

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 24.265/22/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002037829-40
Impugnação: 40.010152705-13
Impugnante: GX Telecomunicações Ltda
IE: 002254412.00-88
Coobrigados: Daniel Dias Gonçalves
CPF: 015.232.616-25
Raphael Dias Gonçalves
CPF: 016.519.266-62
Proc. S. Passivo: Gustavo de Melo Franco T. E. Gonçalves
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

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

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Constatada a prestação de serviços de comunicação sem emissão de documento fiscal, em razão do ingresso de recursos sem origem em contas correntes, os quais não foram informados nos documentos de apuração do imposto. Infração caracterizada nos termos do art. 196, § 2º, inciso IV, do RICMS/02 e art. 49, § 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 42, § 1º, da Lei nº 9.430/96. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Auto de Infração reformulado pelo Fisco para correção de erro formal.

SIMPLES NACIONAL - EXCLUSÃO - - PROCEDIMENTO FISCAL REGULAR - PRESTAÇÃO DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que a Impugnante prestou serviço de comunicação desacobertado de documentação fiscal. Correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V, XI e § 1º e 3º, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 84, inciso IV, alíneas "d" e "j", da Resolução CGSN nº 140/18.

Lançamento parcialmente procedente. Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre prestação de serviços de comunicação sem emissão de documento fiscal, no período de agosto de 2017 a setembro de 2020, em razão do ingresso de recursos sem origem em contas correntes, os quais não foram informados no Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS (agosto de 2017 a dezembro de 2019) e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI (janeiro a setembro de 2020).

Mesmo intimada pelo Fisco para esclarecimentos, a Autuada não apresentou documentos que comprovassem a origem desses valores, situação que autoriza a aplicação da presunção legal de prestação de serviço de comunicação desacompanhada de documentação fiscal, nos termos do art. 196, § 2º, inciso IV, do RICMS/02 c/c art. 49, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 e art. 42, § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96.

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

Os cálculos para apuração do ICMS e das multas estão detalhados nos Anexos 1 e 2 do e-PTA (planilhas em formato Excel).

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, os sócios-administradores da Autuada, Srs. Daniel Dias Gonçalves e Raphael Dias Gonçalves, em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação sem emissão do correspondente documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75.

Conforme Termo de Renumeração/Certificação de fls. 1.436, o presente e-PTA atingiu tamanho tal que resultou na renumeração de todo o processo.

Por meio do Termo de Exclusão do Simples Nacional nº 07543400/03223720/230621 (fls. 1.273/1.274), a Autuada foi intimada do início do procedimento de sua exclusão de ofício do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), com efeitos a partir de 01/09/17.

Após a notificação do lançamento, a Fiscalização emitiu o Termo de Reformulação do Lançamento de fls. 1.276 para corrigir um erro formal no campo “Relatório” do Auto de Infração, nos seguintes termos:

“1) Na página 1/5 do relatório do Auto de Infração – AI, onde se lê 03/2012 a 10/2016, leia-se 01/2016 a 09/2020.”

No mesmo documento, houve reabertura do prazo de impugnação por 10 (dez) dias, em observância ao art. 120, inciso II e § 2º, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747/08, com nova intimação da Autuada e dos Coobrigados (fls. 1.277/1.284).

Da Impugnação

Inconformados, a Autuada e os Coobrigados apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.286/1.349, acompanhada dos documentos de fls. 1.350/1.626 (Anexos 01 a 26 da Peça de Defesa).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirmam, em muita apertada síntese, o que segue.

- nulidade do lançamento, visto que a Fiscalização não considerou os créditos de ICMS nas operações de entrada para fins de dedução nos débitos do imposto, deixando de observar a sistemática da não cumulatividade garantida aos contribuintes. Acrescentam que esses créditos seriam maiores que os débitos, de forma que não haveria ICMS a recolher. Juntam notas fiscais de aquisição de mercadorias, a fim de demonstrar o alegado direito ao crédito do ICMS (Anexo 06);

- a autuação é ilegal pois a Fiscalização tomou como base Serviços de Conexão à Internet (SCIs), os quais são Serviços de Valor Adicionado (SVAs) não sujeitos ao ICMS, tratando-os como se fossem Serviços de Comunicação Multimídia (SCMs) na modalidade internet banda larga, sujeitos ao ICMS.

- a prestação do serviço de internet pressupõe a existência desses dois serviços de forma distinta, conforme consta do Informe PVSTR/PVST nº 224 da Anatel (Anexo 03) e no art. 3º da Norma nº 04/95, do Ministério das Comunicações. Transcrevem trechos do Ofício Anatel nº 11/2011 – PVSTR (Anexo 04) para reforçar suas falas no sentido de que o SCI não se confunde com nenhuma espécie de SCM;

- nos anos de 2017 a 2020, devido à ausência de capacidade estrutural (infraestrutura) para atender todos os clientes, a Autuada prestava diretamente o serviço de comunicação multimídia para uma parcela de clientes, sendo que para a maioria deles, era responsável meramente pelo serviço de conexão à internet. Afirmam que a Fiscalização apenas não compreendeu a dinâmica da prestação de serviços de comunicação pela Autuada;

- a própria Fiscalização não encontrou qualquer irregularidade no período em que a Autuada prestava diretamente o SCM, onde os valores foram devidamente contabilizados e submetidos ao recolhimento do ICMS no regime do Simples Nacional. Anexam a declaração (PGDAS) relativa ao mês 03/19, a título de exemplo. Acrescentam que os valores recebidos em conta corrente e não submetidos ao ICMS referem-se somente a SCI, trazendo aos autos trechos de um contrato de prestação de serviços firmado entre a Autuada e um cliente para fundamentar a alegação (Anexo 05);

- fazem uma extensa contextualização histórica dos serviços de internet e do desenvolvimento dos provedores regionais de internet, para fundamentar a tese da essencialidade do SCI, inclusive na tecnologia atual de banda larga;

- a Autuada deixou de se aprofundar na real origem dos valores recebidos em contas correntes bancárias devido à ausência de obrigação legal para a emissão de nota fiscal na prestação do SCI, que no seu entendimento, não está sujeito à incidência de ICMS e nem de ISSQN. Afirmam que a existência de proposição para alteração da lista de serviços sujeitos ao ISSQN, para inclusão do SCI;

- é equivocado o entendimento da Fiscalização no sentido de que a Resolução Anatel nº 614/13 (Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia) eliminou a prestação onerosa do Serviço de Provedimento de Acesso à Internet (modalidade de SVA). Acrescentam que é ilegítima e equivocada a suposição fiscal de que o SCI foi absorvido pelo SCM de internet banda larga;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Resolução nº 04/11, aprovada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (Anexo 14), deixa claro que o SCI é um SVA, não se confundindo com a rede de telecomunicações que lhe dá suporte, apenas se utilizando dessa para ser prestado. Citam trechos de diversos ofícios da Anatel (Anexos 07 a 13) e concluem que os serviços de provimento de acesso à internet, por serem típicos SVAs, não devem se sujeitar à incidência do ICMS. Transcrevem excertos de jurisprudências para respaldar seu entendimento, inclusive a Súmula nº 334 do STJ, no sentido de que o ICMS não incide sobre o serviço de provedores de acesso à internet (Anexo 16);

- o presente Auto de Infração afronta a decisão judicial obtida pela ABRAMULTI – Associação Brasileira de Provedores de Internet e Operadores de Comunicação de Dados Multimídia, da qual é associada (Anexo 21), no Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.08.481721-2/000 (Anexos 22, 23 e 24), que declarou a não incidência do ICMS em face dos serviços de provimento de acesso à internet. Transcrevem trechos de outras decisões judiciais que reconheceram a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre o SCI (Anexos 15, 16, 17, 18, 19 e 20 dos autos).

- as multas têm efeito confiscatório, conforme entendimento do STF, visto que representam cerca de 198% (cento e noventa e oito por cento) do valor do ICMS;

- os sócios-administradores da Autuada devem ser excluídos do polo passivo, pois não houve configuração da prática de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, conforme exige o art. 135, inciso III, do CTN. Concluem que a simples falta de recolhimento de imposto não enseja responsabilização dos sócios e administradores, nos termos do Enunciado de Súmula nº 430, do Superior Tribunal de Justiça (STJ);

- o ato de exclusão de ofício da Autuada do Simples Nacional é ilegal, pois não houve prestação de serviço de telecomunicação sem a devida emissão de nota fiscal, requisito para a exclusão conforme previsão do art. 26, inciso I, da Lei Complementar nº 123/06;

- entendem necessária a realização de perícia contábil para verificar as irregularidades na apuração do imposto, uma vez que o Fisco não deduziu os créditos de ICMS referentes às operações de entrada no estabelecimento, inobservando a sistemática da não cumulatividade do imposto garantida constitucionalmente. Indicam quesitos no Anexo 25.

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs 1.398/1.432, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação realizada pelo Fisco às fls. 1.276.

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

Da Nulidade do Auto de Infração

A Defesa alega nulidade do lançamento, visto que a Fiscalização não considerou os créditos de ICMS nas operações de entrada no estabelecimento para fins de dedução nos débitos do imposto, deixando de observar a sistemática da não cumulatividade garantida constitucionalmente aos contribuintes.

Acrescenta que esses créditos seriam maiores que os débitos, de forma que não haveria ICMS a recolher. Junta notas fiscais de aquisição de mercadorias para demonstrar o alegado direito ao crédito do ICMS (Anexo 06).

No entanto, tais questões não têm natureza preliminar e abordam aspectos do mérito do lançamento. Além disso, esses mesmos questionamentos fundamentaram um pedido de realização de prova pericial contábil, razão pela qual serão analisados no tópico “Do Pedido de Prova Pericial”, mais adiante.

Lado outro, há um questionamento trazido pela Defesa a título de mérito, mas que possui nítido caráter preliminar: a alegação de que o presente Auto de Infração afronta diretamente a decisão judicial obtida pela ABRAMULTI no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo (MS) nº 1.0000.08.481721-2/000.

No entanto, razão não lhe assiste.

As matérias discutidas no âmbito judicial (não tributação do SVA de acesso/conexão à internet pelo ICMS) e administrativo (presunção legal de prestação de serviço de comunicação sem emissão de documento fiscal em razão de ingresso de recursos financeiros sem origem nas contas bancárias do contribuinte) são absolutamente distintas.

Isso, por si só, já seria suficiente para afastar o argumento da Defesa.

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

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DEMANDA, CONSTANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA JUNTADA À INICIAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

A Declaração de fls. 1.550 (Anexo 21) atesta apenas que a Autuada era associada da ABRAMULTI no dia 28/07/21, sem nada dizer a respeito da existência ou não desse vínculo na data de proposição do MS Coletivo.

Assim, sem razão os Impugnantes, devendo ser afastado o argumento.

Do Pedido de Prova Pericial

A Defesa pleiteia a produção de prova pericial contábil para verificar supostas irregularidades na apuração do imposto, uma vez que o Fisco não deduziu os créditos de ICMS referentes às operações de entrada no estabelecimento, inobservando a sistemática da não cumulatividade do imposto garantida constitucionalmente aos contribuintes.

Alega que esses créditos seriam maiores que os débitos, de forma que não haveria ICMS a recolher. Junta notas fiscais de aquisição de mercadorias, a fim de demonstrar o alegado direito ao crédito do ICMS (Anexo 06).

Para tanto, formula os quesitos de fls. 1.616 (Anexo 25 da Peça de Defesa).

No entanto, a perícia pretendida é claramente desnecessária.

Analisando o período autuado (agosto de 2017 a setembro de 2020), verifica-se que entre agosto de 2017 e dezembro de 2019 a Autuada era optante pelo Simples Nacional. Nesse regime, a apropriação de créditos é expressamente vedada por força do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06:

Lei Complementar 123/06

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional **não farão jus à apropriação nem transferirão créditos** relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

(Destacou-se)

Tendo a exclusão de ofício proposta pela Fiscalização e impugnada pela Defesa sido confirmada pelo CCMG, a Autuada fará jus à apropriação dos créditos porventura existentes, mediante recomposição da apuração do ICMS em cada um dos meses do período (setembro de 2017 a dezembro de 2019).

No entanto, nesse caso, serão exigidos também os correspondentes débitos complementares incidentes sobre as vendas, que foi tributada apenas pelas alíquotas reduzidas do Simples Nacional, visto que esses valores passarão a ser tributados pelo regime normal de débito e crédito, com utilização da alíquota interna incidente sobre a prestação dos serviços de comunicação.

Lado outro, a partir de janeiro de 2020 a Autuada já havia se desenquadrado espontaneamente do regime de tributação do Simples Nacional e passado a recolher o ICMS pelo regime de débito e crédito. No regime de débito e crédito, o aproveitamento de créditos pelas entradas não é vedado, de forma que quanto ao período de janeiro a

setembro de 2020, a Autuada já está autorizada a se apropriar dos créditos permitidos pela legislação. Assim, não há o que discutir para esse período.

Pelo exposto, não há créditos controversos no presente momento, razão pela qual não há motivo para realização de uma perícia relativa ao assunto.

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 dispendo 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 litígio 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 a elucidação da questão.

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

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

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

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, claro está que a perícia solicitada é desnecessária para a elucidação da questão, devendo o pedido ser indeferido, nos termos da legislação supratranscrita.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre prestação de serviços de comunicação sem emissão de documento fiscal, no período de agosto de 2017 a setembro de 2020, em razão do ingresso de recursos sem origem em contas correntes, os quais não foram informados no Programa Gerador de Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDAS (agosto de 2017 a dezembro de 2019) e na Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI (janeiro a setembro de 2020).

Mesmo intimada pelo Fisco para esclarecimentos, a Autuada não apresentou documentos que comprovassem a origem desses valores, situação que autoriza a aplicação da presunção legal de prestação de serviço de comunicação desacobertada de documentação fiscal, nos termos do art. 196, § 2º, inciso IV, do RICMS/02 c/c art. 49, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.763/75 e art. 42, § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96.

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

Os cálculos para apuração do ICMS e das multas estão detalhados nos Anexos 1 e 2 do e-PTA (planilhas em formato Excel).

Foram incluídos no polo passivo, na condição de Coobrigados, os sócios-administradores da Autuada, Srs. Daniel Dias Gonçalves e Raphael Dias Gonçalves, em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação sem emissão do correspondente documento fiscal), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75.

A Defesa afirma que a autuação é ilegal, pois a Fiscalização tomou como base Serviços de Conexão à Internet (SCIs), os quais são Serviços de Valor Adicionado (SVAs) não sujeitos ao ICMS, como se fossem Serviços de Comunicação Multimídia (SCMs) na modalidade internet banda larga, sujeitos ao ICMS.

Traz uma série de outros argumentos baseados na premissa de que presta SVA de Provedor de Acesso à Internet e não SCM de internet banda larga. Cita diversas legislações, documentos e ofícios da Anatel e apresenta trechos de documentos próprios da empresa (termos de contrato), sempre no intuito de tentar demonstrar que prestaria somente o citado do SVA.

Entretanto, ao contrário do que ocorre em diversos lançamentos para se exigir ICMS sobre SCM de internet banda larga, o caso em tela não se refere à dicotomia tributária “SCM x SVA”, onde os contribuintes simulam prestar um inexistente SVA de conexão à internet, transferindo parcela significativa de seu

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

faturamento para essa rubrica mediante sua inclusão nos documentos fiscais emitidos, no intuito de afastar ilegalmente a incidência do ICMS sobre esses valores.

Aqui, a situação é diferente: a origem do lançamento é um procedimento fiscal de auditoria contábil que identificou o fato, comprovado nos autos, de que a Autuada possui ingressos de recursos sem origem comprovada em suas contas correntes, os quais não possuem documentos fiscais que lhes sustentem e nem foram declarados no PGDAS e na DAPI, situação que autoriza a aplicação pela Fiscalização da presunção legal de prestação de serviço de comunicação desacobertada de documentação fiscal, nos termos da legislação a seguir transcrita:

RICMS/02

Art. 196. Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

(...)

§ 2º Salvo prova em contrário, consideram-se realizadas as operações ou prestações tributáveis, sem pagamento do imposto, a constatação, pelo Fisco, de ocorrências que indiquem omissão da receita, tais como:

(...)

IV - existência de valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida em instituição financeira, em relação aos quais o titular, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

(...)

(Grifou-se)

Lei nº 6.763/75

Art. 49 - A fiscalização do imposto compete à Secretaria de Estado de Fazenda, observado o disposto no art. 201 desta Lei.

§ 1º - Para os efeitos da fiscalização do imposto, é considerada como subsidiária a legislação tributária federal.

§ 2º - **Aplicam-se subsidiariamente aos contribuintes do ICMS as presunções de omissão de receita existentes na legislação de regência dos tributos federais.**

(...)

(Destacou-se)

Lei Federal nº 9.430/96

Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

(...)

(Grifou-se)

A Defesa chega a afirmar que a Autuada “deixou de se aprofundar na real origem dos valores recebidos em contas correntes bancárias” (leia-se: não atendeu a intimação do Fisco para explicar a origem dos recursos) por entender que não há obrigação legal de se emitir nota fiscal na prestação do SCI, visto que esse tipo de serviço, no seu entendimento, não está sujeito ao ICMS e nem ao ISSQN.

No entanto, ao reconhecer que não emitiu documento fiscal relativo a tais recursos recebidos em conta corrente, de fato, a Autuada admite que não possui documentos idôneos que justifiquem a origem desses valores, sendo esse o verdadeiro motivo pelo qual ela “deixou de se aprofundar” na questão. Em outras palavras, trata-se de uma típica infração de falta de emissão de documentos fiscais para acobertar a prestação de serviços de comunicação.

Como não houve emissão de documentos fiscais relativos aos valores sem origem creditados em conta corrente e, mesmo após intimação, não foram apresentados quaisquer documentos que comprovem a origem desses recursos, conclui-se que a afirmação da Defesa, no sentido de que todos esses valores se referem a prestação de Serviços de Valor Adicionado (SVAs) e não a Serviços de Comunicação Multimídia (SCMs), não possui qualquer prova que lhe sustente.

Não obstante, mesmo nesse cenário de ausência total de prova em relação ao alegado, parece importante abordar a questão da dicotomia “SVA x SCM”, pois ela foi o centro da Peça de Defesa apresentada e acaba, mesmo que de forma reflexa, influenciando na análise do lançamento.

Inicialmente, far-se-á um breve histórico acerca da evolução do serviço de internet no Brasil. O intuito é demonstrar que aquilo que foi descrito na Peça de Defesa como o formato atual de prestação de serviço de internet banda larga, pressupondo a existência de duas empresas distintas prestando dois serviços também distintos (uma primeira, operadora de serviços de telecomunicação, e uma segunda, provedora de serviço de conexão/acesso à internet), remonta aos tempos da chamada “internet discada”, nos longínquos anos 90 do século passado e parece ter sido retirado de um verdadeiro “túnel do tempo”.

Nos anos 90, o Brasil possuía uma estrutura de telecomunicações totalmente estatizada, 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.

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

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

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

A jurisprudência favorável à não incidência do imposto 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, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações:

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

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

(...)

(Grifou-se).

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

Esse 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 nas velocidades da internet e passou a ser conhecido como “internet banda larga”, pois não mais dependia da transmissão de dados pelas lentas redes de telefonia fixa.

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

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

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

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

O cenário não foi diferente com os novos prestadores de SCM de médio e pequeno porte (que antes eram apenas provedores de internet), pois eles passaram a oferecer um único serviço (internet banda larga), por um único preço e a concorrerem no mercado com empresas de telefonia fixa, celular e de TV por assinatura.

Este novo cenário 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 a publicação do citado Enunciado de Súmula STJ nº 334.

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

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

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

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

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

O intuito 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 um fato gerador de ISSQN, tributo com alíquotas notoriamente inferiores às do ICMS.

No caso dos autos, a Autuada tenta algo ainda mais exótico: classificar o suposto SCI por ela prestado como um serviço não tributado nem pelo ICMS e nem pelo ISSQN, numa estratégia ainda mais ousada do que se viu até o momento para burlar a normatização constitucional, legal e regulamentar acerca da incidência tributária sobre os SCMs e SVAs.

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

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

O art. 3º 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. Observe-se:

Resolução Anatel nº 614/13

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

(Destacou-se)

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

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

Além de trazer um interessante histórico do desenvolvimento da internet no Brasil, tal Análise é o documento que registrou os fundamentos e as discussões que culminaram na edição e publicação do já citado Novo Regulamento do SCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13, especialmente quanto ao novo conceito de SCM trazido pelo seu art. 3º, que passou a englobar também o provimento de conexão à internet. Os trechos mais relevantes foram destacados em negrito:

Tema III – Definição do Serviço de Comunicação Multimídia

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

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

5.34. Já o §1º apresenta disposição dissonante em relação a outros serviços de interesse coletivo, por

buscar caracterizar o SCM pelo que ele não é. Isso porque a efetiva distinção da natureza do serviço é garantida exatamente pela definição afirmativa de cada serviço de telecomunicações regulado pela Anatel em seu respectivo Regulamento.

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

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

(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."

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

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 oficial a Anatel que tome providências no sentido de alterar a referida norma. (Grifou-se)

III – DA CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, 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: (Grifou-se).

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. (Grifou-se).

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 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.

§ 2º 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.

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

(Grifou-se)

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 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 Cabo ou radiofrequência, no tocante aos serviços de internet banda larga, suprimiu a obrigatoriedade (e a própria necessidade) de contratação em separado de um outro agente para garantir a conexão (provedor de acesso), estando esta atividade inserida no campo da própria prestação do SCM, serviço esse típico de telecomunicação.

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

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

A Defesa alega que nos anos de 2017 a 2020, devido à ausência de capacidade estrutural (infraestrutura) para atender todos os clientes, a Autuada prestava diretamente o serviço de comunicação multimídia para uma parcela de clientes, sendo que para a maioria deles, era responsável meramente pelo serviço de conexão à internet. Afirma que a Fiscalização apenas não compreendeu a dinâmica da prestação de serviços de comunicação pela Autuada.

Entretanto, a afirmação não corresponde à realidade. O papel aceita qualquer informação que nele se registre. Mas, escrever no papel fatos inverídicos, não os torna verdadeiros. Assim, redigir um documento físico denominado “Contrato de Prestação de Serviços de Acesso à Internet” (págs. 1.387/1.397), com cláusulas dissociadas do verdadeiro contrato (o acordo de vontade entre as partes), no intuito de travestir o SCM de internet banda larga em um SVA de provedor de conexão à internet, em nada modifica a substância do negócio jurídico realizado.

Todos os elementos fáticos existentes denotam que se trata de um SCM (infraestrutura de cabos e de equipamentos de transmissão/recepção, contrato com elementos de SCM, dentre outros).

Analisando esses “contratos” apresentados pela Autuada (fls. 1.390) nota-se que o serviço ofertado e contrato pelos usuários é “PLANO DE INTERNET”, inclusive denominado como “350MB – FIBRA”, do qual consta a velocidade de download/upload e uma garantia de banda mínima de 80% (oitenta por cento) da velocidade contratada, informações que só existem no SCM de internet banda larga, ainda que o Contribuinte tente nomeá-lo como uma suposta “prestação de serviços de acesso à internet”.

O Serviço de Conexão à Internet, nas hipóteses em que ainda existe (como nas conexões de internet “discadas”, via redes de telefonia) consiste em um procedimento de autenticação do usuário na rede (usuário e senha) com de atribuição de um número único IP (identificação individual). Elementos como “velocidade de download/upload – 350MB” e “garantia de banda mínima de 80%” (oitenta por cento) não têm qualquer relação com esse serviço, mas sim com o SCM de internet banda larga.

Ademais, já foi sobejamente demonstrado anteriormente que o SCI é desnecessário (de fato, inexistente) para a prestação do serviço de internet banda larga, realidade prática que acabou sendo reconhecida pela própria Anatel desde 2013, quando da publicação do Novo RSCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13, como visto.

Tudo isso denota a clara intenção dos envolvidos de simular um negócio jurídico inexistente, com o fim último de ocultar irregularmente a ocorrência do fato gerador do ICMS associado à prestação de serviços de comunicação desacobertada de documento fiscal, apurada a partir dos recursos sem origem que ingressaram nas contas correntes do Contribuinte e para os quais ele não possui qualquer explicação plausível.

Importante reiterar, ainda, que a Autuada possui autorização da Anatel para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia desde o ano de 2014, o que reforça a conclusão a respeito da verdadeira natureza do serviço prestado, qual seja, o SCM de internet banda larga.

O que se nota é que a Autuada tenta se valer de uma legislação obsoleta e descontextualizada da realidade atual, no intuito de confundir conceitos relativos à natureza jurídica do SCI no âmbito de um serviço de SCM, ao invés de comprovar com documentos idôneos a origem dos recursos que ingressaram em suas contas, como seria de dever.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os Impugnantes citam por diversas vezes a Norma nº 004/95 do Ministério das Comunicações, aprovada pela Portaria nº 148/95, em conjunto com outros documentos relacionados, como o Informe PVSTR/PVST nº 224 da Anatel (Anexo 03) e o Ofício Anatel nº 11/11 – PVSTR (Anexo 04), para sustentar seu argumento, falso, de que tais recursos referem-se à prestação de um SVA na modalidade SCI e não do SCM de internet banda larga que efetivamente comercializa com seus clientes.

Entretanto, necessário destacar que a Norma nº 004 foi editada em 1995, ainda na época da “internet discada” (portanto em momento anterior até ao surgimento do SCM, ocorrido em 2001) com o objetivo de regular o uso dos meios da Rede Pública de Telecomunicações (redes de telefonia fixa) para o provimento e utilização de Serviços de Conexão à Internet.

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

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

(Grifou-se).

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

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.

(Grifou-se)

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

Entretanto, nenhum destes serviços é prestado pela Autuada.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante reiterar que a Autuada é um prestador de SCM autorizada pela Anatel desde 2014 e que dispõe de toda a infraestrutura e equipamentos necessários à transmissão e recepção de dados, inclusive rede de fibra óptica própria (o que se nota até da nomenclatura do plano de internet comercializado: “350MB – FIBRA”), os quais representariam um custo monumental e desnecessário, caso ela fosse um mero provedor de internet.

Como se viu no art. 61, supra, SVA não se confunde com o serviço de telecomunicações que lhe dá suporte. Para prestar um verdadeiro SVA, não são necessários equipamentos como rede de fibra de ótica, modems, links de internet, etc., como os que a Autuada utiliza, pois todos eles estão associados ao SCM de internet banda larga e não ao SCI.

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

Não há qualquer lógica no argumento de que uma empresa gastou milhares ou milhões de reais em equipamentos de telecomunicação (cabearamento de ruas, prédios e casas, modems, aparelhos de recepção e transmissão, aquisição de link de internet junto a empresas de telecomunicação, dentre outros), mas que sua intenção é prestar um serviço para o qual estes mesmos equipamentos são desnecessários.

A alegação é de uma incoerência e ilogicidade excruciantes.

De todo o exposto, conclui-se de forma segura que a Autuada é uma prestadora de SCM na modalidade internet banda larga, serviço de acesso dedicado, ofertado sem intervenção de provedores de internet, sujeito à incidência do ICMS, o que reforça ainda mais o acerto da Fiscalização em tratar os recursos sem origem que ingressarem em suas contas correntes como remuneração por serviços de comunicação prestados sem emissão de documento fiscal, exatamente como autoriza a legislação tributária.

Assim, ao contrário do aduz a Defesa, as entradas de tais recursos financeiros na empresa deveriam ter sido acobertadas por Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações, exigidas pelos arts. 142 a 145, do Anexo V do RICMS/02, o que não foi observado:

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

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

(...)

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

VII - valor do serviço prestado e outros valores cobrados a qualquer título; (grifou-se).

VIII - valor total da prestação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - base de cálculo do ICMS;

X - alíquota aplicável;

XI - valor do ICMS;

(...)

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

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

(...)

Tratando-se, pois, de prestação de serviço de comunicação desacoberta de documento fiscal, correta a exigência da Multa de Isolada do art. 55, inciso XVI, da Lei nº 6.763/75, exatamente como se deu no presente lançamento:

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

(...)

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

(...)

(Grifou-se).

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

(...)

Assim, não há que se falar em caráter confiscatório relacionado a multas que foram exigidas em perfeita sintonia com as disposições da legislação tributária.

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

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

Os envolvidos deram entrada em recursos sem origem nas contas correntes da Autuada e agora tentam se valer de documentos com cláusulas e declarações que não correspondem à realidade, metodicamente construídos para simular a ocorrência da prestação de um SCI (provedor de acesso), mesmo quando os elementos fáticos (infraestrutura de cabos e equipamentos, modems, elementos contratuais relativos a SCM, dentre outros) denotam, sem qualquer sombra de dúvida, que a Autuada atua prestando o SCM de internet banda larga, sujeito à tributação pelo ICMS.

Vê-se, portanto, que as ações dos Coobrigados (sócios-administradores), pessoas físicas responsáveis por comandar os negócios da Autuada, possuem caráter ilícito e elevado grau de reprovabilidade, mostrando-se suficientes para gerar sua responsabilização solidária pelos créditos tributários decorrentes, nos termos do disposto no art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II e art. 207, § 1º, item 1, ambos da Lei nº 6.763/75:

CTN

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

(...)

(Grifou-se).

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.

(...)

(Grifou-se)

Art. 207. Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

§ 1º Respondem pela infração:

1) conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrerem para a sua prática, ou dela se beneficiarem, ressalvado o disposto no item seguinte;

(...)

(Grifou-se)

No que concerne à exclusão de ofício da Contribuinte do regime do Simples Nacional, o procedimento da Fiscalização encontra-se correto, tendo em vista a comprovação de que a Autuada realizou prestação de serviço comunicação desacobertada de documentos fiscais, de forma reiterada, nos termos dos arts. 26, inciso I, e 29, incisos V, XI e § § 1º, 3º e 9º, da Lei Complementar n.º 123/06, além do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso IV, alíneas “d” e “j”, e § 6º, inciso I, todos do art. 84 da Resolução do Conselho Gestor do Simples Nacional - CGSN nº 140/18. Veja-se a legislação mencionada:

Lei Complementar nº 123/06:

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

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

Resolução CGSN nº 140/18:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, hipótese em que a empresa ficará impedida de fazer nova opção pelo Simples Nacional nos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

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

(...)

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

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

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

(...)

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

Por todo o exposto, correto procedimento da Fiscalização, de aplicar a presunção legal de prestação de serviço de comunicação desacobertada de documentação fiscal para os ingressos de recursos sem origem comprovada nas contas correntes da Autuada.

Ademais, restou demonstrado que o SCM de internet banda larga via fibra ótica, que é o serviço por ela prestado aos seus clientes, em sendo uma conexão contínua, há muito já absorveu os passos de autenticação e atribuição IP, prescindindo da contratação de um provedor de acesso para realizar o procedimento, razão pela qual, notoriamente, os recursos sem origem não advém dessa atividade.

Não tendo sido elidida a acusação fiscal por documentos, correta o ICMS e as penalidades exigidos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1.276, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa ao Termo de exclusão do Simples Nacional. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Fabíola Pinheiro Ludwig Peres. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 01 de junho de 2022.

Thiago Álvares Feital
Relator

Cindy Andrade Moraes
Presidente / Revisora

CSP