feita expressamente, por escrito, através de carta registrada (AR) pelos CORREIOS, do próprio email do contratante registrado no contrato de adesão ou cópia protocolada no endereço da contratada.

(...)

d) A rescisão se dará mediante a entrega de carta e a devolução do KIT completo de instalação: 9ONT, GEPOM E CABOS) materiais pertencentes a Vianorte. Caso a (ONT, GEPOM E CABOS) não sejam devolvidos, será cobrado o valor correspondente aos equipamentos conforme valor do dia da rescisão.

Observe que a devolução é obrigatória e não se fala que cobrará o aluguel proporcional aos dias utilizados.

É importante também entender o que se trata cada um destes serviços apontados pela Impugnante em sua peça defensiva: Help-desk, Antivírus e Locação de equipamentos.

- **Do Help desk**

Help desk (literalmente "**balcão de ajuda**") é um termo da língua inglesa que designa o serviço de apoio a usuários para suporte e resolução de problemas técnicos, informática, telefonia e tecnologias de informação, ou pré e pós vendas. Este apoio pode ser tanto dentro de uma empresa (profissionais que cuidam da manutenção de equipamentos e instalações dentro da empresa), quanto externamente (prestação de serviços a usuários), por meio de um sistema de gerenciamento de incidentes ou call center.

Ora, este serviço é evidente que está incluído no preço do SCM contratado, como está para qualquer outro serviço. Por exemplo: Alguém paga por fora para utilizar-se do Help-desk dos serviços de iluminação ou água da sua casa ou empresa? Ou talvez do serviço de telefonia do seu celular? É incabível e proibido ser considerado como um valor adicional, pois é obrigação da prestadora de SCM prestá-lo gratuitamente, nos termos do art. 43 do RSMC – Resolução 614/2013, abaixo reproduzido:

Art. 43. A prestadora deve manter um centro de atendimento para seus assinantes, **com discagem**

direta gratuita, mediante chamada de terminal fixo ou móvel, durante vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana. (negritamos).

Ora se obrigação da Autuada manter o Help-desk a seus usuários e não pode cobrar por isso, fica comprovado que esse serviço é parte inerente do próprio serviço de telecomunicação e está incluído no preço da sua prestação. (Destacou-se)

- **Do Antivírus**

Os **antivírus** são programas informáticos desenvolvidos para prevenir, detectar e eliminar vírus de computador.

Mais uma vez a Autuada se vale, maliciosamente de seus serviços necessários a fim de lesar os cofres do erário.

Geralmente, os Antivírus são fornecidos, na internet, gratuitamente em versões mais simples e cobradas em versões mais completas. Destaca-se também que o antivírus varia de acordo com o tipo de plataforma ou software instalado no computador. Exemplo: se você estiver usando o Windows, ou macOS, bem como smartTvs, smartphones iOS e o Android, os antivírus não são o mesmo para esses aparelhos. E ainda, quando alguém contrata os serviços de um Antivírus, essa pessoa tem o direito de programar o uso desse serviço. Por exemplo, pode-se planejar o horário para que ele faça a “varredura geral” em seus equipamentos.

Mas nada disso é ofertado pela Impugnante, porque os Antivírus são programas **instalados em computadores**, ou seja, precisam ser instalados nos equipamentos do usuário. E isto a Autuada não faz. Ela pode até utilizar-se de antivírus, mas é inerente à sua prestação, nos equipamentos dela, no seu estabelecimento, a fim de garantir a qualidade dos seus serviços. São serviços meios utilizados pelas prestadoras para ofertar seu serviço fim que é o SCM, como a própria Impugnante afirma.

Os usuários sequer têm ciência do uso desse serviço, e o uso por parte da Autuada não autoriza a cobrança ao usuário. Evidentemente o uso de Antivírus por parte da Impugnante está inserido no SCM prestado. Logo, esse serviço de antivírus cobrado a todos os usuários indistintamente, sem seu conhecimento, não é adicionado. (Destacou-se)

- **Da Locação de equipamentos**

(...)

Há de se observar, pelo exemplo da Fatura Comercial – que recebe o nome de Nota Fiscal, n.º 36114, emitida em 15/07/2019, fl. 28, que o serviço/produto discriminado como “553-KIT FIBRA (PTO+CORDÃO OPTICO+ONU), é a fração do exigido pelo fisco que a defesa alega se tratar de “locação de equipamentos”.

Cumpra evidenciar, que quando o usuário contrata o plano de internet, recebe, gratuitamente, sem cobrança de taxa de instalação, um Kit de equipamentos, chamado por ela mesma de KIT COMPLETO DE INSTALAÇÃO, (ONT, GEPOM E CABOS), materiais pertencentes à Vianorte, que são responsáveis pela transmissão e decodificação do sinal de internet banda larga. **Tais equipamentos são fornecidos pelas operadoras contratadas, na modalidade de comodato. Assim acontece no mercado em geral, e com a Impugnante não é diferente.** (destacou-se)

Observa-se que nos contratos, em momento alguns – e podem analisar todos os juntados na pasta 3 do DVD – **há referência em locação ou aluguel de equipamentos. Fala sim em fornecimento do KIT de instalação, onde inclusive se cobra uma taxa para sua instalação e outra para sua desinstalação.** (Destacou-se)

Esse fornecimento gratuito dos equipamentos está previsto nos contratos, como se já destacado anteriormente quando da Rescisão.

Pelo exposto, esclarecidos os conteúdos dos serviços ora analisados - apontados pela Impugnante como não sujeitos à incidência do ICMS - e a sua real incorporação ao SCM prestado, fica evidenciado que o serviço de banda larga é o único “Objeto” dos contratos firmados pela Autuada, sendo que, o fornecimento dos equipamentos, o *help desk* e o antivírus, são suportes de fato utilizados na infraestrutura da empresa a fim de prestar o SCM, inclusive, nem são ofertados separadamente pela empresa.

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

A fim de robustecer o trabalho, o Fisco destaca, às fls. 131/133 dos autos, lições de renomados doutrinadores tributaristas, ressaltando a tese de que o Serviço de Comunicação Multimídia, tanto na modalidade FIBRA quanto na WIRELESS, prestado pela Autuada engloba os serviços de *help-desk*, antivírus e o fornecimento dos equipamentos, os quais **não se encontram discriminados nos contratos e nem no momento da cobrança.**

Concretizando ainda mais o posicionamento de que o *help-desk*, o antivírus e o fornecimento de equipamentos integram o plano SCM contratado, o Fisco destaca a Cláusula 13 do contrato padrão registrado no Cartório de Montes Claros, firmado entre

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a Autuada e os usuários, em que ela especifica os serviços adicionais que fornecerá, e por ela serão cobradas taxas, conforme cópia extraída do contrato firmado com o usuário n.326092 - PAC TELECOM, que se encontra em pasta com seu nome na já mencionada pasta “3- Contratos”, do Anexo2/DVD:

13 – TAXAS DE SERVIÇOS (Tabela em nosso Show Room)

13.1. Taxa de alteração de velocidade.

13.2. Taxa de Visita Técnica, (quando for constatado, que o problema é de responsabilidade do cliente. Ex: cabos invertidos ou danificados, fonte desligada, drive desativado, quebra do conector, queda ou desalinhamento da ONT dentre outros).

13.3. Taxa Mudança de Endereço.

13.4. Taxa para instalação do 2º ponto.

13.5. Taxa de Desligamento definitivo

13.6. Taxa de Desligamento Temporário. Sendo o Prazo máximo de até 30 (trinta) dias – 01 mês.

13.7. Retirada dos Equipamento.

13.8. Dentre outras conforme tabela em nosso Show Room, e disponível para ser enviada via email, quando solicitada.

O cliente deverá deixar um cheque / nota promissória caução no valor do equipamento, ou seja, R\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta reais), no ato do cancelamento, caso fique com a posse da ONT GEPOM.

O Fisco salienta que, neste Auto de Infração, ele “teve o cuidado de excluir todo e qualquer valor decorrente da cobrança dessas taxas acima exigidas pela Impugnante”, observando, ainda, que “não há nenhum dos 03 pseudos serviços ora analisados incluídos nesse rol de serviços adicionais”.

No intuito de elucidar o *modus operandi* da Autuada, o Fisco sintetizou a conduta da empresa da seguinte forma (fls. 135/137):

Até 31 de dezembro de 2018, a empresa estava enquadrada no SIMPLESNACIONAL, passando ao Regime Débito e Crédito em 01 de janeiro de 2019, conforme Doc. 7 - Consulta SIARE - Enquadramento (pasta 1).

Até dezembro de 2018, a autuada emitia corretamente seus documentos fiscais, Nota Fiscal modelo 21, delineando como descrição dos serviços prestados a expressão “INTERNET SCM”, e destacava o valor real do serviço prestado, conforme se pode observar nos documentos emitidos para o usuário CLAUDIO MANOEL, nos períodos julho/2018 e dezembro/2018, arrolados às fls. 24 e 25 dos autos. Observa que o

valor do SCM prestado e discriminado nessa NF fora no Valor de R\$ 119,90, coincidente ao da Formalização do Contrato assinado pelo usuário.

Porém, a partir de janeiro de 2019, o contribuinte adotou, como norma, a emissão da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação, mod. 21 consignando, nos campos “Valor Total”, “Base de Cálculo do ICMS” e “ICMS”, importâncias inferiores aos efetivamente prestados. No caso, conforme documento da fls. 26, o valor do SCM passou a ser apenas R\$ 30,12, bem inferior ao serviço contrato, e dentro do mesmo período de Validade do Contrato regente aos das fls. 24 e 25 acima citadas.

O restante do valor total do serviço SCM prestado pela autuada, ela emitiu um **documento Não fiscal** intitulado por ela mesmo de FATURA COMERCIAL, cujo cabeçalho refere-se a “Nota Fiscal” - “modelo I”, constando no campo “Discriminação dos Serviços”, a indevida rubrica “SVA - Serviço de Valor Adicionado” e/ou “Locação de Equipamentos”. Porém emite para o usuário/assinante, um boleto de cobrança no valor integral do serviço prestado. Veja a manobra insidiosa da Impugnante, emitir um documento não fiscal com o cabeçalho de Nota Fiscal, com série e numeração. É querer mesmo enganar o consumidor.

O serviço vendido pela Autuada é único e a cobrança do serviço também é única, conforme facilmente demonstrado pelo conjunto amplo de provas constantes destes autos, e exemplos trazidos no Relatório Fiscal, que elucidam a questão. Transcrevemos abaixo um deles apenas para facilitar o trabalho dos senhores conselheiros, cujo contrato foi alterado em julho/2019, e que se encontra na pasta CLAUDIO MANOEL da pasta 3 - contratos, e documentos apensos fisicamente aos autos, fls. 20 a 29.

- Nome do assinante: CLAUDIO MANOEL TELLES HORTA
- NF mod.21, n.º 000.001.771 de 16/07/2018
Valor: R\$ 119,90
- NF mod. 21 n.º 000.001.661 de 11/12/2018
Valor: R\$ 119,90
- **NF mod. 21 n.º 034243 de 15/07/2019**
Valor :R\$ 30,12
- Fatura Comercial n. 36114 de 15/07/2019
Valor: R\$ 72,46

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- **Total da NF + fatura comercial (07/2019)**
Valor: R\$ 102,58

- Formalização contratual: Doc. 9 da pasta 3 – contratos/CLAUDIO MANOEL
- **Serviço contratado: Acesso a rede mundial internet:**
 - Serviço telemática: 40 Mega R\$219,90
 - Provedor: R\$0,00
 - Desconto mediante fidelidade: R\$100,00
 - **Valor Total: R\$109,90**
 - Data do contrato: R\$24 de julho de 2019
- NF mod. 21 n.º 00.045.160 de 13/09/2019
Valor :R\$ 22.90
- Fatura Comercial n. 46901 de 19/09/2019
Valor: R\$ 87,00
- **Total da NF + fatura comercial (09/2019)**
Valor: R\$ 109,90
- **Boleto bancário: n.º 2896453**
Valor R\$ 109,90

Neste ponto reside a estratégia do autuado, subfaturar a Nota Fiscal verdadeira, para diminuir o valor do imposto a pagar: ao emitir para o cliente, que não possui conhecimento técnico suficiente, dois documentos distintos: um fiscal, NF modelo 21, onde consta o serviço SCM prestado num valor inferior ao contratado e, um outro documento não fiscal, a tal “fatura comercial”, onde consta uma prestação de serviço de valor adicionado inexistente.

Não se há de falar em saída sem nota, pois a prestação do serviço é única, prestada em uma só vez, contínua e interruptamente, 24horas por dia, sete dias na semana. Daí, neste caso, a emissão do documento fiscal aconteceu, porém no valor inferior ao serviço prestado.

“A comprovação de subfaturamento depende da prova de que o valor que foi efetivamente pago é diferente do que o declarado”. Esse entendimento do acórdão 3201-005.482 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da 3ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf).

E foi isso que o Fisco fez durante todo o seu trabalho e nessa manifestação: comprovar nos autos que a Autuada consignou em notas fiscais importância diversa do efetivo valor da operação.

Vale destacar, aqui, a observação de que os valores indicados pela empresa como serviços de SCM representam menos de um terço da importância total cobrada dos clientes, sendo que esse serviço é o único objeto de contrato e de oferta pela empresa. Há, portanto, uma grande discrepância de valores indicados pela empresa como serviços de SCM (principal) em relação aos demais serviços discriminados por ela em “faturas”, que seriam supostamente “adicionais” ao SCM.

Pelos elementos constantes dos autos, conclui-se, de forma segura, que a Autuada é uma prestadora de SCM na modalidade internet banda larga, serviço de acesso dedicado ofertado sem intervenção de provedores de internet, sujeito à incidência do ICMS, não havendo, efetivamente, nenhum serviço de valor adicionado prestado por ela, até porque, reiterando, não há nenhuma oferta, à parte, pela empresa de qualquer serviço de valor adicionado, nem em contratos nem mesmo em *site* da empresa.

Observa-se que o *modus operandi* da Autuada reside na estratégia de reduzir o valor do ICMS a pagar, ao elaborar e submeter ao cliente, que não possui conhecimento técnico suficiente, um contrato em que consta o serviço realmente prestado (SCM) e emitir “faturas” indicando prestações de serviço inexistentes e que não configuram fato gerador do imposto.

É também nessa conduta que se encontra a concorrência desleal: ao disfarçar uma prestação de serviço de valor adicionado inexistente, a Autuada diminui artificialmente sua tributação e age deslealmente no mercado, prejudicando as empresas que tributam integralmente a prestação de SCM.

Em suma: o serviço vendido é único, sendo que a separação em dois documentos, um fiscal (NF modelo 21), em que consta o serviço SCM prestado num valor inferior ao contratado, e outro não fiscal, a tal “fatura comercial”, em que consta prestações de serviços inexistentes, foi com o único propósito de suprimir parte do ICMS devido na prestação total do serviço de comunicação.

Também não procede o argumento de defesa de que houve mudança de comportamento em razão do regime de tributação (Simples Nacional e Débito/Crédito), pois, ainda que a empresa adote o regime do Simples Nacional, é de extrema importância a discriminação de todos os serviços prestados, mesmo que não afete o recolhimento de ICMS.

Assim, correto o posicionamento do Fisco de que, no caso em questão, o ICMS deve incidir sobre a totalidade dos valores cobrados, ou seja, engloba também os serviços necessários à sua execução, independentemente da denominação que a eles seja conferida, em razão da característica acessória desses serviços relativamente ao objeto de prestação principal que é a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia - SCM.

Em decorrência de toda essa análise, resta evidente que o **serviço de comunicação objeto de autuação não está acobertado** pelo Mandado de Segurança nº 5018220-22.2019.8.13.0433, impetrado pela Autuada e acostado às fls. 78/86 dos autos, cuja decisão, expedida pelo Juízo da 2ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros/MG, é clara ao determinar que “*Autoridade indicada como coatora abstenha-se de exigir da Impetrante o ICMS sobre as receitas decorrentes da prestação de serviço de conexão à internet-PSCI ou serviço de valor adicionado – SVA*” (Destacou-se).

Conforme exaustivamente já demonstrado, o presente trabalho não abrange “*receitas decorrentes da prestação de serviço de conexão a internet – PSCI ou serviço de valor adicionado-SVA*” ou receitas decorrentes de “*atividades distintas do SCM*”, pois exige tão somente o ICMS devido nas prestações de SCM (único serviço ofertado pela empresa, de acordo com as informações constantes dos contratos firmados com seus clientes e de seu *site*), não abarcadas, portanto, pelo referido mandado de segurança.

No que se refere ao citado Mandado de Segurança, o Fisco apresenta, ainda, os seguintes registros (fls. 96/97):

Cabe destacar o histórico do conteúdo desse mandado de segurança.

Em 05/11/2019, o fisco estadual cientificou a Autuada da Exploratória nº 89/2019, emitindo o Termo de Cientificação, enviado pela Solicitação 0.003.041/2019 através do Domicílio Tributário Eletrônico – DTE da Autuada, cujo recebimento foi confirmado pelo contribuinte na mesma data.

Nesse diapasão, o fisco estadual continuou os trabalhos de exploratória, após uma reunião virtual com o contribuinte, onde a sócia responsável Sra. ENEIDA PIRES CORREA MACHADO se fez presente, para entender melhor suas atividades, encerrou o procedimento exploratório em 16/12/2019, por Termo de Encerramento próprio (ANEXO 2 - DVD\4 - EXPLORATÓRIA - Intimações\Intimações Exploratória\ NORTE COM - 89-2019 Exploratória termo final), comunicando dentre outros os seguintes indícios de irregularidades tributárias:

1. Emissão de Documento Fiscal do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, abaixo do valor do serviço prestado;
2. Emissão de documento não fiscal para a parte dos serviços que o contribuinte entende não se tratar de Prestação de Serviço de Comunicação tributável pelo ICMS;

Decorridos mais de 30 dias, em 24/01/2020, o fisco então emitiu o AIAF em desfavor ao contribuinte,

comunicando-lhe pelo DTE, cuja ciência da Autuada no SIARE se processou na mesma data.

Passados mais de seis meses, em 05/07/2020, o fisco então encerra a Auditoria com a lavratura desse AI. Observem que em nenhum momento a DF/Gov. Valadares ou esse fisco tomou ciência da existência de algum instrumento judicial referente aos fatos geradores, cujo imposto por esse são exigidos.

Com surpresa a defesa apresenta o Mandado de Segurança n.º 5018220-22.2019.8.13.0433, que conforme documento de fl. 78, apenas, em 14/08/2020, ou seja, após a lavratura desse AI, o juiz da 2ª Vara Empresarial e de Fazenda Pública da Comarca de Montes Claros deferiu a segurança, para determinar a “autoridade coatora abstenha de exigir da Impetrante o ICMS sobre a prestação de serviço de conexão à internet – PSCI ou serviço de valor adicionado SVA”.

(...)este Auto de Infração não se enquadra no campo delineado pelo MM Juiz, pois após a busca incessante pela verdade dos fatos, percebe-se que os serviços prestados pela Autuada, objeto deste Auto de Infração, não se tratam de SCI e/ou SVA.

Esta também é a posição atual do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujo entendimento pode ser percebido na decisão exarada no Agravo de Instrumento-Cv da 3ª câmara cível N° 1.0000.18.126686-7/001 de Belo Horizonte em ação da ABRAMULTI - Associação Brasileira dos Operadores de Telecomunicações e Provedores de Internet, que pode ser conferida pela transcrição abaixo ou consultada usando o endereço <https://pje.tjmg.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>, usando o código: 1905010210260000000066773122; ID do documento: 68068768:

(...)

Por todo o exposto, verifica-se que se encontram corretas as exigências fiscais de ICMS, sobre a parcela do serviço SCM não incluída nos documentos fiscais, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75, uma vez que a Autuada consignou em notas fiscais importância diversa do efetivo valor da prestação:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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

(...)

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

Conforme anotado pela Fiscalização, o art. 13, inciso VII, da Lei nº 6.763/75, bem como o art. 43, inciso X, do RICMS/02, dispõem que, nas prestações do serviço de comunicação, a base de cálculo do ICMS é o preço do serviço:

Lei nº 6.763/75

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

VII - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

(...)

RICMS/02

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

X - na geração, emissão, transmissão ou retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o disposto no § 4º deste artigo, o preço do serviço, ou, nas prestações sem preço determinado, o valor usual ou corrente, assim entendido o praticado na praça do prestador do serviço, ou, na sua falta, o constante de tabelas baixadas pelos órgãos competentes;

(Grifou-se)

Cumprido registrar que, considerando que a alíquota do imposto incidente na prestação é de 27% (vinte e sete por cento) e que a penalidade isolada é de 40% (quarenta por cento) da diferença apurada do valor da prestação (alínea “a” do inciso VII do art. 55), a multa isolada foi exigida em valor inferior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente na prestação de serviço (limite máximo das penalidades previstas no art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme inciso I do § 2º do referido artigo), não havendo necessidade, portanto, de qualquer adequação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante entende que a aplicação da Multa Isolada deveria se amoldar ao disposto na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, com fulcro na interpretação de maneira mais favorável ao acusado, previsto no art. 112 do CTN.

Reporta à decisão contida no Acórdão nº 5.310/20/CE, que reduziu a penalidade isolada ao percentual de 20% (vinte por cento).

Contudo, não procede tal pedido, pois a alínea “c” do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 é aplicável relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” do referido dispositivo.

No caso dos autos, a situação posta está clara e não remanescem quaisquer dúvidas sobre o perfeito enquadramento do fato apurado pelo Fisco (consignar nas notas fiscais importância diversa ao efetivo valor da prestação, ou seja, preço do serviço prestado) à penalidade aplicada (art. 55, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75), não havendo que se falar em aplicação do art. 112 do CTN.

Ressalta-se que a penalidade exigida no processo referente ao Acórdão nº 5.310/20/CE citado pela Defesa, a qual foi reduzida pela Fiscalização ao percentual de 20% (vinte por cento), não corresponde à multa isolada aqui aplicada, pois se refere ao inciso XVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75, que, certamente, enquadrou-se a outros fatos apurados, restando, portanto, prejudicada a análise.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório das multas, alegando ofensa ao princípio da proporcionalidade, cumpre registrar que o trabalho fiscal foi realizado nos exatos termos da legislação tributária, não cabendo 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.

No tocante à inclusão da Coobrigada no polo passivo da presente obrigação tributária, a Impugnante alega ausência de demonstração da existência dos requisitos previstos no art. 135 do CTN, ou seja, *“não houve qualquer comprovação de atos praticados com excesso de poder, ou infração à lei”*.

Acrescenta que o inadimplemento da obrigação tributária não gera, por si só, responsabilidade de terceiros e presunção de infração legal, conforme Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Todavia, mais uma vez não assiste razão à Defesa, pois o titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) responde solidariamente pelo crédito tributário em exame, o qual efetivamente é quem participa das deliberações e responde pelos negócios da empresa.

Essa responsabilização está relacionada com o cometimento das infrações detectadas (de consignar em documento fiscal valor inferior ao efetivamente cobrado pela prestação de serviço, ocultando parcela da base de cálculo do ICMS relativa ao fato gerador ocorrido), em que se adotou uma sistemática com o claro objetivo de suprimir o imposto devido, caracterizando dolo, fraude ou simulação.

Logo, no caso dos autos, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei para o efeito de extensão da responsabilidade tributária, mas, sim, a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, em consonância com entendimento do STJ para a responsabilização solidária do sócio.

Dessa forma, correta a eleição, para o polo passivo da obrigação tributária, da titular da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), nos termos do disposto nos arts. 135, inciso III, do CTN e 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

CTN

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

Assim, considerando que o trabalho fiscal observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a lhe garantir plena validade, e que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a acusação fiscal, legítimo é o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Raquel Carvalho Menezes e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor) e Paula Prado Veiga de Pinho.

Sala das Sessões, 19 de maio de 2021.

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

Eduardo de Souza Assis
Presidente

D