

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.479/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162662-08
Impugnação: 40.010126104-02
Impugnante: Planetarium Ltda
IE: 062295010.00-81
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. Constatado recolhimento a menor de ICMS, em face da Autuada não ter submetido à tributação do imposto serviços de comunicação. Procedimento fiscal respaldado pelos arts. 146, inciso III, alínea “a” e 155, inciso II, ambos da CF/88, art. 2º, inciso III, 12, inciso VII e 13, inciso III da Lei Complementar nº 87/96 e art. 42, inciso I, alíneas “a” e “e” e 43, inciso X, § 4º do RICMS/02. Infração caracterizada. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido, em virtude da Autuada não ter oferecido à tributação serviços de comunicação, no período de janeiro/07 a 31 de dezembro/08.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 851/882, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1158/1164.

DECISÃO

Do Mérito

O presente litígio versa sobre a exigência, pela Fazenda Pública Estadual, do ICMS recolhido a menor, multa de revalidação e multa isolada por ter a Autuada deixado de oferecer à tributação, no período de 01 de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2008, os serviços de comunicação prestados, denominados: acesso dedicado com cabo, acesso discado, acesso discado horas excedentes, conforme demonstrado nas planilhas às fls. 101 a 179.

Em sua impugnação a Autuada alega que a empresa “é uma típica empresa de Provimento de Acesso à internet em que, através da infra-estrutura de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

telecomunicações preexistente, própria ou de terceiros, disponibiliza aos seus usuários uma “porta IP” e demais rotinas (facilidades) essenciais ao acesso à rede mundial de computadores.”

Transcreve a Norma 004/95 do Ministério das Comunicações, que define o que constitui o serviço de conexão à internet. Informa que a “principal e finalística atividade por ela desenvolvida é o serviço de acesso à internet, através de uma infraestrutura de telecomunicações própria ou de terceiros, disponibiliza ao usuário uma “Porta IP” e demais rotinas (facilidades) necessárias ao acesso à internet, acrescentando aos insumos de telecomunicações preexistentes novas utilidades e facilidades”.

Entende a Autuada que o serviço de acesso a internet é um típico “Serviço de Valor Adicionado”, que pela sua própria natureza, pelo disposto na legislação competente, pela pacífica jurisprudência atual não constituem serviços de telecomunicações ou comunicação, não se constituindo hipótese de incidência do ICMS.

Alega, também, que na prestação de serviços de “acesso com cabo” e “acesso discado”, ela não disponibiliza infra-estrutura de telecomunicações própria, mas infra-estrutura de terceiros, limitando-se a prestar os serviços de provimento de acesso à internet propriamente ditos, especialmente a disponibilização do necessário protocolo “TCP/IP” (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), dentre outras rotinas adicionais.

Afirma, em relação ao serviço de “acesso com cabo”, que toda a infraestrutura de telecomunicações é disponibilizada pelo Diveo e Infovias, que já recolheram o ICMS incidente, não havendo que se falar em novo recolhimento; e com relação ao “acesso discado” todos os insumos de telecomunicações necessários são mantidos e administrados diretamente e exclusivamente pelas concessionárias de STFC (linhas telefônicas), sendo o uso das linhas telefônicas cobrado pelas concessionárias STFC diretamente do usuário final. No seu entendimento, já tendo estes serviços sofrido incidência do ICMS, não haveria que se falar em nova incidência.

A Autuada cita diversos julgados do STJ em que os serviços de conexão a internet foram classificados como serviços de valor adicionado, mencionando ainda a definição desses serviços contida no art. 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Cita ainda, em seu favor, a Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Fisco, por sua vez, afirma que o serviços prestados, denominados: acesso dedicado com cabo, acesso discado, acesso discado horas excedentes enquadram-se como de comunicação, constituindo fato gerador do ICMS a partir da competência derivada da CF/88 (art. 155, inciso II), instituído pela Lei Complementar nº 87/96 (art. 2º, inciso III).

Entretanto, razão não assiste à Impugnante conforme se verá.

O ICMS sobre serviços de comunicação foi implementado na legislação tributária do Estado de Minas Gerais, dentre outros, nos art. 3º, inciso I e art. 6º, inciso XI, ambos da Lei nº 6763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto: (...)

XI - na geração, na emissão, na transmissão, na retransmissão, na repetição, na ampliação, ou na recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada no exterior, ressalvado o serviço de comunicação realizado internamente no estabelecimento pelo próprio contribuinte.”

Diante da necessidade de uniformizar os procedimentos relativos à tributação das prestações de serviços de comunicação adotados pelas Unidades da Federação, foi celebrado o Convênio ICMS nº 69/98, com base no disposto no art. 199 do CTN e art. 13, § 1º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar nº 87/96 e, que previu o seguinte:

“Cláusula primeira: os signatários firmam entendimento no sentido de que se **incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada**”. (destaque nosso)

Neste convênio, o CONFAZ firmou o entendimento de que se incluem na base de cálculo do ICMS, incidente sobre prestações de serviços de comunicação, os valores cobrados a título de acesso, uma vez que tais serviços se tratam de serviços de telecomunicações e, como tal, deve sofrer a incidência do referido imposto.

O renomado tributarista Marco Aurélio Greco assim conceitua o prestador de serviços de comunicação:

“Prestador do serviço de comunicação é aquele que fornece os respectivos meios para a comunicação, assim entendidos não apenas aqueles que tornam possível a instauração de uma relação comunicativa tais como interfaces, dispositivos, equipamentos, etc. Em outras palavras, presta serviço de comunicação quem fornece o “ambiente de comunicação” (in “Internet e Direito”, Dialética, São Paulo, 2000, p.124)

Sustenta o autor que:

“O provedor de acesso a Internet cria, tecnicamente um ambiente especial que viabiliza um meio diferente pelo qual podem transitar mensagens, que não se confunde com o ambiente criado pela telefonia” (in “Internet e

Direito”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001 p.182)

O referido autor assevera, ademais, que:

“A utilidade proporcionada pelo provimento de acesso é permitir a transmissão de mensagens, é permitir que as pessoas se comuniquem, viabilizando um sistema de comunicação cujas utilidades estão na flexibilidade das conexões, multiplicidade de caminhos, agilidade na obtenção de informações, facilidade de transmissão, etc. Pode-se dizer que se a utilidade obtida pelo usuário em relação à operadora de telefonia é obter uma conexão com certo local, a utilidade obtida pelo provimento de acesso é a conexão como todo o mundo” (*in* Internet e Direito, Dialética, São Paulo, 2000, p. 133/34.

Nesse sentido conclui que:

“O conceito de comunicação utilizado pelo CF-88 não é um conceito legal (que se extraia de uma determinada lei), mas sim um conceito de fato (que resulta da natureza do que é feito ou obtido)” (*Ob. Cit., p. 136/137*).

Como se vê, os serviços prestados pela Autuada aos seus usuários não se traduzem em simples prestação de serviço de valor adicionado, conceituados nos arts. 60 e 61 da Lei nº 9.472/97 (LGT), mas de tecnologias voltadas para serviços de telecomunicações em geral, com transmissão de voz, sinais, símbolos, imagens e informação de qualquer natureza.

As atividades desenvolvidas pela Contribuinte enquadram-se perfeitamente nas disposições contidas no art. 2º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96:

“Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

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

A partir da análise desta norma, percebe-se que qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS. Ao contrário do que afirma a Autuada, através da conexão a internet, coloca-se o usuário em comunicação com a rede global, enquanto que no STFC (rede telefônica) existe a comunicação entre duas ou mais pessoas.

O trabalho do provedor é cuidar do conteúdo que oferece. O usuário acessa o provedor por seu conteúdo, porque, caso contrário, o usuário nem precisaria dele para entrar na rede. Pela Lei Geral das Telecomunicações os provedores de conteúdo seriam serviços de valor adicionado, pois acrescentam novas utilidades a um serviço de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

telecomunicações, mas não constituem serviço de telecomunicações, oferecendo facilidades a um serviço já existente.

O acesso à internet (serviço de telecomunicações) ficaria fora das mãos dos provedores. Neste caso provedores de conteúdo só poderiam cobrar por seu próprio conteúdo e, apenas como "facilidade adicional", pelo acesso à internet em si.

A Norma 004/95 editada pela ANATEL e citada pela Impugnante, busca regular o uso dos meios da rede pública de telecomunicações para o provimento e utilização dos serviços da internet, a partir de uma infra-estrutura preexistente de redes de telecomunicações das empresas que detêm a concessão, permissão ou autorização do poder público para a exploração desses serviços.

De acordo com Ato nº 52.416 de 26/08/05 da ANATEL, a Impugnante possui autorização para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). O Serviço de Comunicação Multimídia (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, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Diz o Anexo à Resolução nº 272/01, que regulamenta o 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.

Veja-se a decisão prolatada no "RMS 16767/MG; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 2003/0134238-0", com relatoria da Ministra Eliana Calmom:

TRIBUTÁRIO - ICMS - ACESSO À INTERNET - SISTEMA VIRTUA - BENEFÍCIO FISCAL DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DEVIDO ÀS EMPRESAS DE TV POR ASSINATURA - RICMS/96 DE MINAS GERAIS - NÃO INCIDÊNCIA.

1. O Sistema denominado VIRTUA, fornecido pela empresa NET de Belo Horizonte aos seus assinantes como meio físico de comunicação, que proporciona o acesso aos provedores da Internet "banda larga", representa serviço distinto do serviço de TV a cabo prestado na forma da Lei 8.977/95 e da Resolução/ANATEL 190/99.

2. Serviço que também não se confunde com o de "prestação de serviço de provedor" de acesso à Internet, serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9.472/97) isento da tributação do ICMS, conforme

precedente da Segunda Turma do STJ, de minha relatoria (REsp 456.650/PR).

3. Tratando-se de serviço novo, não goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo previsto no Anexo IV, item 36, do RICMS/96, do Estado de Minas Gerais para os serviços de TV a cabo.

4. Recurso a que se nega provimento.” (destaque nosso)

Há que se considerar também que a relação entre a Autuada e o usuário é de natureza negocial, visando possibilitar a comunicação desejada. Suficiente, portanto, para constituir fato gerador do ICMS.

Todas essas considerações demonstram que a Autuada não se classifica como provedora de acesso à internet, mas sim como prestadora do serviço de comunicação multímida, ou seja, não somente utiliza-se dos meios de comunicação, mas fornece um novo serviço que consiste da interligação do usuário final à rede mundial de computadores, não podendo tal serviço ser considerado como serviço de valor adicionado.

Dessa forma, pelo fato de não se tratar de prestação de serviço de provedor de acesso à internet, e sim de serviços de comunicação, não se aplica ao caso em análise, a Súmula 334 do STJ.

A Autuada não considerou os serviços executados na apuração da base de cálculo do ICMS, como consequência recolheu a menor do imposto, infringindo a norma prevista no art. 43, inciso X e § 4º do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 43.080 de 13/12/02, *in verbis*:

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

(...)

X - na geração, emissão, transmissão ou repetição, ampliação ou recepção de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior, observado o disposto no § 4º deste artigo, o preço do serviço, ou, nas prestações sem preço determinado, o valor usual ou corrente;”

Em julgado recente, analisando o PTA 01.000154680-28 lavrado contra a ora Autuada, em caso semelhante (Acórdão: 18.518/07/1, de 20/11/07), tendo como relator o Ilustre Conselheiro Roberto Nogueira Lima, a Egrégia 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes, que julgou procedente o lançamento tributário, assim se manifestou a esse respeito:

“Entretanto, deve-se novamente ressaltar que, verdadeiramente, a Impugnante oferece aos seus clientes é serviço de comunicação, consubstanciado na transmissão de dados e conexão à internet. Ao final do período ela fatura os serviços prestados, sem tributá-los integralmente, como prevê a legislação já citada. Trata-se, portanto, de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

serviço de comunicação que deve ser tributado pelo ICMS à alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme RICMS/2002, art.42, I, "a" e "e".

Conclui-se, assim, que todas as parcelas cobradas pelo prestador de serviço de comunicação, sejam preparatórias, auxiliares ou acessórias, serão sempre aderentes à prestação de serviço que ele se propõe a realizar, que se constitui em atividade fim, e serão todas levadas a compor a base calculada, em cada caso concreto, para efeito de apuração do preço do serviço, base de cálculo do ICMS na prestação."

Caracterizadas as infringências à legislação tributária. Corretas, portanto, as exigências do ICMS e das multas exigidas pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido o Conselheiro Ricardo Wagner Lucas Cardoso.

Sala das Sessões, 31 de março de 2010.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Antônio Jorge Freitas Lopes
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.479/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162662-08
Impugnação: 40.010126104-02
Impugnante: Planetarium Ltda
IE: 062295010.00-81
Proc. S. Passivo: Paulo Henrique da Silva Vitor/Outro(s)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Temos que o PTA versa sobre a exigência, pela Fazenda Pública Estadual, do ICMS recolhido a menor, multa de revalidação e multa isolada por ter a Autuada deixado de oferecer a tributação, no período de 01 de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2008, os serviços de comunicação prestados, denominados: acesso dedicado com cabo, acesso discado, acesso discado horas excedentes, conforme demonstrado nas planilhas às fls. 101 a 179.

O caso concreto torna-se simples analisando a atividade da Impugnante, ou seja, presta serviços de Provedor de Acesso à internet em que, através da infraestrutura de telecomunicações preexistente, própria ou de terceiros, no qual disponibiliza aos seus usuários uma “porta IP” e demais rotinas (facilidades) essenciais ao acesso à rede mundial de computadores (grifo nosso).

Como se pode perceber pelo descrito e pela afirmativa inclusive do Fisco, a empresa presta este tipo de serviço mediante o uso da estrutura de outras empresas, tais como Algar, CTBC, Infovias e etc, que permitem o acesso pelo serviço de comunicação.

Destarte, que verificando os contratos das empresas prestadoras de serviços, citadas acima, consta como objeto do mesmo a prestação de serviços de telecomunicações limitado e especializado, ou seja, de telecomunicação, sendo assim estas as prestadoras de serviços tributadas pelo imposto ICMS, conforme copai dos contratos de fls. 966/1063 dos autos.

Para colaborar com o exposto, temos previsto na própria Norma 004/95 do Ministério das Comunicações, que define o que constitui o serviço de conexão à internet. Além disto, a própria impugnante informa que a “principal e finalística atividade por ela desenvolvida é o serviço de acesso à internet, através de uma infraestrutura de telecomunicações própria ou de terceiros, disponibiliza ao usuário uma “Porta IP” e demais rotinas (facilidades) necessárias ao acesso à internet, acrescentando aos insumos de telecomunicações preexistentes novas utilidades e facilidades”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isto posto, pode-se afirmar que o serviço de acesso a *internet* é um típico “Serviço de Valor Adicionado”, que pela sua própria natureza, pelo disposto na legislação competente, pela pacífica jurisprudência atual não constituem serviços de telecomunicações ou comunicação, não se constituindo hipótese de incidência do ICMS.

A Impugnante afirma e demonstra, também, que na prestação de serviços de “acesso com cabo” e “acesso discado”, ela não disponibiliza infra-estrutura de telecomunicações própria, mas infra-estrutura de terceiros, limitando-se a prestar os serviços de provimento de acesso à *internet* propriamente ditos, especialmente a disponibilização do necessário protocolo “TCP/IP” (Transmission Control Protocol/Internet Protocol), dentre outras rotinas adicionais.

Cabe destacar ainda, que temos diversos julgados do STJ, no qual esclarece que os serviços de conexão a internet seriam classificados como serviços de valor adicionado, conforme disposição no art. 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Para esclarecer, temos ainda a Súmula 334 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual dispõe que **“O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.”**

Isto posto, como amplamente demonstrado a Impugnante é uma provedora de internet e não uma prestadora de serviços de telecomunicação, no entendimento do fisco mineiro.

Neste sentido, julgo improcedente o lançamento para excluir todas as exigências apontadas pelo Fisco.

Sala das Sessões, 31 de março de 2010.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**