

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.524/21/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001700449-96
Recurso de Revisão: 40.060152794-00, 40.060152796-55 (Coob.), 40.060152795-74 (Coob.)
Recorrente: Pontenet Teleinformática Ltda
IE: 521016721.00-36
João Mattos da Silva (Coob.)
CPF: 401.555.446-91
Marcilene Padilha Soares (Coob.)
CPF: 032.372.556-29
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recursos de Revisão não conhecidos à unanimidade.

RELATÓRIO

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

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.799/21/1ª, julgou procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencido, em parte, o Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, que excluía os Coobrigados do polo passivo da obrigação tributária. Pela Impugnante Pontenet Teleinformática Ltda, sustentou oralmente o Dr. André Starling Hubner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Shirley Daniel de Carvalho.

Inconformados, os Autuados interpõem, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 316/375.

Afirmam que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão indicado como paradigma de nº 22.424/17/3ª (cópia às fls. 377/417).

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 465/477, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

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.

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Os Recorrentes sustentam que a decisão recorrida revela-se divergente. Afirmam que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no Acórdão indicado como paradigma de nº 22.424/17/3ª (cópia às fls. 377/417), decisão irrecurável na esfera administrativa.

Ressalta-se que a decisão indicada como paradigma encontra-se apta para ser analisada quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foi publicada em 25/05/17, portanto, há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Oficial do Estado em 13/08/21, considerada publicada em 16/08/21), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após trazer seus argumentos visando a reforma da decisão recorrida, sustentam os Recorrentes que a decisão recorrida diverge do entendimento consignado por outras Câmaras deste E. Conselho.

Asseveram que o acórdão recorrido vai de encontro ao entendimento de julgado proferido por outra Câmara deste Conselho, pois uma vez verificada a prestação de serviço de valor adicionado, torna-se totalmente ilegal a intenção de exigir o recolhimento do ICMS sobre o SVA pela ausência de fato gerador do imposto.

Trazem o seguinte cotejo de excertos da decisão recorrida e paradigma:

DECISÃO RECORRIDA:

(...)

A AUTUADA DEIXOU DE INCLUIR PARTE DO VALOR DO SERVIÇO NA NOTA FISCAL QUE ACOBERTOU A OPERAÇÃO, TRATANDO INDEVIDAMENTE TAL PARCELA COMO SERVIÇO DE VALOR AGREGADO (SVA) NA MODALIDADE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (SCI), SUJEITO À TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL (ISSQN).

(...)

COMO SE VÊ, A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE CONEXÃO/ACESSO À INTERNET PRESTADOS POR PROVEDORES DE INTERNET FUNDAMENTOU-SE NA PREMISSA DE EXISTIREM DUAS EMPRESAS DIFERENTES CONTRATADAS INDIVIDUALMENTE PELO USUÁRIO, EM DUAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS DISTINTAS: UMA COM A EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES, FORNECENDO O CANAL (LINHA DE TELEFONE) E OUTRA COM O PROVEDOR, PRESTANDO UM SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA) CONSISTENTE EM AUTENTICAÇÃO DE USUÁRIO, FORNECIMENTO DE IP (E, EVENTUALMENTE, OUTROS SERVIÇOS QUE AGREGAVAM FACILIDADES E FUNCIONALIDADES AO USO DA COMUNICAÇÃO).

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.

(...)

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.

(...)

ACÓRDÃO PARADIGMA Nº 22.247/17/3ª

(...)

EM RELAÇÃO A ESTE ITEM A ACUSAÇÃO É DE REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS PREVISTA NO ITEM 32, PARTE 1

DO ANEXO IV, TENDO EM VISTA QUE A ATIVIDADE EXERCIDA PELA IMPUGNANTE, **PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM)**, NÃO SE CONFUNDE COM A DE **PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET**, CONFORME SE MANIFESTOU A DOT/DOLT/SUTRI/SEF NA CONSULTA N.º 238/15.

(...)

RESTA CLARA A DISTINÇÃO ENTRE O PRESTADOR DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), COMO PROVEDOR DE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET BANDA LARGA, SEMPRE SUBMETIDO À AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO COMO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO QUE É (CASO DA IMPUGNANTE), DAQUELE PRESTADOR DE SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET, TÍPICO SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA), O QUAL NÃO DEPENDENTE DE QUALQUER OUTORGA DO ÓRGÃO REGULADOR PARA ENTRAR EM FUNCIONAMENTO.

ESCLAREÇA-SE QUE A PRESTAÇÃO DO SCM É REGIDA PELA LEI N.º 9.472/97 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES - LGT); PELA LEI N.º 8.078/90 (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR); PELO DECRETO N.º 6.523/08; PELO REGULAMENTO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, APROVADO PELA RESOLUÇÃO N.º 73/98, POR OUTROS REGULAMENTOS, NORMAS E PLANOS APLICÁVEIS AO SERVIÇO, PELOS TERMOS DE AUTORIZAÇÃO CELEBRADOS ENTRE AS PRESTADORAS E A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) E, ESPECIALMENTE, PELA RESOLUÇÃO ANATEL N.º 272/01 E, MAIS RECENTEMENTE, A RESOLUÇÃO N.º 614/13 (NOVO REGULAMENTO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA - SCM).

DE OUTRO MODO, A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO, ENQUANTO SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA), ENCONTRA-SE REGIDA PELA NORMA N.º 004/95, APROVADA PELA PORTARIA N.º 148/95, EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES, A QUAL OBJETIVA REGULAR O USO DE MEIOS DA REDE PÚBLICA DE TELECOMUNICAÇÕES PARA O PROVIMENTO E UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONEXÃO À INTERNET.

(...) O SVA É UMA ATIVIDADE QUE ACRESCENTA, A UM SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES QUE LHE DÁ SUPORTE E COM O QUAL NÃO SE CONFUNDE, NOVAS UTILIDADES RELACIONADAS AO ACESSO, ARMAZENAMENTO, APRESENTAÇÃO, MOVIMENTAÇÃO OU RECUPERAÇÃO DE INFORMAÇÕES (INCISO XVIII, ART. 4º, ANEXO I DA RESOLUÇÃO N.º 614/2013 DA ANATEL).

(...)

VALE DESTACAR QUE A SÚMULA 334 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CITADA NA PEÇA IMPUGNATÓRIA, SEGUNDO AS DECISÕES QUE A FUNDAMENTAM, EXCLUI DA TRIBUTAÇÃO DO ICMS AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET, ENQUANTO SERVIÇO DE VALOR

ADICIONADO (SVA), NOTADAMENTE NAS HIPÓTESES EM QUE ESTES PRESTADORES UTILIZAM DE UMA REDE DE TELECOMUNICAÇÃO DE TERCEIROS PREEXISTENTE E NÃO NECESSITAM DE AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO OU CONCESSÃO DA ANATEL, O QUE NÃO SE VERIFICA NO CASO EM TELA.

(...) (GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

Sustentam que, conforme trechos retro, verifica-se que a divergência de entendimento resta configurada justamente pelo fato do acórdão ora atacado não reconhecer que o serviço de comunicação multimídia (SCM) e serviço de conexão à internet são totalmente diferentes; os serviços envolvidos são regulamentados por normas e órgãos distintos, e que o serviço de conexão é classificado como serviço de valor adicionado (SVA).

Salientam os Recorrentes que o *“julgado paradigma demonstra com clareza que a) há distinção entre o serviço de comunicação multimídia (SCM) e o serviço de conexão à internet, o que contrapõem o argumento do acórdão recorrido que com a Resolução Anatel nº 614/2013 supostamente o SCM teria sido absorvido os serviços de conexão à internet prestados pelos provedores de internet; b) o SCM é regido pela Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) e a Resolução nº 614/2013 da Anatel, enquanto que o serviço de conexão à internet (SVA) é regulamentado pela Norma nº 004/95, aprovada peça Portaria nº 148/95, expedida pelo Ministério das Comunicações; c) o SVA não se confunde com serviço de telecomunicação visto ser uma atividade que lhe dá suporte, permite novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações; e por fim, d) reconhece expressamente pela aplicação da Súmula 334, do STJ (ou seja, não incide o ICMS) quando constatado que o prestador do serviço de conexão à internet é distinto do prestador do serviço de comunicação multimídia e apenas utiliza a rede de telecomunicação de terceiros para exercer a atividade”*.

Pois bem, vale reiterar o exposto anteriormente, de que o presente Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisão divergente quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria, proferida pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Especial deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pela norma instituidora do recurso é a uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Com base nessa premissa, nos termos do inciso II do art. 163 do RPTA, verifica-se que, ao contrário do alegado pela Recorrente, não há qualquer divergência entre as decisões (indicada como paradigma e recorrida) que careça de uniformização, tendo em vista que ambas conduzem para o mesmo entendimento no que se refere à legislação aplicada à matéria.

De início, importa relembrar que o presente lançamento trata da acusação fiscal de recolhimento a menor de ICMS incidente sobre Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) na modalidade de internet banda larga, uma vez que a Autuada deixou de incluir parte do valor do serviço na nota fiscal que acobertou a operação,

tratando indevidamente tal parcela como Serviço de Valor Agregado (SVA) na modalidade Serviço de Conexão à Internet (SCI), sujeito à tributação municipal (ISSQN).

Por sua vez, o lançamento referente ao acórdão paradigma refere-se à acusação de redução indevida da base de cálculo do ICMS prevista no item 32, Parte 1 do Anexo IV, tendo em vista que a atividade exercida pelo contribuinte autuado, prestações de serviços de comunicação multimídia (SCM), não se confunde com a de provedor de acesso à internet, conforme se manifestou a DOT/DOLT/SUTRI/SEF na Consulta nº 238/15.

Portanto, ambos processos (recorrido e paradigma) referem-se a contribuintes prestadores de serviços de comunicação multimídia (SCM), cuja atividade não se confunde com “provedor de acesso à internet”, ou seja, não deve ser considerada como prestação de Serviço de Valor Adicionado – SVA.

Destaca-se que, nos dois acórdãos, foi relatada a evolução do acesso à internet no Brasil, demonstrando, ao final, que, na prestação de serviço de comunicação multimídia (SCM), não é mais necessária a contratação de um provedor de acesso (Serviço de Valor Adicionado – SVA), uma vez que, naquele serviço (SCM), o usuário terá direta e sistematicamente a conexão à rede mundial, sem participação de terceiros (provedor de acesso). Veja-se o que dispõe cada acórdão:

ACÓRDÃO RECORRIDO

(...)

A LEITURA DO TÓPICO 5.59 DO PARECER ELUCIDA DE FORMA SUFICIENTE E SATISFATÓRIA AS MUDANÇAS SOFRIDAS PELO PROVEDOR DE SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI), DECORRENTES DA EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA PELA QUAL OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EM GERAL PASSARAM, DEIXANDO CLARO QUE, COM AMPARO NO ART. 3º DA RESOLUÇÃO ANATEL Nº 614/13, OS PRESTADORES DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM) QUE PROPORCIONAM A CONEXÃO DIRETA DO USUÁRIO À REDE SÃO, INDUBITAVELMENTE, PRESTADORES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO SUJEITOS A INCIDÊNCIA INTEGRAL DO ICMS.

CONCRETAMENTE, DESDE O ADVENTO DA NOVA TECNOLOGIA DE SCM (2001), AS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA PASSARAM A PROMOVER A AUTENTICAÇÃO DO USUÁRIO NA REDE E ATRIBUIR-LHE UM NÚMERO (ENDEREÇO) IP, VIABILIZANDO DIRETA E SISTEMATICAMENTE A CONEXÃO DO USUÁRIO À REDE MUNDIAL, SEM QUALQUER PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS (PROVEDORES) NA RELAÇÃO CONTRATUAL.

COM ISTO, NO EXATO MOMENTO EM QUE O USUÁRIO TEM O SERVIÇO DE INTERNET DISPONIBILIZADO E A SUA LIGAÇÃO É ESTABELECIDA PELA PRESTADORA DE SCM (INTERNET BANDA LARGA) POR ELE CONTRATADA, JÁ SERÁ POSSÍVEL USUFRUIR INSTANTANEAMENTE DOS SERVIÇOS DA REDE MUNDIAL DE

COMPUTADORES (INTERNET), SEM A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE UM PROVEDOR DE ACESSO/CONEXÃO.

É POSSÍVEL AFIRMAR, PORTANTO, QUE A TECNOLOGIA UTILIZADA PELAS EMPRESAS DE TRANSMISSÃO DE DADOS VIA CABO OU RADIOFREQUÊNCIA, NO TOCANTE AOS SERVIÇOS DE INTERNET BANDA LARGA, SUPRIMIU A OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO EM SEPARADO DE UM OUTRO SERVIÇO PARA GARANTIR A CONEXÃO (PROVEDOR DE ACESSO), ESTANDO ESSA ATIVIDADE INSERIDA NO CAMPO DA PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SCM, SERVIÇO ESSE TÍPICO DE TELECOMUNICAÇÃO. (...)

ACÓRDÃO Nº 22.424/17/3ª (PARADIGMA)

PARA UMA MELHOR ANÁLISE SOBRE A CONTROVÉRSIA POSTA NOS PRESENTES AUTOS, TRAZ-SE À COLAÇÃO O SEGUINTE HISTÓRICO DO SURGIMENTO DA INTERNET NO BRASIL, BEM COMO A EVOLUÇÃO DA DISPONIBILIZAÇÃO DO REFERIDO SERVIÇO AO USUÁRIO, EXTRAÍDO DO ACÓRDÃO N.º 20.937/16/2ª, RELATIVO À AUTO DE INFRAÇÃO – AI DE CASO ANÁLOGO AO DOS PRESENTES AUTOS. CONFIRA-SE:

(...)

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

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

Da mesma forma em que o acórdão paradigma faz distinção entre o serviço de comunicação multimídia (SCM) e o serviço isolado de conexão à internet, conforme apontado pela Recorrente, indicando a legislação que rege cada serviço, afirmando, inclusive, que, de acordo com a jurisprudência (Súmula 334 do STJ), **não seria tributada pelo ICMS a prestação do serviço isolado de conexão à internet**, verifica-se que o acórdão recorrido também aborda essas questões com clareza. Confira-se:

ACÓRDÃO RECORRIDO

(...)

OS PROVEDORES DE INTERNET SE TORNARAM MUITO CONHECIDOS NO FIM DOS ANOS 90, ALGUNS DELES SENDO LEMBRADOS AINDA HOJE, TAIS COMO AMÉRICA ONLINE (AOL), BRASIL ONLINE (BOL), UNIVERSO ONLINE (UOL), GLOBO.COM, TERRA, ETC.

NAQUELE MOMENTO, OS PROVEDORES DE INTERNET ERAM EMPRESAS DISTINTAS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES E O USUÁRIO DA INTERNET POSSUÍA NECESSARIAMENTE DUAS RELAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS, DECORRENTES DE DOIS SERVIÇOS DIFERENTES:

(...)

ATÉ ENTÃO, NÃO HAVIA DÚVIDAS DE QUE O PROVEDOR DE INTERNET PRESTAVA UM SERVIÇO ESPECÍFICO E INDISPENSÁVEL, DIVERSO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, DE AUTENTICAÇÃO E ENDEREÇAMENTO AO IP, AO PASSO QUE A CONCESSIONÁRIA PÚBLICA PRESTAVA SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO POR MEIO DA SUA INFRAESTRUTURA DE REDES DE TELEFONIA FIXA.

NAQUELA ÉPOCA, DIANTE DE UMA CRESCENTE INCERTEZA A RESPEITO DA NATUREZA JURÍDICO-TRIBUTÁRIO DESTE SERVIÇO PRESTADO PELO PROVEDOR DA INTERNET, QUE RESULTOU EM TENTATIVAS DE TRIBUTÁ-LO COMO SENDO UMA MODALIDADE DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, DIVERSOS PROVEDORES QUESTIONARAM JUDICIALMENTE A INCIDÊNCIA DO

A JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO NESTA SITUAÇÃO CULMINOU NA PUBLICAÇÃO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), DO ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 334, NO SENTIDO DE QUE “O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET”.

COMO SE VÊ, A NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE CONEXÃO/ACESSO À INTERNET PRESTADOS POR PROVEDORES DE INTERNET FUNDAMENTOU-SE NA PREMISSE DE EXISTIREM DUAS EMPRESAS DIFERENTES CONTRATADAS INDIVIDUALMENTE PELO USUÁRIO, EM DUAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS DISTINTAS: UMA COM A EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES, FORNECENDO O CANAL (LINHA DE TELEFONE) E OUTRA COM O PROVEDOR, PRESTANDO UM SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA) CONSISTENTE EM AUTENTICAÇÃO DE USUÁRIO, FORNECIMENTO DE IP (E, EVENTUALMENTE, OUTROS SERVIÇOS QUE AGREGAVAM FACILIDADES E FUNCIONALIDADES AO USO DA COMUNICAÇÃO).

DENTRE OS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL PELA NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS, DESTACA-SE O ART. 61, § 1º, DA LEI Nº 9.472/97:

(...)

NO INÍCIO DOS ANOS 2000, JÁ APÓS A PRIVATIZAÇÃO DAS OPERADORAS DE TELEFONIA, O CONTÍNUO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DAS PLATAFORMAS QUE SUPTAM A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES ACABOU RESULTANDO NO SURGIMENTO DE NOVOS EQUIPAMENTOS QUE ABRIRAM A POSSIBILIDADE FÁTICA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MULTIMÍDIA EM BANDA LARGA PELAS OPERADORAS DE

TELECOMUNICAÇÕES, HIPÓTESE INEXISTENTE NA ÉPOCA DA “INTERNET DISCADA” (MEADOS DOS ANOS 90).

ESTE CENÁRIO LEVOU VÁRIAS DESSAS OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES A SOLICITAREM À ANATEL A REGULAMENTAÇÃO DE UM SERVIÇO QUE MATERIALIZASSE ESSA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA, QUE HAVIA TORNADO TECNICAMENTE POSSÍVEL QUE UM ÚNICO SERVIÇO MAIS MODERNO (INTERNET BANDA LARGA) ENGLOBASSE DOIS OUTROS SERVIÇOS DISTINTOS MAIS ANTIGOS (INTERNET DISCADA + PROVEDOR DE INTERNET).

ATENDENDO A ESTE NOVO CONTEXTO FÁTICO, FOI APROVADA A RESOLUÇÃO ANATEL Nº 272/01, CUJO ANEXO CONTÉM O REGULAMENTO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), DOCUMENTO QUE DEFINIU, EM SEU ART. 3º, O PRIMEIRO CONCEITO DE SCM:

(...)

O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA POSSIBILITOU UM GRANDE SALTO NAS VELOCIDADES DA INTERNET E PASSOU A SER CONHECIDO COMO “INTERNET BANDA LARGA”, POIS NÃO MAIS DEPENDIA DA TRANSMISSÃO DE DADOS PELAS LENTAS REDES DE TELEFONIA FIXA.

DESTE MODO, DEVIDO À NÃO LIMITAÇÃO DA QUANTIDADE DE LICENÇAS PARA PRESTAR O SCM E AO PREÇO RAZOÁVEL PARA SUA OBTENÇÃO, PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, QUE ANTES ERAM APENAS PRESTADORAS DE SVA (“PROVEDORES DE INTERNET”) PASSARAM A SER DETENTORAS DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRESTAÇÃO DO SCM, TORNANDO-SE OPERADORAS DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO NA MODALIDADE INTERNET BANDA LARGA.

APÓS A PRIVATIZAÇÃO DO “SISTEMA TELEBRÁS”, OCORRIDA NO FIM DOS ANOS 90, FORAM CRIADAS EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA CHAMADAS DE “ESPELHOS”, QUE PASSARAM A CONCORRER COM OUTRA(S) OPERADORA(S) DE TELECOMUNICAÇÕES JÁ EXISTENTE NAQUELA ÁREA DE ATUAÇÃO. ALGUMAS DELAS SE TORNARAM AMPLAMENTE CONHECIDAS NO PAÍS, COMO FOI O CASO, POR EXEMPLO, DA GVT E DA INTELIG.

ALÉM DISSO, COM O GRANDE AVANÇO DA TELEFONIA CELULAR E COM O CRESCIMENTO DO SERVIÇO DE TV POR ASSINATURA, A INTERNET BANDA LARGA PASSOU A SER OFERECIDA POR MEIO DE DIVERSAS TECNOLOGIAS QUE NÃO MAIS DEMANDAVAM A INTERVENÇÃO DE UM PROVEDOR DE INTERNET, UMA VEZ QUE A NECESSIDADE DESTE ÚLTIMO DECORRIA DA REALIDADE ANTERIOR, JÁ SUPERADA, NA QUAL EXISTIAM APENAS CONCESSIONÁRIAS DE TELEFONIA FIXA, AS QUAIS ERAM LEGALMENTE AUTORIZADAS A PRESTAR SOMENTE O SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA.

ASSIM, COM A REGULAMENTAÇÃO DO SCM, AS OPERADORAS PASSARAM A EXECUTAR UM ÚNICO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO,

COM UM ÚNICO CONTRATO, ENGLOBANDO TODAS AS ETAPAS DO SERVIÇO (CANAL DE COMUNICAÇÃO + AUTENTICAÇÃO + ENDEREÇO IP), COBRANDO POR ISSO UM SÓ PREÇO.

O CENÁRIO NÃO FOI DIFERENTE COM OS NOVOS PRESTADORES DE SCM DE MÉDIO E PEQUENO PORTE (QUE ANTES ERAM APENAS PROVEDORES DE INTERNET), POIS ELES PASSARAM A OFERECER UM ÚNICO SERVIÇO (INTERNET BANDA LARGA), POR UM ÚNICO PREÇO E A CONCORREREM NO MERCADO COM EMPRESAS DE TELEFONIA FIXA, CELULAR E DE TV POR ASSINATURA.

ESTE NOVO CENÁRIO ALTERA PROFUNDAMENTE A PREMISSA ANTERIOR, DA EXISTÊNCIA DE DOIS SERVIÇOS DIFERENTES PRESTADOS POR DUAS EMPRESAS DIVERSAS, QUE ESTÁ NA BASE DE TODO O RACIOCÍNIO UTILIZADO PARA FUNDAMENTAR A JURISPRUDÊNCIA TRAZIDA PELOS IMPUGNANTES AO LONGO DA PEÇA DE DEFESA E TAMBÉM PARA A PUBLICAÇÃO DO CITADO ENUNCIADO DE SÚMULA STJ Nº 334, QUE DATA DE 14/02/07.

EM OUTRAS PALAVRAS, NO CASO DA INTERNET BANDA LARGA, DEIXOU DE EXISTIR A FIGURA AUTÔNOMA DO SVA DE CONEXÃO/ACESSO À INTERNET, QUE FOI ABSORVIDO PELO SCM, O QUAL PASSOU A ENGLOBAR TODAS AS ETAPAS DE CONEXÃO E TRANSFERÊNCIA DE DADOS ENTRE O USUÁRIO E A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.

DESTAQUE-SE QUE A DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE INTERNET BANDA LARGA TAMBÉM FOI OBJETO DE DIVERSAS AÇÕES JUDICIAIS, PROMOVIDAS POR GRANDES OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÕES A PARTIR DO INÍCIO DOS ANOS 2000, TENDO A JURISPRUDÊNCIA SE PACIFICADO PELA INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

(...)

ENTRETANTO, EM ATITUDE ANTIJURÍDICA E INSIDIOSA PARA COM OS DEMAIS ATORES DO MERCADO DE COMUNICAÇÕES, ALGUMAS PEQUENAS EMPRESAS REGIONAIS, COMO É O CASO DA AUTUADA, VÊM, HÁ MUITO TEMPO, MISTURANDO PROPOSITAMENTE CONCEITOS DIVERSOS, NO INTUITO DE CONFUNDIR EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA (TÍPICO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO) COM OS ANTIGOS E HOJE DISPENSÁVEIS PROVEDORES DE CONEXÃO À INTERNET.

O INTUITO DESTA MANOBRA É CLARO E VEM SE REFLETINDO COTIDIANAMENTE NA ARRECADAÇÃO DE ICMS COMUNICAÇÃO: AFASTAR IRREGULARMENTE A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO EFETIVAMENTE PRESTADO (INTERNET BANDA LARGA), SIMULANDO A EXISTÊNCIA DE UM SCI PARA ATRAIR INDEVIDAMENTE A INCIDÊNCIA DE ISSQN, TRIBUTO COM ALÍQUOTAS NOTORIAMENTE INFERIORES ÀS DO ICMS.

(...)

EM MOMENTO ALGUM SE AFIRMA QUE A LEGISLAÇÃO QUE DISTINGUE SVA E SCM NÃO ESTÁ MAIS VIGENTE. O CONCEITO DE SVA DO JÁ TRANSCRITO ART. 61 DA LEI Nº 9.472/97 CONTINUA VÁLIDO. NA PRÁTICA, AINDA EXISTEM SVAS OFERECIDOS E COBRADOS SEPARADAMENTE POR OPERADORAS DE TELEFONIA E INTERNET BANDA LARGA, TAIS COMO ANTI-SPAMS, E-MAILS COM ARMAZENAMENTO EM NUVEM, PORTAIS DE CONTEÚDO, DENTRE OUTROS, SERVIÇOS ESSES QUE NÃO SÃO PRESTADOS PELA AUTUADA.

O QUE EFETIVAMENTE DESAPARECEU DO MERCADO FOI A NECESSIDADE DE CONTRATAR UM PSCI PARA SE UTILIZAR O SERVIÇO INTERNET BANDA LARGA, JUSTAMENTE PORQUE OS SERVIÇOS DE AUTENTICAÇÃO DO USUÁRIO E FORNECIMENTO DE IP FORAM INTEGRADOS E ABSORVIDOS PELO SCM DE INTERNET BANDA LARGA. (...) (GRIFOU-SE).

Destaca-se, ainda, trechos do acórdão paradigma, que apresentam o mesmo posicionamento do acórdão recorrido, afirmando que os serviços de internet banda larga suprimiram a obrigatoriedade de contratação de um provedor de acesso, uma vez que essa atividade foi inserida no campo da prestação do serviço de comunicação multimídia, conforme Resolução Anatel nº 614/03:

ACÓRDÃO Nº 22.424/17/3ª (PARADIGMA)

CONFORME EXCERTOS ACIMA, É POSSÍVEL AFIRMAR QUE A TECNOLOGIA UTILIZADA PELAS EMPRESAS DE TV A CABO, NO TOCANTE AOS SERVIÇOS DE INTERNET BANDA LARGA, SUPRIMIU A OBRIGATORIEDADE DE CONTRATAÇÃO EM SEPARADO, PELO USUÁRIO, DE UM OUTRO AGENTE PARA GARANTIR A CONEXÃO (PROVEDOR DE ACESSO), ESTANDO ESTA ATIVIDADE INSERIDA NO CAMPO DA PRÓPRIA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, SERVIÇO ESSE TÍPICO DE TELECOMUNICAÇÃO.

ESTA É EXATAMENTE A SITUAÇÃO DA IMPUGNANTE, CONFORME CONTRATO FIRMADO COM SEUS CLIENTES (...).

(...)

PORTANTO, A IMPUGNANTE PRESTA A SEUS CLIENTES O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), SERVIÇO ESSE TÍPICO DE TELECOMUNICAÇÃO, E, AGREGADO A ELE, O SERVIÇO DE PROVIMENTO DE CONEXÃO À INTERNET BANDA LARGA, O QUE É CONFORMADO PELA PRÓPRIA DEFENDENTE.

(...)

EMBORA O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET POSSA SE DAR EM DIFERENTES PLATAFORMAS TECNOLÓGICAS, AS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA, COMO NO CASO DA IMPUGNANTE, QUE TAMBÉM PRESTAM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), OFERECEM AOS SEUS ASSINANTES DE MANEIRA INTEGRADA O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET, DE MODO QUE OS USUÁRIOS NÃO TÊM A NECESSIDADE DE CONTRATAR UM OUTRO PRESTADOR DE SERVIÇO, DITO PROVEDOR DE ACESSO

OU DE CONTEÚDO (SVA), CONFORME RECONHECE A DEFENDENTE EM SUA IMPUGNAÇÃO.

(...)

DA ANÁLISE DOS TEXTOS ACIMA TRANSCRITOS CONCLUI-SE QUE NÃO HOVE ALTERAÇÃO NA DEFINIÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA NO “REGULAMENTO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA” – “RSCM”, DA ANATEL, NAS VERSÕES VIGENTES EM 2001 (RESOLUÇÃO ANATEL N.º 272/01) E EM 2013 (**RESOLUÇÃO ANATEL N.º 614/13**).

A DIFERENÇA ENTRE AS DUAS REDAÇÕES REPOUSA, APENAS, NO ACRÉSCIMO DA EXPRESSÃO “PERMITINDO INCLUSIVE O PROVIMENTO DE CONEXÃO À INTERNET”.

TAL ACRÉSCIMO VISOU POSSIBILITAR ÀS PRESTADORAS DO SCM O PROVIMENTO DE CONEXÃO À INTERNET, SEM A INTERMEDIÇÃO DE UM PROVEDOR, DIANTE DA CONSTATAÇÃO PELA ANATEL DA DESNECESSIDADE DESSA INTERMEDIÇÃO:

SE INEXISTE NECESSIDADE DA INTERMEDIÇÃO DO PROVEDOR DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI) PARA A CONEXÃO À INTERNET EM BANDA LARGA É PORQUE O SCI CONFUNDE-SE COM O PRÓPRIO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, ESSA AFIRMAÇÃO É CORROBORADA PELA NOTA TÉCNICA, IN VERBIS:

TECNICAMENTE, NÃO HÁ NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PSCI NO ACESSO À INTERNET BANDA LARGA, JÁ QUE O PRÓPRIO DETENTOR DA INFRAESTRUTURA PODE PROVER DIRETAMENTE ESSE ACESSO. EM GERAL, A CONEXÃO À INTERNET PASSOU A CONSTITUIR FUNCIONALIDADE INERENTE AO PRÓPRIO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. DESSE MODO, A FUNÇÃO DO PSCI SE TORNOU RESTRITA, LIMITANDO-SE, MUITAS VEZES, À AUTENTICAÇÃO DOS USUÁRIOS.” (GRIFOU-SE).

Diante disso, verifica-se que as decisões em análise, recorrida e paradigma, trilham o mesmo entendimento, inclusive no que diz respeito ao reconhecimento de que o serviço de comunicação multimídia (SCM) e o serviço isolado de conexão à internet, classificado como serviço de valor adicionado (SVA), são diferentes, regulamentados por normas distintas, e, ainda, em relação ao fato de que o provimento de acesso passou a integrar o SCM, constituindo-se numa atividade única.

Em ambos os processos, ao constatar que o contribuinte realiza o serviço de comunicação multimídia (SCM), e não exclusivamente o serviço de conexão à internet, que, de acordo com a jurisprudência, não seria tributado pelo ICMS, ou, de acordo com a legislação mineira, teria redução de base de cálculo, o Fisco exigiu o ICMS devido, ou porque o contribuinte deixou de recolher o imposto (acórdão recorrido), ou porque o contribuinte utilizou redução indevida de base de cálculo (acórdão paradigma), como já entendeu em situação semelhante esta E. Câmara Especial, conforme Acórdão nº 5.374/20/CE.

Assim, considerando que o pressuposto para reapreciação do julgamento é a caracterização de divergência entre a decisão recorrida e a paradigma quanto à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicação da legislação tributária, verifica-se que os Recorrentes não lograram êxito em comprovar.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer dos Recursos de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente Pontenet Teleinformática Ltda, sustentou oralmente o Dr. André Starling Hubner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Eduardo de Souza Assis, Gislana da Silva Carlos e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2021.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente

D