

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.978/21/2ª Rito: Ordinário  
PTA/AI: 01.001903948-52  
Impugnação: 40.010151831-65  
Impugnante: Vero S.A.  
IE: 003792535.00-40  
Coobrigado: Williane Maria Lage Santana  
CPF: 292.513.466-15  
Proc. S. Passivo: Vitória Paula Martinez Berni/Outro(s)  
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - EMPRESA SUCESSORA - CORRETA A ELEIÇÃO.** Correta a eleição da Autuada para o polo passivo da obrigação tributária, nos termos do art. 132 do CTN, tendo em vista que ela incorporou a empresa que efetivamente praticou os fatos geradores ora autuados.

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

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - BASE DE CÁLCULO – INTERNET BANDA LARGA – SUBFATURAMENTO.** Constatada a emissão de documentos fiscais para acobertar a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de Internet Banda Larga consignando importância diversa do efetivo valor da prestação, em decorrência da não inclusão das parcelas cobradas dos clientes a título de “telefonia VOIP” e “IP FIXO”. Infração caracterizada nos termos do art. 12, inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96 c/c art. 5º, § 1º, item 8 e art. 25, ambos da Lei nº 6.763/75, além do art. 1º, inciso IX, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75.

**PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – BASE DE CÁLCULO – TV A CABO/INTERNET – RECOLHIMENTO A MENOR.** Constatada a emissão de documentos fiscais para acobertar a prestação de SCM de Internet Banda Larga, consignando base de cálculo inferior à prevista na legislação, em razão de não tributar a parcela da prestação indevidamente descrita como Serviço de Valor Adicionado (SVA) de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI). Infração caracterizada nos termos do art. 12, inciso VII, da Lei Complementar nº 87/96 c/c art. 5º, § 1º, item 8, da Lei nº 6.763/75 e art. 1º, inciso IX, do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do

**art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a multa isolada deve ser excluída por não ser aplicável à infração constatada.**

**Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação, no período de fevereiro a dezembro de 2016, das seguintes irregularidades:

1) emissão de documento fiscal para acobertar a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de Internet Banda Larga, consignando importância diverso do efetivo valor da prestação, em decorrência da não inclusão nos documentos fiscais das parcelas denominadas “telefonia VOIP” e “IP FIXO”, que eram cobradas dos usuários mediante recibos não fiscais.

Infração apurada mediante confronto entre os valores totais das prestações por cliente, informados pela Contribuinte após intimação do Fisco, e os dados registrados pela Contribuinte no arquivo eletrônico do Convênio ICMS nº 115/03.

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

2) emissão de documento fiscal para acobertar a prestação de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de Internet Banda Larga, consignando base de cálculo inferior à prevista na legislação, em razão da não inclusão da parcela da prestação indevidamente descrita como Serviço de Valor Adicionado (SVA) de Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI), não sujeito à incidência do ICMS.

Infração apurada mediante confronto entre os valores totais das prestações por cliente, informados pela Contribuinte após intimação do Fisco, e os dados registrados pela Contribuinte no arquivo eletrônico do Convênio ICMS nº 115/03.

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

Foi incluída no polo passivo, na condição de Coobrigada, a sócia-administradora da Autuada ao tempo das infrações, Sra. Williane Maria Lage Santana (anexo “IDENTIFICAÇÃO SÓCIO ADMINISTRA”), em razão da prática de atos com infração à lei (prestar serviço de comunicação com emissão de documento fiscal de valor inferior ao serviço prestado – subfaturamento), nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

O SCM de internet banda larga foi prestado pela empresa Lafaiete Provedor de Internet e Telecomunicações EPP, cuja inscrição estadual nº 001.104138.00-20 encontrava-se baixada na data da autuação, conforme documentos incluídos nos anexos “AGE DE INCORPORÇÃO” e “16 ACS JUCEMG (INCORPORAÇÃO)”, devido à sua incorporação pela empresa Vero S.A, ora Autuada, responsável pelo crédito tributário nos termos do art. 132 do CTN.

### **Da Impugnação**

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformados, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação Conjunta nos autos do e-PTA, acompanhada dos Anexos 01.1 a 23, descritos de forma detalhada à pág. 73 da peça de defesa, no tópico “Relação de Anexos”.

Afirmam, em muito apertada síntese, o que segue:

- nulidade do Auto de Infração por violação ao princípio da não cumulatividade, na medida em que o lançamento desconsiderou os créditos pelas entradas de insumos e ativo imobilizado. Citam legislação e doutrina e relacionam uma amostragem de notas fiscais relativas aos créditos questionados;

- nulidade do Auto de Infração em razão de erro na apuração da base de cálculo do imposto, que não corresponde aos valores cobrados dos clientes;

- pedem a realização de perícia contábil para comprovar que: (1) não houve dedução do crédito de ICMS pelas entradas de insumos e ativo imobilizado quando da apuração do crédito tributário pelo Fisco e (2) há erro na apuração da base de cálculo do ICMS, que não corresponde ao valor do serviço cobrado dos clientes. Apresentam quesitos no Anexo 23 da Impugnação;

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

- a autuação é ilegal, posto que os serviços prestados pela Autuada são Serviços de Valor Adicionado (SVAs), não sujeitos à incidência do ICMS. Acrescentam que a parcela relativa ao Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de internet banda larga foi devidamente tributada, relacionando, ao longo da Peça de Defesa, julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afastam a incidência de ICMS sobre o SVA de PSCI. Por fim, transcrevem o Enunciado de Súmula nº 334 daquele tribunal;

- a prestação de serviços de internet pressupõe a existência de dois serviços distintos, com repercussões tributárias diferentes: o Serviço de Conexão à Internet (SCI), modalidade de SVA que inclui a disponibilização e implementação de protocolos e rotinas necessários à conexão do assinante à rede mundial de computadores e o SCM de telecomunicação, que compreende a disponibilização e administração do enlace de comunicação que permite que o assinante receba um IP Público (protocolo IP) disponibilizado pelo provedor de internet e que, com esse IP, tenha acesso à rede mundial de computadores (internet). Aduzem que tal entendimento está respaldado no Informe PVSTR/PVST nº 224/06, da Anatel;

- transcrevem trechos do sítio eletrônico da Anatel e do Ofício nº 11/2011/PVSTR-ANATEL, para concluir que essa agência reguladora autoriza a cobrança pelo serviço de provedor de conexão à internet, na medida em que reconhece

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

existência distinta do SCI em relação ao SCM de internet banda larga, como se vê no Ofício nº 10/2009/PVSTR-ANATEL. Concluem que a prestação de SVA não requer qualquer autorização, permissão ou concessão, conforme dispõe o Ofício nº 11/2011/PVSTR-ANATEL;

- à época dos fatos geradores, a Autuada emitia uma única nota fiscal para ambos os serviços, mas separava expressamente na nota o SCI (SVA) em relação à internet banda larga (SCM). Anexam uma fatura de serviço e parte do contrato firmado com os clientes, com os trechos onde há previsão para cobrança em separado do SCI, além de carta de aceite do cliente;

- o serviço denominado “telefonia VOIP” (voz sobre um IP) é um tráfego de dados (voz) mediante utilização de uma rede IP (internet), caracterizado como um serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), razão pela qual não são tributados pelo ICMS. Citam jurisprudências do TJMG e de TJs de outros estados;

- apesar de ter descrito como nas irregularidades apenas o SCI e a “telefonia VOIP”, o Fisco exigiu ICMS sobre o serviço de “IP FIXO”, também denominado como “Bloco IP”. Apresentam a definição de IP (*Internet Protocol*) e as metodologias utilizadas atualmente (IP dinâmico e IP fixo), afirmando que tal serviço é parte integrante do SCI, nos termos da Norma Anatel nº 004/95 e do art. 61 da Lei nº 9.472/97. Concluem que o Fisco tributou indevidamente o serviço de “IP FIXO”, pois ele é um SVA e não um SCM;

- o art. 3º da Resolução Anatel nº 614/13 não representa a absorção do SCI pelo SCM de internet banda larga, o que se depreende da leitura dos arts. 64 e 65 do mesmo diploma. Acrescentam que o art. 3º veio apenas para “sanar” uma falha do Regulamento dos Serviços de Comunicação Multimídia (RSCM) anterior, que não permitiu expressamente às empresas autorizadas à prestação do SCM explorar, também, o serviço de conexão à internet. Concluem que o art. 61, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.472/97 e a Norma nº 004/95 do Ministério das Comunicações teriam sido revogados pelo citado art. 3º, naquilo que lhe contrariam;

- a Anatel não tem competência para regular ou normatizar qualquer serviço que não seja considerado um “serviço de telecomunicações”, pois a competência dessa agência se limita à regulação das telecomunicações, conforme estabelece a Lei nº 9.472/97;

- as multas exigidas ferem o direito de propriedade e possuem caráter confiscatório, ofendendo a razoabilidade e a capacidade contributiva;

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

Requerem, ao final, a procedência da impugnação.

### **Da Manifestação Fiscal**

A Fiscalização, em Manifestação Fiscal incluída nos às págs. 1286/1322 do e-PTA, refuta integralmente as alegações da Defesa e pede a procedência do lançamento.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de págs. 1323/1373, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento, para excluir integralmente a Penalidade Isolada do art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, por ser inaplicável à espécie.

---

## ***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.

### **Das Preliminares**

#### **1. Da Alegação de Nulidade por Afronta a Decisão Judicial**

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

Apresenta Declaração emitida pela ABRAMULTI, datada de **15/03/21** (Anexo 13 da Impugnação), mas que nada diz sobre sua situação na data da proposição do MS (agosto de 2008).

Apesar de a Autuada não ser filiada à ABRINT, a Defesa traz, como reforço de argumento, caso análogo envolvendo essa associação e o governo do Distrito Federal, onde a Justiça Federal reconheceu a ilegalidade da cobrança de ICMS sobre serviços de conexão à internet.

Os documentos relacionados a tal questionamento constam dos Anexos 13 a 16 da Impugnação.

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

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

ACÓRDÃO Nº 23.619/20/3ª

(...)

**OS IMPUGNANTES ALEGAM A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, AO ARGUMENTO DE QUE ELE AFRONTA DIRETAMENTE A DECISÃO JUDICIAL OBTIDA PELA ABRAMULTI NO ÂMBITO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (MS) Nº 1.0000.08.481721-2/000.**

**ENTRETANTO, COMO BEM DESTACOU A AGE NO PARECER DE FLS. 299/302, AS MATÉRIAS DISCUTIDAS NO ÂMBITO JUDICIAL, NÃO TRIBUTAÇÃO DO SVA DE ACESSO/CONEXÃO À INTERNET, E, NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO, EXIGÊNCIA DE ICMS SOBRE SCM DE INTERNET BANDA LARGA, SÃO DISTINTAS.**

**LOGO, POR CUIDAR DE MATÉRIA DIVERSA, O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO NÃO AFRONTA A DECISÃO OBTIDA PELA ABRAMULTI NO MS Nº 1.0000.08.481721-2/000.**

ADEMAIS, MESMO SE O ASSUNTO DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO FOSSE IGUAL AO DISCUTIDO NO ÂMBITO DO CITADO MS, SÓ PODERIA SE FALAR EM AFRONTA À DECISÃO JUDICIAL NA HIPÓTESE DE A AUTUADA DEMONSTRAR QUE, AO TEMPO DA IMPETRAÇÃO DO MS PELA ABRAMULTI (01/08/08), ENCONTRAVA-SE NA CONDIÇÃO DE ASSOCIADA, O QUE NÃO FOI COMPROVADO NOS AUTOS.

FOI O QUE DECIDIU O STF NO TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 499, RELATIVO AO RE Nº 612.043, CUJA DECISÃO FOI PUBLICADA NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO (DJE) DE 06/08/18:

A EFICÁCIA SUBJETIVA DA COISA JULGADA FORMADA A PARTIR DE AÇÃO COLETIVA, DE RITO ORDINÁRIO,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL NA DEFESA DE INTERESSES DOS ASSOCIADOS, SOMENTE ALCANÇA OS FILIADOS, RESIDENTES NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR, QUE O FOSSEM EM MOMENTO ANTERIOR OU ATÉ A DATA DA PROPOSITURA DA DEMANDA, CONSTANTES DA RELAÇÃO JURÍDICA JUNTADA À INICIAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

A DECLARAÇÃO DE FLS. 184 ATESTA APENAS QUE A AUTUADA ERA ASSOCIADA DA ABRAMULTI NO DIA 16/01/19, MAS NADA DIZ SOBRE SUA SITUAÇÃO NA DATA DE PROPOSIÇÃO DO MS.

ASSIM, AFASTA-SE A ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AFRONTA À MENCIONADA DECISÃO JUDICIAL.

(DESTACOU-SE)

Por essa razão, em prestígio aos princípios da celeridade processual, do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo, entende-se adequado dar prosseguimento ao contencioso administrativo fiscal também no presente caso, em linha com o entendimento pacífico da AGE sobre a matéria.

Ademais, conforme consta do excerto decisório transcrito anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir o Tema de Repercussão Geral nº 499 (DJe de 06/08/18), assentou entendimento no sentido de que a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento.

A Declaração apresentada atesta apenas que a empresa Lafaiete Provedor Ltda era associada da ABRAMULTI em 31/08/20, data de sua incorporação pela Autuada Vero S.A. (anexo “AGE DE INCORPORÇÃO”), mas nada diz sobre sua situação na data de proposição do MS (2008).

Assim, além de o presente Auto de Infração cuidar de matéria distinta daquela decidida no citado MS, como se verá na análise do mérito (prestação de SCM de internet banda larga, apenas descrito como se SVA fosse) não há nem mesmo comprovação de que a eficácia subjetiva da coisa julgada alcance a Autuada.

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

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

DECISÃO

VISTOS.

TRATA-SE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO AVIADO EM FACE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA FINS DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE QUAISQUER CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS LANÇADOS EM DESFAVOR DAS ASSOCIADAS DA AGRAVANTE (ATUAIS OU FUTURAS) A TÍTULO DE ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE INTERNET, AINDA QUE O AGRAVADO CONSIDERE NA AUTUAÇÃO FISCAL OS SERVIÇOS DE INTERNET COMO SE FOSSEM EXCLUSIVAMENTE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. EM QUE PESEM AS PONDERAÇÕES LANÇADAS PELA AGRAVANTE, SABIDO QUE EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, DEVE-SE ATER, NUM EXAMÉ SUMÁRIO DO CASO, À PRESENÇA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA MEDIDA DE URGÊNCIA PLEITEADA, SENDO NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE EVIDENCIEM A VERACIDADE DO DIREITO ALEGADO. NO CASO DOS AUTOS, **NÃO SE DESCONHECE O TEOR DA SÚMULA 334 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE PRECONIZA QUE O ICMS NÃO INCIDE NO SERVIÇO DOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET, ENTRETANTO, A PRETENSÃO LIMINAR, TAL COMO REQUERIDA, NÃO TEM SUSTENTAÇÃO ALGUMA PORQUE BUSCA IMPOR SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA DE FORMA GENÉRICA E AINDA MEDIDA RESTRITIVA EM AÇÃO COLETIVA QUE SERIA MERAMENTE DECLARATÓRIA.**

(...)

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

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

A IMPETRANTE ATRAVESSOU PETIÇÃO NOS AUTOS (F. 755-769) ALEGANDO QUE **A AUTORIDADE COATORA E O ESTADO DE MINAS GERAIS NÃO ESTÃO CUMPRINDO A DECISÃO CONCESSIVA DA SEGURANÇA.**

SUSTENTA QUE, EMBORA O ESTADO DE MINAS GERAIS ESTEJA IMPEDIDO DE AUTUAR AS EMPRESAS ATUANTES NOS SERVIÇOS



DE ACESSO À INTERNET QUANDO O OBJETIVO FOR A TRIBUTAÇÃO A TÍTULO DE ICMS, HÁ ALGUM TEMPO A ORDEM JUDICIAL VEM SENDO DESCUMPRIDA, VISTO QUE O ESTADO DE MINAS GERAIS INSISTE EM AUTUAR EMPRESAS ASSOCIADAS À IMPETRANTE, EXIGINDO INDEVIDAMENTE O ICMS SOBRE OS REFERIDOS SERVIÇOS.

SABENDO QUE, NOS TERMOS DO ARTIGO 26 DA LEI 12.016, DE 2009 O DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSTITUI CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, FOI DETERMINADA A INTIMAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA E DO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA INTERESSADA, PARA, QUERENDO, MANIFESTAREM-SE SOBRE A PETIÇÃO DE F. 755-769.

O ESTADO DE MINAS GERAIS MANIFESTOU-SE À F. 837-838. JUNTOU DOCUMENTOS DE F. 839-1.003. QUANTO AOS DOCUMENTOS NOVOS JUNTADOS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS FOI ABERTA VISTA À IMPETRANTE, QUE MANIFESTOU-SE À F. 1.009-1.021.

POIS BEM.

NO PRESENTE MANDADO DE SEGURANÇA FOI CONCEDIDA A ORDEM “PARA DETERMINAR AO IMPETRADO QUE SE ABSTENHA DE TRIBUTAR PELO ICMS, OS SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET COMPROVADAMENTE ASSOCIADOS À IMPETRANTE”.

PORTANTO, A SEGURANÇA CONCEDIDA ALCANÇA APENAS O “SERVIÇO DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET” NÃO ABRANGENDO O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. **CONTUDO, CONSIDERANDO O FENÔMENO DA DENOMINADA “CONVERGÊNCIA DIGITAL” – AGRUPAMENTO DOS DIVERSOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO – EM ALGUMAS SITUAÇÕES A INTERMEDIÇÃO DO PROVEDOR DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI) DEIXOU DE SER TÉCNICAMENTE NECESSÁRIA.**

NO CENÁRIO ATUAL, O PRESTADOR DE SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET BANDA LARGA TAMBÉM PODE REALIZAR A CONEXÃO À INTERNET (O ARTIGO 3º DO ANEXO I À RESOLUÇÃO ANATEL 614 DE 2013 AUTORIZA QUE AS SCM PRESTEM O SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET, SEM A NECESSIDADE DE CONTRATAÇÃO DE UM PSCI) REDUZINDO A CONEXÃO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES EM MERA FUNCIONALIDADE DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES PORQUANTO, NESSA MODALIDADE DE ACESSO, NÃO MAIS EXISTE A FIGURA INTERMEDIÁRIA DO PSCI.

**ISSO NÃO SIGNIFICA QUE O PSCI DEIXOU DE EXISTIR. O SERVIÇO ISOLADO DE CONEXÃO À INTERNET PERMANECE, TODAVIA, QUANDO O OBJETO DE UMA SOCIEDADE É MAIS ABRANGENTE, COMO O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM), CERTO QUE O SERVIÇO DO PSCI FOI ABSORVIDO PELA CADEIA DE SERVIÇOS OFERECIDOS SOBRE A RUBRICA SCM.**

**NESSAS HIPÓTESES, O ICMS RECAI SOBRE O VALOR TOTAL DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, NÃO SENDO POSSÍVEL EXTRAIR DA CADEIA APENAS A FUNCIONALIDADE QUE ANTES ERA DESEMPENHADA PELO PSCI.**

CONSTOU DA ANÁLISE 306/2013-GCMB:

OCORRE, NO ENTANTO, QUE A SECRETARIA DE TELECOMUNICAÇÕES, PELA NOTA TÉCNICA ACOSTADA ÀS FLS. 18/25, AO ANALISAR A SITUAÇÃO ATUAL DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (SCI) OBSERVOU QUE “PARA O ACESSO A REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES NÃO É TECNICAMENTE NECESSÁRIA A INTERMEDIÇÃO DO PSCI. ASSIM SENDO, NO SERVIÇO MÓVEL PESSOA (SMP) E EM PARTE DOS AUTORIZATÓRIOS DO SCM, HÁ OFERTA DIRETA DE CAPACIDADE „DEDICADA” DE TRANSMISSÃO, EMISSÃO E RECEPÇÃO DE INFORMAÇÕES MULTIMÍDIA PARA ACESSO A INTERNET EM BANDA LARGA”.

ORA, SE NÃO EXISTE MAIS NECESSIDADE DA INTERMEDIÇÃO DO PROVEDOR DO SERVIÇO DE CONEXÃO À INTERNET (PSCI) PARA A CONEXÃO A INTERNET EM BANDA LARGA É PORQUE O SCI CONFUNDESE COM O PRÓPRIO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, ESSA AFIRMAÇÃO É CORROBORADA PELA NOTA TÉCNICA, VERBIS: “TENICAMENTE, NÃO HÁ NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO PSCI NO ACESSO À INTERNET BANDA LARGA, JÁ QUE O PRÓPRIO DETENTOR DA INFRAESTRUTURA PODE PROVER DIRETAMENTE ESSE ACESSO. EM GERAL, A CONEXÃO À INTERNET PASSOU A CONSTITUIR FUNCIONALIDADE INERENTE AO PRÓPRIO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. DESSE MODO, A FUNÇÃO DO PSCI SE TORNOU RESTRITA, LIMITANDO-SE, MUITAS VEZES, À AUTENTICAÇÃO DOS USUÁRIOS.” (G.N)

SE O SCI É FUNCIONALIDADE INERENTE AO PRÓPRIO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES ENTÃO, DIANTE DO AVANÇO TECNOLÓGICO, PASSOU A FAZER PARTE DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES QUE DÃO SUPORTE À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. DESSA MANEIRA, ENTENDE-SE QUE O SCI, EM RELAÇÃO À INTERNET EM BANDA LARGA (COMPREENDIDAS AQUI OS ACESSOS NÃO DISCADOS) DEIXOU DE SER SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (SVA) PARA AGREGAR A DEFINIÇÃO DE UMA MODALIDADE DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES, A EXEMPLO DO SCM.

POIS BEM, COMPREENDIDO AQUI QUE O SCI PARA A CONEXÃO EM BANDA LARGA DEIXOU DE SER, TECNICAMENTE, UM SERVIÇO AUTÔNOMO PARA FAZER PARTE DA CADEIA DE SERVIÇO INERENTE À INFRAESTRUTURA UTILIZADA PARA SUPORTE À INTERNET, COMPETE À ANATEL REGULAMENTÁ-LA. (GRIFOU-SE)

DIANTE DISSO, SOMENTE HAVERIA DESCUMPRIMENTO DA ORDEM PELOS IMPETRADOS NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A PRESTAÇÃO EXCLUSIVA DO SERVIÇO DE PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET, O QUE NÃO FOI COMPROVADO NOS AUTOS.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CITE-SE, A EXEMPLO, A SOCIEDADE MINAS GERAIS TELECOMUNICAÇÕES LTDA.-ME, CUJO OBJETO SOCIAL, ALTERADO EM JANEIRO DE 2012, É:

(...) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA COMUTADA – STFC; SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA- SCM; OPERADORA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA POR CABO; MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE TELECOMUNICAÇÕES; COMÉRCIO VAREJISTA DE EQUIPAMENTOS E SUPRIMENTOS DE INFORMÁTICA. (F. 880)

OBSERVA-SE QUE NÃO CONSTA EM SEU OBJETO O SERVIÇO DE ACESSO À INTERNET, O QUAL, CONFORME DESTACADO ACIMA, É ABSORVIDO PELO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA.

QUANTO À SOCIEDADE CENTURY TELECOM LTDA. NÃO FOI COLACIONADO AOS AUTOS DOCUMENTO QUE COMPROVE O SEU OBJETO SOCIAL. TODAVIA, À F. 1.034 INFORMOU QUE PRESTA SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET, SERVIÇOS DE VOZ SOBRE PROTOCOLO DE INTERNET, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA, DENTRE OUTROS, SENDO EVIDENTE QUE O SCM ABRANGE O PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET.

FEITAS ESSAS CONSIDERAÇÕES, INDEFIRO O PEDIDO CONTIDO NO ITEM (I) À F. 765. (...)

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

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

PUBLIQUE-SE.

INTIME-SE.

BELO HORIZONTE, 07 DE NOVEMBRO DE 2018.

DES. JUDIMAR BIBER

RELATOR

(DESTACOU-SE)

Quanto à decisão relativa à ação proposta pela ABRINT contra o governo do Distrito Federal, citada pela Defesa como reforço de argumento, aplicam-se os mesmos fundamentos já expostos, reforçados pelo fato de que a Autuada não é filiada a tal associação.

Por todos os motivos expostos, sem razão a Defesa, inexistindo a alegada nulidade decorrente de afronta a decisão judicial.

### 2. Da Alegação de Nulidade por Ofensa à Não Cumulatividade

A Defesa alega que o Auto de Infração é nulo, pois não considera os créditos pelas entradas na sua apuração, ofendendo o princípio da não cumulatividade. Cita legislação e doutrina sobre não cumulatividade no ICMS. Relaciona notas fiscais de insumos e bens do ativo imobilizado e alega que o direito ao crédito por tais entradas não foi observado pelo Fisco.

Inicialmente, importante destacar que o questionamento a respeito de eventual direito aos créditos do imposto tem caráter nitidamente meritório, razão qual não teria o condão de tornar o lançamento nulo, nem mesmo se fosse procedente. Entretanto, como se verá, a alegação da Defesa nem mesmo corresponde à realidade.

O direito ao crédito de ICMS decorre da entrada de mercadorias ou bens do ativo imobilizado no estabelecimento do adquirente, devendo ser implementado pelo próprio Contribuinte que a ele faz jus, independentemente de qualquer autorização prévia ou participação direta do Fisco.

Para aproveitar o crédito a que entende fazer jus, basta ao contribuinte observar os procedimentos previstos na legislação, mormente no art. 66, inciso II e § 3º, inciso I, art. 67, §§ 2º, 3º e 5º e no art. 69, todos do RICMS/02:

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

(...)

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

(...)

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

(Destacou-se)

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

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

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

Assim, se a Autuada entende que possui direito a crédito do imposto ainda não utilizado, relativo a insumos e bens do ativo imobilizado, basta escriturar os documentos fiscais e aproveitar tais créditos na sua apuração mensal, observada a

legislação sobre o tema, inexistindo interesse jurídico na pretensão de discutir a questão no âmbito do contencioso administrativo.

Ademais, conforme bem esclarece a Fiscalização às págs. 24/25 da Manifestação Fiscal, as notas fiscais apresentadas pela Defesa para fundamentar seu questionamento (Anexos 09.1 e 09.2 da Impugnação) foram registradas na escrita fiscal e tiveram seus créditos devidamente aproveitados mediante apropriação dos valores na apuração mensal (insumos) ou no livro CIAP (ativo imobilizado).

Para comprovar a afirmação, o Fisco transcreve, à pág. 25 da Manifestação Fiscal, imagens de trechos dos Registros C190 (Registro Analítico do Documento – Código 01, 1b, 04, 55 e 65) e C125 (Movimentação de bem ou componente do Ativo Imobilizado) do arquivo eletrônico SPED/EFD da Autuada (que contém a escrituração dos livros fiscais em formato digital).

Informa que dentre os documentos fiscais incluídos nos Anexos 09.1 e 09.2 da Impugnação, apenas a Nota Fiscal nº 601, de 31/03/16, da fornecedora Deuzuita dos Santos Tassi ME (pág. 05 do Anexo 09.1), relativa à entrada de ativo imobilizado, não foi encontrada nos Registros C125 do CIAP de 2016.

Todavia, como bem salienta o Fisco, o fato de não ter sido encontrada no Registro C125, isoladamente, não permite concluir com segurança que o crédito não foi efetivamente aproveitado, pois ele pode ter sido lançado em “outros créditos”, sem detalhamento de origem, ou pode ter sido aproveitado extemporaneamente, após o exercício de 2016.

Ademais, caso o crédito relativo a tal nota fiscal realmente não tenha sido utilizado pela Autuada, o não aproveitamento e a eventual decadência parcial ou total do direito ao crédito pelo transcurso do tempo são imputáveis, única e exclusivamente, a ela própria, pois como visto, o direito ao crédito tem natureza potestativa, devendo ser exercido por iniciativa do contribuinte, sem qualquer autorização prévia ou participação direta do Fisco, observadas as regras e procedimentos da legislação já transcrita.

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

### 3. Do Pedido de Prova Pericial

A Defesa pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovar que na apuração do crédito tributário não houve dedução do ICMS cobrado nas operações anteriores e que a base de cálculo utilizado pela Fiscalização na apuração do crédito tributário está errada, sendo superior ao valor cobrado dos clientes pelo serviço.

Para tanto, formula os quesitos constantes do Anexo 23 da Impugnação.

Entretanto, inexistente controvérsia que demande esclarecimento por meio de perícia técnica, como se verá.

A questão relativa ao direito ao crédito do imposto pelas entradas de insumos e ativo imobilizado já foi esclarecida no tópico anterior. Conforme se

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

demonstrou, os créditos tributários questionados pela Defesa já foram escriturados e aproveitados pela Autuada em 2016, estando os documentos fiscais incluídos nos Registros C125 e C190 do arquivo eletrônico relativo à escrituração fiscal digital da Autuada.

Ademais, tanto para a Nota Fiscal nº 601 (pág. 05 do Anexo 09.1), única que não foi encontrada pela Fiscalização nos citados registros, quanto para quaisquer outros documentos fiscais de entrada eventualmente não citados na Peça de Defesa, o aproveitamento do crédito é direito potestativo do contribuinte, que deve ser exercido por iniciativa exclusiva dele, sem dependência de qualquer ação ou autorização do Fisco, observadas as regras e procedimentos da legislação, conforme já exposto anteriormente.

Assim, não há dúvida a ser esclarecida por perícia técnica em relação a tal assunto.

No que tange ao questionamento relativo a erro na base de cálculo do crédito tributário, trata-se de mera incompreensão da Defesa em relação à legislação e ao conteúdo dos documentos que compõem o lançamento, a qual pode ser facilmente esclarecida pelos elementos já constantes dos autos, sem a necessidade de perícia.

De acordo com o art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 c/c art. 49 do RICMS/02, o montante do imposto integra sua base de cálculo.

Lei nº 6.763/75

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

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

RICMS/02

**Art. 49.** O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Assim, como os valores cobrados dos clientes que são objeto da presente autuação não foram tributados (ou nem mesmo incluídos no documento fiscal, como no caso da “telefonia VOIP” e “IP FIXO”), a base de cálculo do imposto deve ser apurada mediante inclusão do valor do próprio imposto incidente na prestação, que é de 27% (vinte e sete por cento), conforme previsão do art. 42, inciso I, alínea “J”, do RICMS/02:

RICMS/02

**Art. 42.** As alíquotas do imposto são:

(...)

I - nas operações e prestações internas:

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

j) 27% (vinte e sete por cento), na prestação de serviço de comunicação, de 1º de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2022, e 25% (vinte e cinco por cento), a partir de 1º de janeiro de 2023, observado o disposto no § 19;

(...)

O procedimento de inclusão do imposto em sua base de cálculo foi adotado pela Fiscalização e expressamente informado à Autuada, como se pode ver nas colunas “B” e “C” da aba “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO CR” da Planilha constante do anexo “LEVANTAMENTO DO SCM” e, especialmente, na linha “22” dessa mesma planilha, onde consta a expressão: “OBS: O valor da base de cálculo é o valor do serviço prestado integrando-se a este o ICMS nos termos do artigo 49 do RICMS”.

Por todo o exposto, o pedido de prova pericial mostra-se desnecessário, devendo ser indeferido, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), publicado pelo Decreto nº 44.747/08:

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

(...)

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

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

### Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação, no período de fevereiro a dezembro de 2016, de emissão de documentos fiscais para acobertar SCM de internet banda larga com importância diversa do efetivo valor da prestação (em razão da não inclusão dos valores denominados “telefonia VOIP” e “IP FIXO”) e, ainda, com base de cálculo inferior à prevista na legislação, em razão de tratar indevidamente parcela do SCM de internet banda larga como se fosse um SVA de SCI, o qual não é tributado pelo ICMS.

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

Foi incluída no polo passivo, na condição de Coobrigada, a sócia-administradora da empresa Lafaiete Provedores Ltda, ao tempo das infrações, em razão da prática de atos de gestão com infração à lei (subfaturamento de documentos fiscais).

O SCM de internet banda larga foi prestado pela empresa Lafaiete Provedor de Internet e Telecomunicações EPP, cuja inscrição estadual nº 001.104138.00-20



encontrava-se baixada na data da autuação, devido à sua incorporação pela empresa Vero S.A, ora Autuada, nos termos do art. 132 do CTN.

Inicialmente, a título de contextualização, transcreve-se trechos dos tópicos “7. Histórico” e “8. Memória Descritiva” do Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração, os quais são esclarecedores em relação às infrações praticadas e à metodologia utilizada na apuração do crédito tributário:

Relatório Fiscal – Anexo ao AI

**“7- HISTÓRICO**

(...)

A empresa LAFAIETE PROVEDOR DE INTERNET E TELECOMUNICACOES LTDA-EPP, assim como várias outras empresas que prestavam serviços de banda larga nas cidades do interior de Minas foram incorporadas pela Vero S.A. em 31 de agosto de 2020. Conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 31 de agosto de 2020 (Anexo 19) a VERO sucederá a Lafaiete em todos os seus bens , direitos e obrigações.

O SCM (Serviço de Comunicação Multimídia) é definido pela Resolução ANATEL nº 614/2013 como “ *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*”.

**Através do site [www.verointernet.com.br](http://www.verointernet.com.br), pode se verificar que a mesma oferta a seus clientes os serviços de internet banda larga na modalidade de acesso via fibra ótica (Anexo 21).**

Em relação aos serviços prestados pela Lafaiete em 2016, analisando as informações prestadas pelo autuado, bem como as informações do arquivo do Convênio 115, **identifica-se que o mesmo prestava serviços de internet na modalidade via fibra e rádio e telefonia Voip, entre outros serviços.**

(...)

O autuado foi intimado em 15 de abril de 2019 a apresentar a relação de todos os **serviços prestados que não foram declarados nos arquivos do convênio 115. Em resposta apresentou a planilha (Anexo 33).**

Através do Termo de Intimação 01/2020 o autuado foi intimado a apresentar o detalhamento das informações

apresentadas em resposta a intimação de 15 de abril de 2019.

Em resposta ao Termo de Intimação 01/2020, o **autuado apresentou a planilha (documentos que compõem os Anexos 22 a 32) discriminando os serviços prestados, a data dos serviços, descrição do serviço, cliente, valor, plano contratado e tipo e número do documento emitido.** Analisando as informações prestada pode-se observar que **a maior parte de suas receitas advém dos serviços de internet, ou seja serviços de SCM.**

O autuado é prestador do serviço de comunicação multimídia (SCM) para pessoas físicas e jurídicas, sendo detentora de licença para exploração do SCM e proprietária de toda a infraestrutura necessária para a prestação do serviço de comunicação.

O Serviço de Comunicação Multimídia está no campo de incidência do ICMS nos termos do Artigo 155, inciso II da Constituição Federal; Artigo 2º inciso III da Lei Complementar 87/96 e Artigo 5º § 1º, item 8 da Lei Estadual 6.763/75.

Conforme supracitado, o contribuinte, através do Termo de Intimação 01/2020, foi intimado a apresentar o detalhamento das prestações de serviços não declaradas no convênio 115, demonstrando data do serviço prestado, descrição do serviço, cliente e valor, entre outros. Da informação prestada foi elaborado o **Anexo 1, onde constam todos os serviços prestados pelo contribuinte, ou seja, os serviços constantes da planilha apresentada pelo autuado e os serviços constantes nos arquivos do Convênio 115.** Também é possível identificar os serviços de comunicação que foram objeto de cobrança neste auto de infração, cujas notas fiscais foram emitidas sem consignação da base de cálculo e do ICMS devido.

Na coluna “SCM devido” da planilha denominada “Faturamento” que compõe o **Anexo 1**, a opção **“sim”** refere-se a todos os serviços que não tiveram documento fiscal emitido corretamente, ou seja, o autuado prestou o serviço de SCM mas não emitiu documento fiscal para essa parcela do serviço prestado. Quando na mesma coluna está informado **“tributado”** são os serviços de SCM que o autuado prestou e emitiu os documentos fiscais sem consignar a base de cálculo tributável e sem destacar o ICMS devido.

(...)

**O Anexo 2 contém uma amostragem da forma como o autuado descreveu os serviços e cobrou de seus clientes no período de janeiro a dezembro de 2016. Os planos de serviços, documentos emitidos e comprovantes de pagamentos desses clientes encontram-se nos Anexos 3 a 18.**

(...)

## **8 – MEMORIA DESCRITIVA**

Para determinação do valor dos serviços SCM (Serviços de Comunicação Multimídia) prestados pelo contribuinte foi utilizado o arquivo apresentado em resposta ao Termo de Intimação nº 01/2020.

O contribuinte foi intimado a apresentar arquivo contendo relação detalhada com CPF/CNPJ do cliente, serviços prestados e valor dos serviços não declarados nos arquivos do Convênio 115.

Para fins de apuração do valor da prestação do serviço de “internet” **foi considerado a descrição do serviço constante na nota fiscal (Registro de Itens do arquivo do Convênio 115) e as informações apresentadas pelo autuado para assim identificar dentre as prestações de serviços (SCM) as que não foram levadas a tributação do ICMS.** A apuração levou em consideração o CPF/CNPJ do cliente e a descrição do serviço.

Desse modo, nos dados informados pelo contribuinte **foram excluídos valores cuja descrição do serviço era, “SVA - VISITA TECNICA”, “INSTALAÇÃO”, “SVA - ALTERACAO DE ENDERECO”, “SVA - ALTERACAO FISICA”, “MIGRAÇÃO”, “SVA - MANUTENCAO ANTI VIRUS”, “SVA - TAXA HABILITACAO”, “TROCA DE EQUIPAMENTO”, “SVA - HOSPEDAGEM INTERNET”, “EQUIPAMENTOS - REPARO”, “SVA - CONTROLE DE CONTEUDO INTERNET”, entre outros. Desse modo, a cobrança efetuada no presente auto restringe-se apenas aos serviços de “internet”.**

Vale observar que não somente as notas fiscais descrevem os serviços de SCM prestados pela autuada, mas também todas as informações presentes no site da empresa, bem como os contratos de clientes.”

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Grifou-se e Destacou-se)

Como se vê dos trechos transcritos, a autuação baseou-se em informações prestadas pela própria Autuada, seja na parcela do valor das prestações de serviço de comunicação que foi informada no arquivo eletrônico do Convênio ICMS nº 115/03, seja nas informações prestadas em sede de intimação do Fisco, relativas à totalidade dos valores cobrados dos clientes (tributados ou não; incluídos ou não nos documentos fiscais emitidos).

Além disso, nota-se que a partir da informação relativa à totalidade das parcelas cobradas dos clientes, o Fisco teve o cuidado de exigir o ICMS somente sobre aqueles valores que representam remuneração pelo serviço de comunicação, excluindo da apuração do crédito tributário quaisquer rubricas que identificam serviços que não se caracterizam como comunicação, tais como: *instalação, habilitação, manutenção, troca, migração física de equipamentos, além dos SVAs de hospedagem de sítio eletrônico na internet e controle de conteúdo acessado pela internet.*

Feita essa introdução e analisando a Peça Defesa, resta possível concluir que a discussão central do presente Auto de Infração cinge-se a determinar a natureza jurídica dos serviços prestados pela Autuada, especialmente, no que tange às parcelas que ela denomina como “SCI”, “Telefonia VOIP” e “IP FIXO”, identificando se elas representam **Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) de internet banda larga**. Todas as demais argumentações são acessórias, gravitando em torno dessa definição.

Inicialmente, respondendo a um dos questionamentos da Defesa, resta importante destacar que aquilo que foi denominado como SVA de “IP FIXO” nas faturas, sem inclusão do valor cobrados nos documentos fiscais emitidos, nada mais é do que um dos passos necessários à prestação do serviço de comunicação de internet banda larga, confundindo-se com o próprio SCM prestado.

O serviço de atribuição/fornecimento de “IP” **não é** uma “*atividade que acrescenta novas utilidades a um serviço de telecomunicações que apenas lhe dá suporte, relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação e informações*” (conceito de SVA - art. 61 da Lei nº 6.763/75), mas sim parte integrante e imprescindível à própria existência do SCM de internet banda larga.

Analogicamente, o serviço de “IP” está para o serviço de internet banda larga como o ato de “girar a chave” ou de “engatar a marcha” está para o serviço de transporte: não há como prestar o serviço sem realizar esse passo prévio, que entretanto não é remunerado autonomamente, por ser indissociável do serviço em si.

Assim, essa foi a razão de tal “serviço” não ter sido identificado individualmente no texto da acusação fiscal, o que, entretanto, em nada modifica a natureza jurídica de remuneração por SCM de internet banda larga, inerente aos valores recebidos pela Autuada a título de “IP FIXO”, restando correta sua inclusão na autuação.

No que tange às alegações de que a Autuada presta SVA de SCI, observa-se que o cenário descrito pela Defesa a respeito da forma de conexão à internet, com necessidade de **dois serviços distintos** (um SCM de internet banda larga e um SVA de conexão/acesso à internet), remonta aos tempos da chamada “internet discada”, nos

longínquos anos 90 do século passado, estando **fática e juridicamente ultrapassado**, como se verá.

Naquela época, o Brasil possuía uma estrutura de telecomunicações totalmente pública, formada por uma grande estatal federal (Telebras) e suas dezenas de subsidiárias atuantes nos estados, naquilo que ficou popularmente conhecido como “Sistema Telebras”.

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 Telebras eram concessionárias de serviço público, autorizadas a prestar apenas o serviço de telefonia fixa, elas não podiam efetuar os procedimentos necessários para que seus clientes de telefonia tivessem acesso/conexão à internet discada, ou seja, não podiam autenticar o usuário na rede mundial de computadores e nem fornecer o endereço de IP necessário à efetiva utilização da internet.

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

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

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

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

O funcionamento prático dos serviços pode ser assim resumido: o provedor de internet contratava um grande número de terminais telefônicos junto à operadora de telefonia fixa, por meio dos quais ele recebia as “chamadas” (ligações via modem) dos seus usuários e conectava esta chamada recebida com o *backbone* da internet

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(infraestrutura de redes sem fronteiras geográficas que permitem transferência de informações).

O usuário da empresa de telefonia fixa, utilizando-se de um software discador instalado em seu computador e fornecido pelo provedor de internet, “discava” para o número de telefone do provedor e este fazia a autenticação do usuário e sua conexão à internet (fornecimento de endereço IP).

Até então, não havia dúvidas de que o provedor de internet prestava um serviço específico e indispensável, diverso do serviço de comunicação, de autenticação e endereçamento ao IP, ao passo que a concessionária pública prestava serviço de comunicação por meio da sua infraestrutura de redes de telefonia fixa.

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

A jurisprudência favorável à não incidência do imposto nessa situação culminou na publicação, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Enunciado de Súmula nº 334, no sentido de que “*o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet*”.

Como se vê, a não incidência do ICMS sobre os serviços de conexão/acesso à internet prestados por provedores de internet fundamentou-se na premissa de existirem **duas empresas diferentes**, contratadas individualmente pelo usuário para prestar **dois serviços diferentes**, em **duas relações jurídico-contratuais distintas**: uma com a empresa de telecomunicações, fornecendo o canal (linha de telefone) e outra com o provedor, prestando um Serviço de Valor Adicionado (SVA) consistente em autenticação de usuário, fornecimento de IP (e, eventualmente, outros serviços que agregavam facilidades e funcionalidades ao uso da comunicação).

Dentre os fundamentos da jurisprudência judicial pela não incidência do ICMS que levou à edição do Enunciado de Súmula STJ nº 334, destaca-se o art. 61, § 1º, da Lei nº 9.472/97:

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

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

(Destacou-se)

No início dos anos 2000, já após a privatização das operadoras de telefonia, o contínuo desenvolvimento tecnológico das plataformas que suportavam a prestação

dos serviços de telecomunicações acabou resultando no surgimento de novos equipamentos que abriram a possibilidade fática de prestação de serviços multimídia em banda larga pelas operadoras de telecomunicações, hipótese inexistente na época da “internet discada” (meados dos anos 90).

Este cenário levou várias dessas operadoras de telecomunicações a solicitarem à Anatel a regulamentação de um serviço que materializasse essa convergência tecnológica, que havia tornado tecnicamente possível que um único serviço mais moderno (internet banda larga) englobasse dois outros serviços distintos mais antigos (internet discada + provedor de internet).

Atendendo a este novo contexto fático, foi aprovada a Resolução Anatel nº 272/01, cujo anexo contém o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), documento que definiu, em seu art. 3º, o primeiro conceito de SCM:

Art. 3º O **Serviço de Comunicação Multimídia** é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que **possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios**, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

(Destacou-se)

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

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

Esse foi o caminho trilhado pela Autuada, como ela própria reconhece à pág. 04 de sua impugnação, quando descreve a evolução dos serviços por ela prestados ao longo do tempo:

(...)

“A 1ª Impugnante nasceu como um puro “Provedor de Internet”, assim considerando como um Serviço de Valor Adicionado aos serviços de Telecomunicações, e que com este não se confunde. Originalmente, a 1ª Impugnante adicionava seus serviços de conexão à internet ao serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) prestado pela concessionária local, outrora denominada como Telemar Norte Leste S/A.

Tecnicamente, o serviço de conexão à internet prestado pela 1ª Impugnante funcionava da seguinte maneira: a empresa contratava linhas telefônicas da concessionária local (Telemar), e mantinha em seu

Data Center o RAS (Remote Access Server) que era um concentrador de modems digitais que, através dos pares metálicos do STFC (administrados pela Telemar) permitia que o Modem acoplado ao computador do Assinante se conectasse com um dos modems do RAS e a outros servidores do Provedor de Internet (1ª Impugnante). Um desses servidores, o RADIUS, atribuía à conexão do Assinante um IP Público (Protocolo IP).

Ao digitar um endereço na Internet, outro servidor da 1ª Impugnante, o DNS, traduzia o nome de domínio digitado para o IP correspondente e promovia uma conexão ponto a ponto entre o IP do servidor digitado e o IP atribuído ao assinante através do servidor RADIUS da 1ª Impugnante. Desta maneira, possibilitava-se a abertura da página (site) e o Assinante podia, portanto, acessar os conteúdos disponíveis no referido site.”

(...)

Após a privatização do Sistema Telebras, 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(s) naquela área de atuação. Algumas delas se tornaram amplamente conhecidas no país, como foi o caso, por exemplo, da GVT e da INTELIG.

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

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

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

Este novo cenário altera profundamente a premissa anterior, da existência de dois serviços diferentes prestados por duas empresas diversas, que está na base de todo o raciocínio utilizado para fundamentar a jurisprudência trazida pelos Impugnantes ao longo da Peça de Defesa e também para a publicação do citado Enunciado de Súmula STJ nº 334, que data de 14/02/07.

Em outras palavras, no caso da internet banda larga, deixou de existir a figura autônoma do SVA de conexão/acesso à internet, que foi **absorvido pelo SCM**, o



qual passou a englobar todas as etapas de conexão e transferência de dados entre o usuário e a rede mundial de computadores.

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

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

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

Entretanto, em atitude antijurídica e insidiosa para com os demais atores do mercado de comunicações, algumas pequenas empresas regionais, como é o caso da Autuada, vêm, há muito tempo, misturando propositalmente conceitos diversos, no intuito de confundir empresas prestadoras de serviço de internet banda larga (típico serviço de comunicação) com os antigos e hoje dispensáveis provedores de conexão à internet.

O intuito desta manobra é claro e vem se refletindo cotidianamente na decrescente arrecadação de ICMS Comunicação: afastar irregularmente a incidência do ICMS sobre o serviço de comunicação efetivamente prestado (internet banda larga), simulando a existência de SVA(s), para atrair indevidamente a incidência de ISSQN (ou até mesmo para, simplesmente, não tributar de qualquer forma esses valores).

Desta forma, ao se autodenominarem “provedores de acesso/conexão à internet” ou “prestadores de serviços de VOIP/IP FIXO”, dentre outros, embora de fato prestem apenas serviço de comunicação de internet banda larga, algumas empresas provocam uma confusão semântica que pode conduzir a equívocos irreparáveis, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, capazes de produzir extensos prejuízos financeiros aos cofres públicos e também às demais prestadoras de serviços de internet banda larga que tributam corretamente o seu serviço por meio de ICMS.

Em 2013, portanto em momento muito posterior às decisões judiciais que culminaram na publicação do Enunciado de Súmula STJ nº 334 (2007) e à proposição do Mandado de Segurança Coletivo nº 1.0000.08.481721-2/000 pela ABRAMULTI (2008), a Anatel aprovou um Novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (Novo RSCM), 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:

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

(Grifou-se e destacou-se)

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

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

Além de trazer um interessante histórico do desenvolvimento da internet no Brasil, tal análise é parte do documento que registrou os **fundamentos e as discussões** que culminaram na edição e publicação do já citado Novo RSCM, 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.

*(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 comunicação<sup>6</sup>. 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 americanas<sup>7</sup>. 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)<sup>8</sup>.

5.39. No Brasil, a internet teve início a partir de redes acadêmicas regionais que começaram a se formar a partir de 1988<sup>9</sup>. 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 ensino<sup>10</sup>. Tais redes evoluíram gradativamente para o acesso comercial e, em 1995, o uso da rede deixou de ser restrito aos usuários da RNP<sup>11</sup>. 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 LGT<sup>12</sup>.**

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 país<sup>13</sup>.

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 **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 regulamentos, normas e demais regras em vigor serão gradativamente substituídos por regulamentação a ser editada pela Agência, em cumprimento a esta Lei;

*Ora, desde a edição da LGT o Serviço de Conexão à Internet (SCI) é regulamentada pela Norma MC nº 4/1995, sem que tenha sido editado um regulamento sequer da Agência a respeito. [...]*

II. (b). Da possibilidade de alteração das disposições da Norma MC nº 4/1995 pela Anatel:

*[...]*

*Ocorre, no entanto, que a Secretaria de Telecomunicações, pela Nota Técnica acostada às fls. 18/25, ao analisar a situação atual do Serviço de Conexão à Internet (SCI) observou que **“para o acesso a rede mundial de computadores não é tecnicamente necessária a intermediação do PSCI.** Assim sendo, no Serviço Móvel Pessoa (SMP) e em parte dos autorizatários do SCM, há **oferta direta de capacidade ‘dedicada’ de transmissão, emissão e***



**recepção de informações multimídia para acesso a internet em banda larga”.**

**Ora, se não existe mais necessidade da intermediação do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI) para a conexão a internet em banda larga é porque o SCI confunde-se com o próprio Serviço de Comunicação Multimídia, essa afirmação é corroborada pela Nota Técnica, verbis:**

**“Tecnicamente, não há necessidade de participação do PSCI no acesso à internet banda larga, já que o próprio detentor da infraestrutura pode prover diretamente esse acesso.** Em geral, a conexão à internet passou a constituir funcionalidade inerente ao próprio serviço de telecomunicações. Desse modo, a função do PSCI se tornou restrita, limitando-se, muitas vezes, à autenticação dos usuários.” (g.n)

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

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

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

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

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

*automaticamente deixará de compreender a definição de SVA.*

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

*Destarte, é juridicamente possível a recomendação da área técnica deste Ministério para oficiar a Anatel que tome providências no sentido de alterar a referida norma.*

### III – DA CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

5.60. Considero, de outro lado, que não é aconselhável a revogação da Norma 4/95, uma vez que **o PSCI continua prestando conexão à internet por meio das redes STFC.** De igual modo, a possibilidade de provimento do serviço de conexão à internet por meio da rede SCM não deve impedir, a meu ver, a

manutenção de atividades exclusivas do Provedor, o que geraria o risco de eliminação de agentes eficientes e inovadores nesse mercado.

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

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

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

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

5.64. Além disso, como aduzido acima, permanece a necessidade do PSCI em todas as atividades necessárias à conexão à internet com suporte sobre as redes STFC, o que, em 2011, representava 10% do mercado de acesso à rede no Brasil<sup>14</sup>.

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 janela para manobras tributárias.** A NOTA TÉCNICA/MC/STE/DESUT/Nº 27/2011, contida nos presentes autos e acima citada, destaca o tema:

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

*(iii) Conclusão*

5.68. Diante disso, considero **necessário especificar normativamente o que já ocorre na prática nas redes SCM a partir da agregação da realidade à definição do serviço**, inclusive de acordo com contribuições recebidas em CP nesse sentido<sup>15</sup>. Além disso, como dito, a caracterização do SCM pelo que ele não é apresenta-se ultrapassada e dispensável e, tendo em vista a premissa de alinhamento da regulamentação do SCM com a de outros serviços de interesse coletivo, sugiro também a exclusão dos §§1º e 4º do art. 3º da minuta em exame.

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

5.70. De fato, à época da Consulta Pública nº 45, de 08/08/2011, ainda tramitava no Congresso Nacional Projeto de Lei que culminou na aprovação da Lei nº 12.485, de 12/09/2011, Lei da Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado. Tal norma estabeleceu profundas alterações no regime de

prestação dos serviços de telecomunicações de TV por Assinatura, prevendo, entre outras mudanças, a existência de um novo serviço, o Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), a ser prestado sob quaisquer que sejam as tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação.

5.71. Todavia, a citada Lei não simplesmente extinguiu os serviços de TV por Assinatura anteriormente existentes, mas estabeleceu normas de transição para o novo regime estabelecido. Previu, inclusive, a possibilidade da requisição de adaptação, para o SeAC, dos instrumentos anteriormente outorgados para prestação desses serviços antigos.

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

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

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

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

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

*§ 2º A prestação do SCM não admite a transmissão, emissão e recepção de informações de qualquer natureza que possam configurar a prestação de serviços de radiodifusão, ou de televisão por assinatura ou de*

*acesso condicionado, assim como o fornecimento de sinais de vídeos e áudio, de forma irrestrita e simultânea, para os Assinantes, na forma e condições previstas na regulamentação desses serviços.*

*§ 32º 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.*

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

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

(Grifou-se e Destacou-se)

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

Acrescente-se que a Portaria Anatel nº 214/15 (disponível publicamente em <https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/index.php/component/content/article?id=813>) explicita, em seu Item nº 37, a obsolescência técnica e mercadológica do Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) e sua efetiva incorporação ao SCM de Internet Banda Larga, inclusive ressaltando que tal entendimento já está firmado na jurisprudência nacional. Observe-se:

Portaria Anatel nº 214/15

37. Com o advento do novo RSCM, pacificou-se na ANATEL o entendimento de que não é obrigatório um PSCI intermediando a relação entre o usuário e o PSCM, entendimento este já firmado na jurisprudência nacional...

(...)

Concretamente, desde o advento da nova tecnologia de SCM (2001), as empresas prestadoras de serviço de internet banda larga passaram a promover a autenticação do usuário na rede e atribuir-lhe um número (endereço) IP, viabilizando direta e sistematicamente a conexão do usuário à rede mundial, sem qualquer participação de terceiros (provedores) na relação contratual.

Com isto, no exato momento em que o usuário tem o serviço de internet disponibilizado e a sua ligação é estabelecida pela prestadora de SCM (internet banda

larga) por ele contratada, já será possível usufruir, instantaneamente, dos serviços da rede mundial de computadores (internet), sem a necessidade de contratação de um provedor de acesso/conexão.

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

Saliente-se que o Informe PVSTR/PVST n.º 224 (Anexo 03 da Impugnação), utilizado pela Defesa para afirmar que o serviço de internet pressupõe a prestação de 02 (dois) serviços distintos, é de **31/03/06**, tendo sido elaborado a partir do paradigma jurídico traçado nos anos 90, por meio da Norma Anatel n.º 004/95, que apesar de não ter sido formalmente revogada, há muito já não corresponde à realidade do mercado em vários aspectos.

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

- Norma Anatel n.º 004/95 (que apesar de ainda estar formalmente em vigor, resta incompatível com diversas normas posteriores e com a própria realidade fática);

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

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

- Informe PVSTR/PVST n.º 224/06 (elaborado com fundamento na Norma Anatel n.º 004/95);

- Jurisprudências do STJ quase integralmente publicadas no período de 2003 a 2006 (portanto, referentes a fatos geradores ocorridos muitos anos antes, na década de 1990, dada a circunstância de que foram objeto de prováveis quatro julgamentos até serem decididas de forma definitiva pelo STJ: processo administrativo tributário, discussão judicial de primeira instância, discussão judicial de segunda instância e tramitação no próprio STJ).

No entanto, a realidade de setor de comunicações, especialmente o da internet banda larga, modificou-se em velocidade exponencial desde então, tendo o ordenamento jurídico (mesmo que, em geral, de forma atrasada), acompanhado essa

mudança, como se viu ao longo da extensa contextualização fática e jurídica trazida anteriormente.

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

Ao contrário do que aduz a Defesa, o SCM é atividade principal (senão única) do serviço de internet banda larga, carregando consigo a **totalidade dos custos** da prestação do serviço de comunicação, já que todo o investimento em infraestrutura (cabos, fibra ótica, modems, estação de rádio, radiotransmissores, etc.) está diretamente relacionado com a prestação do SCM e não de um suposto SCI, o que se confirma pelas próprias notas fiscais trazidas pela Defesa para questionar o direito ao crédito pela entrada de insumos e equipamentos do ativo imobilizado (Anexo 09 da Impugnação), com equipamentos que chegam a custar centenas de milhares de reais.

Como bem destaca a Fiscalização à pág. 08 da Manifestação Fiscal, apesar de ter seu custo concentrado nos equipamentos e meios físicos e tecnológicos utilizados para prestar o SCM de internet banda larga, estranhamente, a Autuada direciona cerca de 70% (setenta por cento) de seu faturamento acobertado por documento fiscal para remunerar o suposto SVA de PSCI (além de nem incluir nos documentos fiscais os valores referentes a “telefonia VOIP” e “IP FIXO”), denotando uma clara estratégia de evasão fiscal para o não pagamento do ICMS sobre os serviços de comunicação efetivamente prestados.

Na prática, somando-se as parcelas denominadas como SCI, VOIP e IP FIXO, em torno de 80% (oitenta por cento) do valor total recebido dos clientes como remuneração pelo SCM de internet banda larga foram subtraídos da tributação pelo ICMS, não obstante esse ser o único serviço prestado pela Autuada.

No que tange ao suposto Serviço de Conexão à Internet (SCI), a estratégia adotada pela Autuada é simples e já bastante conhecida do Fisco: cria-se um sítio eletrônico onde se anuncia a prestação de “serviços de provedor” ou “serviços de conexão à internet” (SVAs), apesar de a descrição dos serviços prestados conter elementos típicos do SCM de internet banda larga (como velocidades máximas e mínimas de Download/Upload, fornecimento de modem em comodato, responsabilidade pelo cabeamento ou pelas antenas no caso de transmissão via rádio, etc.) (Anexo 21 do Auto de Infração).

Em seguida, o prestador do serviço elabora e submete aos usuários, que em regra não possuem conhecimento técnico suficiente para qualquer questionamento, um contrato que descreve a existência de dois serviços, mas que se analisado em relação ao seu conteúdo, conceitos e formas, denota a existência de apenas um único serviço, qual seja, o SCM de internet banda larga (Anexos 06 e 07 da Impugnação).

Para recebimento do preço acordado emite-se um documento sem valor fiscal (em geral, um boleto), para recebimento do valor total do serviço de internet



banda larga contratado, mas distribuindo esse valor entre os diversos serviços supostamente contratados pelo usuário, geralmente com uma **parcela menor para o serviço sujeito ao ICMS (SCM)** e outra, maior, para o(s) serviço(s) fora do campo de incidência desse imposto (SVAs).

Como se viu, no caso em tela a relação é de aproximadamente 30% (trinta por cento) para o SCM sujeito ao ICMS e 70% (setenta por cento) para o suposto SVA de SCI, não tributado pelo ICMS, além dos valores recebidos a título de “telefonia VOIP” e “IP FIXO”, que nem mesmo foram incluídos nos documentos fiscais emitidos para acobertar as prestações.

Entretanto, o usuário é obrigado a aceitar um contrato de adesão no qual se simula um pagamento de 70% (setenta por cento) do preço total por um suposto SCI que há muito já havia sido integrado ao SCM, como se viu, e apenas 30% (trinta por cento) do preço total pelo serviço efetivamente prestado, que concentra todo o custo da empresa e há muito já absorveu os simplórios procedimentos do primeiro (autenticação e fornecimento de IP).

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

Ao se dirigirem à Autuada para contratar seus serviços, os clientes/usuários não procuram um serviço de provedor de internet (até porque, na prática, esse serviço praticamente não existe mais, salvo nas raras hipóteses onde ainda se utilizada internet “discada”, via redes de telefonia fixa), mas sim um serviço de internet banda larga, que é o único efetivamente comercializado.

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

Entretanto, com o avanço tecnológico, as empresas de SCM, que antes dependiam do SVA de um PSCI para ligarem seus clientes à internet (por uma limitação, já naquela época, mais legal do que técnica, diga-se), foram liberadas para autenticar e fornecer IP diretamente aos seus usuários, concomitantemente ao próprio serviço de comunicação, tornando os PSCI desnecessários para prestação do SCM de internet banda larga.

Observe-se o art. 64 do anexo à Resolução Anatel nº 614/13:

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

§ 1º É assegurado a qualquer Provedor de Serviço de Conexão à Internet (PSCI) a oferta de conexão

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

gratuita à internet de que trata o caput nas mesmas condições do PSCI que integre o Grupo Econômico, mediante definição de critérios isonômicos e não discriminatórios de escolha.

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

O dispositivo determina que a prestadora de SCM que ofereça o serviço de conexão à internet por meio de PSCI que integre seu próprio grupo econômico, deverá garantir que esse último serviço seja sempre gratuito, assegurando-se a qualquer outro PSCI o direito de também ofertar conexão gratuita à internet para os clientes dessa prestadora SCM, nas mesmas condições do PSCI que integre o seu grupo econômico.

Trata-se de uma norma de garantia anticoncorrencial, voltada a impedir que as grandes operadoras, abusando de seu poder econômico, consigam expulsar do mercado os pequenos PSCIs ainda existentes.

Tanto assim, que a exigência de gratuidade não se aplica aos PSCIs de pequeno porte, definidos como aqueles que possuem até no máximo 50.000 (cinquenta mil clientes), situação em que se enquadrava a Lafaiete Provedor ao tempo das infrações.

Saliente-se que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, IBGE, em 2017, 0,6% (seis décimos por cento) das conexões de internet no Brasil ainda era do tipo “discada”, via redes telefônicas, com utilização de provedores de acesso à internet (PSCI). O dispositivo legal em comento se destina prioritariamente a essa pequena realidade.

Entretanto, a previsão legal de que o PSCI de pequeno porte ainda pode cobrar pelo serviço de conexão à internet não é uma autorização genérica para que uma empresa prestadora de SCM cobre por um suposto SCI, de fato inexistente, apenas porque resolveu “nomear” seu serviço de internet banda larga como SVA de SCI, nos moldes do procedimento adotado pela Autuada.

Ademais, o art. 64 em comento trata de uma situação onde há duas empresas: uma que presta SCM de internet e outra que presta SVA de PSCI, ambas integrantes do mesmo grupo econômico, o que não é o caso da Autuada, empresa única, que presta apenas um serviço, o de internet banda larga, englobando a autenticação do usuário, fornecimento de IP e a transmissão de dados, como se pode ver no seguinte trecho do contrato de adesão utilizado pela Autuada, denominado “CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA” (Anexo 06 da Impugnação):

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA – DO OBJETO E CONDIÇÕES ESPECÍFICAS

2.1 Embora **ambos os serviços, provimento de Conexão à Internet e provimento de Serviços de Comunicação Multimídia sejam, neste caso, prestados pela mesma empresa**, por serem serviços distintos e poderem ser contratados

separadamente, para fins didáticos e legais, **serão, neste documento tratados como se prestados por empresas distintas.**

(...)

(Destacou-se e Grifou-se)

O próprio texto do modelo de contrato utilizado pela Autuada escancara as incongruências de um modelo nitidamente desenhado para ocultar a ocorrência do fato gerador do ICMS, mediante tentativa de alterar até mesmo conceitos jurídicos básicos, como o de pessoa jurídica, simulando situação impossível de existir (duas pessoas jurídicas distintas “dentro” de uma única pessoa jurídica), no intuito claro de simular adequação de sua situação fática ao conteúdo do citado art. 64 do Novo RSCM, anexo à Resolução Anatel nº 614/13.

No entanto, como já dito, tal dispositivo não pode ser interpretado como uma autorização para que prestadoras de SCM simulem a prestação do SVA de SCI, apenas para subtrair parcela do valor do serviço de internet banda larga da tributação do ICMS, como procedeu a Autuada.

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

Os SVAs que realmente são prestados pela Autuada, tais como “habilitação”, “hospedagem de sítio eletrônico” e “controle de conteúdo acessado pela internet”, foram devidamente excluídos das exigências pela Fiscalização, como consta dos trechos já transcritos do Relatório Fiscal anexo ao AI, como pode ser visto, exemplificativamente, nas linhas 889, 894, 899, 905, 910, 911 e 917 da planilha “AMOSTRAGEM DO FATURA” (Anexo 2 do Auto de Infração).

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

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

Já naquele momento, com o surgimento da internet banda larga como serviço único, capaz de absorver os elementos do antigo serviço de conexão à internet, tornando-o dispensável, começaram a surgir no Brasil os provedores de internet

**gratuitos**, sendo pioneiro nesse mercado o conhecido “Internet Group – IG”, que também já não existe mais.

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

Nesse cenário, soa quase como galhofa a irreal alegação da Autuada de que obtém cerca de 70% (setenta por cento) do seu faturamento a partir de um serviço que já podia ser encontrado gratuitamente em 2001 e de lá para cá, perdeu ainda mais relevância, praticamente inexistindo autonomamente no mercado atual.

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

Noutro ponto, a Defesa afirma que o art. 3º do Novo RSCM (anexo à Resolução Anatel nº 614/13) veio apenas “sanar” uma falha do RSCM anterior, que não permitia às empresas autorizadas à prestação do SCM explorar, também, o serviço de conexão à internet. Acrescenta que o art. 61, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.472/97 e a Norma nº 004/95 do Ministério das Comunicações teriam sido revogados pelo citado art. 3º, naquilo que lhe contrariam.

De fato, como consta do Ofício nº 11/2011/PVSTR-ANATEL, citado pela Defesa, a prestação de um SVA não requer qualquer autorização, permissão ou concessão da Anatel, justamente porque a competência regulatória dessa agência é restrita à normatização de **serviços de comunicação**, não englobando quaisquer tipos de SVAs. Como consequência, a *contrario sensu*, quando um determinado serviço é regulado por normas da Anatel, é possível concluir que se trata de um serviço de comunicação, único que pode ser regulado pela agência.

Dessa forma, quando o art. 3º do Novo RSCM afirma que o SCM é um serviço fixo de telecomunicações que possibilita, inclusive, o provimento de conexão à internet, fica claro que o antigo SVA de SCI foi absorvido pelo SCM de comunicação, único serviço que pode ser normatizado pela Anatel. Observe-se o dispositivo citado:

Anexo à 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)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, por todo o exposto, correta a exigência de ICMS sobre a parcela do SCM de internet banda larga que foi indevidamente descrita como SVA de PSCI e não foi incluída na base de cálculo do imposto.

No que tange ao serviço denominado “telefonia VOIP”, vale destacar que ele nada mais é do que um serviço de comunicação via internet, ou seja, um SCM. A telefonia VOIP é um tipo de chamada de voz, realizada através da rede de internet. A sigla vem do termo em inglês *Voice over Internet Protocol*, que em português significa Voz sobre Protocolo de Internet ou Voz sobre IP.

Na telefonia VOIP, a voz capturada passa por um dispositivo de chamada ATA (adaptador telefônico analógico), que é um conversor analógico-digital capaz de converter o sinal analógico em pacotes de dados (sinal digital), de forma que eles possam ser enviados por meio de qualquer protocolo TCP/IP (protocolo de internet).

Assim, o VoIP é um serviço ofertado por um prestador de SCM, mediante fornecimento de um aparelho conversor analógico-digital aos seus clientes, utilizado para fazer a transmissão dos dados (comunicação por meio de voz) através de suas redes de internet.

A oferta do serviço de telefonia VOIP pressupõe a transmissão de dados entre dois pontos e, portanto, enquadra-se no conceito de SCM e não de SVA, na medida em que esse último é definido como um serviço **diverso da conexão de dados**, que agrega funcionalidade a um serviço de comunicação, **sem com ele sem confundir**, e que pode ser contratado ou cancelado livremente pelo usuário, tais como: toques de celular diferenciados, notícias enviadas por SMS, músicas e antivírus.

Inclusive, de se destacar que outra empresa de comunicação, também atuante no SCM de internet banda larga, ao formular consulta escrita à Superintendência de Tributação da Secretaria de Fazenda de Minas Gerais sobre dúvida na aplicação da legislação tributária em suas atividades (arts. 37/48 do RPTA), informou, sem qualquer embargo, que o serviço de voz sobre protocolo (VOIP) por ela prestado é um serviço de comunicação (assim como o Serviço de Conexão à Internet). Observe-se o seguinte trecho da Consulta de Contribuintes nº 094/2016, onde a consulente descreve as atividades por ela realizadas:

PTA N° : 45.000010578-04

CONSULENTE : Briskcom Ltda.

ORIGEM : Belo Horizonte - MG

ICMS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO EXTEMPORÂNEO - ATIVO IMOBILIZADO- A apropriação extemporânea de crédito relativo à aquisição de bem do ativo imobilizado somente poderá ocorrer até o final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento. O saldo remanescente será cancelado, nos termos do inciso VIII do § 3º do art. 66 do RICMS/2002.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito e tem como **atividade principal informada no cadastro estadual os serviços de telecomunicações por fio não especificados anteriormente** (CNAE 6110-8/99).

**Informa que presta serviços de telecomunicações** (estabelecimento de túnel VPN com criptografia de dados na internet para comunicação M2M; gerência remota de recursos de alta disponibilidade (HSRP, VRRP, JSRP, roteamento dinâmico, cluster), para equipamentos e enlaces de rede; disponibilização de NAT (NAT, PAT, RNAT, Source NAT, etc.) entre Ips locais para Ips públicos; Monitoramento ativo do funcionamento de equipamentos de clientes; **voz sobre protocolo de comunicação de dados IP (VoIP); e provimento de acesso à internet.**), com a entrega da ponta remota no cliente sempre via satélite, em prestações interestaduais **aplicando a alíquota prevista nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 42 do RICMS/2002**, no entanto, um de seus clientes, contribuinte do ICMS, entende que a alíquota aplicável seria a interna do Estado de destino, ao qual o imposto seria devido.

(Destacou-se)

Portanto, os valores cobrados a título de “telefonia VOIP” e não incluídos nas notas fiscais, por se referirem a um típico SCM de transmissão de dados, estão sujeitos à incidência do ICMS.

A Defesa contesta, também, a cobrança do ICMS sobre os serviços que ela denominou como “SVA-Bloco IP” ou “IP FIXO”, alegando que se trata de um SVA de fornecimento de “IP”.

Entretanto, como já dito anteriormente, o argumento de que tal atividade é um SVA não faz nenhum sentido, pois o IP (*Internet Protocol*) é apenas o protocolo utilizado para ligar o cliente o acesso à rede mundial de computadores (internet).

Como visto, no caso da internet banda larga, quando o cliente liga o computador e abre o aplicativo navegador de internet, instantaneamente o prestador de SCM lhe fornece um IP, como parte integrante do serviço de internet banda larga. Sem ele, não há como prestar serviço de internet banda larga, sendo sua atribuição parte do serviço prestado e não uma nova utilidade acrescida ao serviço de comunicação já existente.

O fornecimento de IP é somente um passo inerente ao serviço de internet banda larga prestado pelo autuado e não um SVA autônomo, como ocorria nos tempos da internet “discada”, onde realmente existia um serviço à parte de identificação do usuário e de autenticação de IP junto à rede, prestado (e cobrado) por um PSCI, **distinto da empresa de telefonia que fornecia os meios físicos** de comunicação. Como se viu ao longo do presente parecer, no caso da internet banda larga, o

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

provimento de acesso foi incorporado ao SCM, tanto do ponto de vista técnico, quanto do legal.

Assim, correta a exigência de ICMS sobre os valores cobrados dos usuários a título de “IP FIXO”, posto que são parte integrante e indissociável do SCM de internet banda larga, único serviço efetivamente prestado pela Autuada.

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

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

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

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

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, 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.

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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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

Já as Multas Isoladas do art. 55, incisos VII, alínea “a” e XXXVII, ambos da citada lei, foram exigidas pelo descumprimento de obrigações **acessórias**, tratando-se de infrações distintas em relação à multa de revalidação, na medida em que essa última decorre do descumprimento de obrigação **principal**. Observe-se os dispositivos legais referentes às Multas Isoladas:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

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

(...)

XXXVII - por **deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, a base de cálculo prevista na legislação**, ou consigná-la com valor igual a zero, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(Destacou-se)

Entretanto, há um reparo a se fazer em relação à Multa Isolada do art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75.

Como se pode ver no próprio texto do dispositivo, essa penalidade é cabível nas hipóteses em que o Contribuinte emite o documento fiscal **deixando de consignar** o valor da base de cálculo do imposto ou **consignando o valor “zero”** (R\$ 0,00).

Entretanto, na hipótese dos autos, houve consignação de base de cálculo nos documentos emitidos para acobertar a prestação, no que tange à parcela que foi considerada SCM de internet banda larga (cerca de 30% do valor do documento fiscal).

Assim, a infração cometida pela Autuada foi a de **consignar**, em documento emitido para acobertar a prestação, **valor da base de cálculo menor do que o previsto** na legislação, relativamente à prestação própria, conduta que possui penalidade



## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

específica na legislação, qual seja, aquela prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75:

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

(...)

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

(...)

c) **valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria** ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

(Destacou-se)

Portanto, com a devida *vênia*, deve ser excluída a Penalidade Isolada do art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, durante todo período autuado, por ser inaplicável à espécie.

Lado outro, a Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 6.763/75 mostra-se adequada à infração constatada, qual seja, consignar em documento fiscal que acobertar a prestação, importância diversa do efetivo valor da prestação, no que tange às parcelas denominadas “telefonia VOIP” e “IP FIXO”, que foram cobradas dos usuários, mas não incluídas nos documentos fiscais emitidos pela Autuada.

Por todo o exposto, correta a aplicação das penalidades remanescentes (Multa de Revalidação do art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso VII, alínea “a”, ambos da Lei nº 6.763/75), na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Por fim, no tocante à sujeição passiva, vale repisar que a empresa Vero S.A, ora Autuada, é responsável pelo crédito tributário nos termos do art. 132 do CTN, devido à incorporação da empresa Lafaiete Provedor de Internet e Telecomunicações EPP, que prestou o serviço SCM de internet banda larga em questão.

A Defesa alega ausência de comprovação dos requisitos do art. 135 do CTN para inclusão da sócia-administradora como Coobrigada. Acrescenta que o mero inadimplemento da obrigação tributária não gera responsabilidade de terceiros. Cita o Enunciado de Súmula nº 430, do STJ.

A sócia-gerente da Autuada foi incluída como Coobrigada em razão da prática de atos com infração de lei, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN c/c art. 21, § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/75, consistentes na conduta de prestar serviço de comunicação com emissão de documento fiscal de valor inferior ao serviço prestado (subfaturamento):

Código Tributário Nacional

**Art. 135.** São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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.

As ações da Autuada, implementadas sob o comando da Coobrigada, denotam a clara e deliberada intenção de ocultar o fato gerador do ICMS, mediante artifícios como simulação de prestação de SVA, emissão de documento fiscal com apenas parte do valor do serviço de comunicação prestado e recebimento de parte de preço por meio de recibos extrafiscais, inclusive deixando de informar esses valores no arquivo eletrônico do Convênio ICMS nº 115/03, com o nítido objetivo de dificultar a identificação da infração tributária pela Fiscalização.

Além disso, foram utilizados documentos (contratos) com cláusulas e declarações que não correspondem à realidade, para simular a ocorrência da prestação de um SCI (provedor de acesso), mesmo quando os elementos fáticos (infraestrutura de cabos e equipamentos, simulação de duas pessoas jurídicas em apenas uma, contrato único com o usuário, recebimento do valor integral pago pelo usuário da internet banda larga, dentre outros) denotam, sem qualquer sombra de dúvida, tratar-se de prestação de um SCM (internet banda larga), sujeito à tributação pelo ICMS.

A simulação decorrente de negócios jurídicos com declarações e cláusulas não verdadeiras é um ato ilícito, previsto no art. 167, § 1º, inciso II, do Código Civil de 2002, tão grave aos olhos do ordenamento jurídico pátrio que possui o condão de tornar nulo o negócio jurídico envolvido, preservando-se apenas o que se dissimulou (os fatos verdadeiros), se válidos na substância e na forma:

**Art. 167.** É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

(...)

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

II - **contiverem declaração**, confissão, condição ou **cláusula não verdadeira**;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

(Destacou-se)

Vê-se, portanto, que as ações da Coobrigada (sócia-administradora), pessoa física responsável 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 da legislação já transcrita.

Assim, correta sua inclusão no polo passivo da autuação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir integralmente a Penalidade Isolada do art. 55, inciso XXXVII, da Lei nº 6.763/75, por ser inaplicável à espécie, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Patrícia Pinheiro Martins. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Gislana da Silva Carlos (Revisora) e Cindy Andrade Moraes.

**Sala das Sessões, 29 de setembro de 2021.**

**Ivana Maria de Almeida**  
**Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves**  
**Presidente**