



REQUERIMENTO Nº , DE 2016

Requeiro, nos termos do art. 312, II, do Regimento Interno do Senado Federal, destaque para votação em separado da exclusão do subitem 1.09 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, incluído pelo art. 3º do Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 15, de 2015, a fim de que seja restabelecida a redação original do subitem 1.10 dada pelo Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012 - Complementar.

Sala das Sessões,

Senador José Medeiros
PSD-MT





JUSTIFICATIVA

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

Pretende-se o restabelecimento da redação original do subitem 1.10, dada pelo Projeto de Lei do Senado nº 386, de 2012 – Complementar, qual seja:

1.10 – Disponibilização de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto em páginas eletrônicas, exceto no caso de jornais, livros e periódicos.

Os serviços acima referidos, prestados por meio da internet, são **Serviços de Valor Adicionado (SVA)**, pois são uma atividade que acrescenta a um Serviço de Telecomunicações (ST) que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, ao armazenamento, à apresentação, à movimentação ou à recuperação de informações. O SVA não constitui ST, classificando-se seu provedor como usuário do ST que lhe dá suporte (Art. 61 da Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações).

Os SVA não se enquadram no conceito constitucional e legal de serviço de comunicação, como será justificado a seguir. Não há sobreposição entre os conceitos de SVA e serviço de comunicação, o que afasta de plano a incidência do ICMS-comunicação. Por outro lado, há a possibilidade de cobrança do ISS, desde que haja autorização expressa na lista da lei complementar. É o que se pretende com a nova redação do subitem 1.10.





Segundo a doutrina, para que haja incidência do ICMS-comunicação é imprescindível que:

- I. exista uma relação comunicativa, a qual é formada por cinco elementos: emissor, receptor, meio de transmissão, código e mensagem transmitida;
- II. **a comunicação seja viabilizada por um terceiro**, mediante remuneração.

Consideremos, sem perda de generalidade, a aplicação de vídeo sob demanda disponibilizada pela **Netflix** (portal multimídia), em que o conteúdo é transmitido entre o servidor de vídeos (fonte de dados) e a máquina do cliente (sumidouro de dados) usando a tecnologia de vídeo de fluxo contínuo armazenado (*streaming* de vídeo armazenado). Essa aplicação é distribuída na rede e utiliza a arquitetura cliente-servidor.

A Netflix é um Provedor de Serviços (*Service Provider* (SP)) que utiliza os serviços de comunicação de múltiplos Provedores de Infraestrutura (*Infrastructure Providers* – InP), por exemplo: Embratel, Vivo, etc. – logo, com estes não se confunde – com o objetivo de oferecer serviços fim a fim para seus clientes. O serviço oferecido pelos InP limita-se à movimentação de bits de uma origem a um destino (serviço de comunicação).

A comunicação entre a fonte (servidor da Netflix) e o sumidouro de dados (máquina do cliente) é viabilizada por um terceiro (InP), distinto da Netflix. Na prática, essa comunicação pode envolver vários InP, onde **o serviço de comunicação fim a fim é prestado por uma rede interligada** (internet) que consiste na interconexão das redes de dois InP regionais e um InP nacional (*backbone*). A conclusão é óbvia: **não incide ICMS sobre o serviço de vídeo sob demanda da Netflix** porque a comunicação é viabilizada por um conjunto de InP distintos do SP. O contribuinte do ICMS é o InP, não o SP.

Podemos generalizar a conclusão obtida para o caso da Netflix: **NÃO incide ICMS sobre SVA** quando o serviço de comunicação for prestado por um terceiro (InP) distinto do SP (fonte de dados).

A exceção que o SCD nº 15 de 2015 trouxe dá a entender que o Serviço de Acesso Condicionado de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de





setembro de 2011, seria um Serviço de Valor Adicionado, trazendo confusão para o intérprete.

Nesse sentido, a doutrina de ANDRÉ MENDES MOREIRA ensina:

Portanto, o SVA não tem por objeto a efetivação da telecomunicação, a qual constitui o núcleo dos serviços de telecomunicação, pretendendo, na realidade, ofertar utilidades outras. Constatase, assim, que o prestador do SVA é mero usuário do serviço de telecomunicações, dependendo dos meios deste para a concretização de suas atividades. Cumpre ressaltar que o SVA pode ser prestado por terceiros ou pela própria operadora de telecomunicações, a qual, nessa hipótese, não estará atuando como tal, mas sim como prestadora do serviço de valor adicionado¹.

O entendimento de que **NÃO incide ICMS sobre SVA** quando o serviço de comunicação for prestado por um terceiro (InP) distinto do SP (fonte de dados) é corroborado pelo STJ, que deixou claro não incidir ICMS em outro SVA, qual seja, o serviço de provedor de acesso à internet. A título de ilustração, destacamos o inteiro teor das “ementas” paradigmáticas do STJ em Recurso Especial nº 456.650-PR e dos respectivos Embargos de Divergência:

“RECURSO ESPECIAL Nº 456.650 - PR (2002/0099939-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON

EMENTA

TRIBUTÁRIO - ICMS - SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE INTERNET - LEI 9.472/97.

1. Os serviços prestados pelos provedores de acesso à INTERNET, embora considerados pelo CONFAZ como serviços de telecomunicações, pela definição dada no art. 60 da Lei 9.472/97, que dispôs sobre a organização dos serviços de telecomunicações, não podem ser assim classificados.

¹ MOREIRA, André Mendes; ESTANISLAU, César Vale. A Tributação do Serviço de Comunicação Multimídia à Luz do Direito Regulatório. In: MACEDO, Alberto; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e (Coord.). Tributação Indireta Empresarial: Indústria, Comércio e Serviços. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 603-617.





2. O serviço desenvolvido pelos provedores da INTERNET é serviço de valor adicionado (art. 61, Lei 9472/97), o qual exclui expressamente da classificação de serviços de telecomunicações (§ 1º, art. 61).

3. Se o ICMS só incide sobre serviços de telecomunicações, nos termos do art. 2º da LC 87/96, não sendo os serviços prestados pela INTERNET serviço de telecomunicações, e sim, SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO (art. 61, § 1º da Lei 9.472/97), não há incidência da exação questionada.

4. Recurso especial improvido.

(grifos nossos)

Brasília-DF, 24 de junho de 2003 (Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON”

”EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 456.650 - PR (2003/0223462-0)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO FRANCIULLI NETTO

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. **SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE ACESSO À INTERNET.** ARTIGOS 155, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E 2º, II, DA LC N. 87/96. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. ARTIGO 61 DA LEI N. 9.472/97 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES). NORMA N. 004/95 DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. PROPOSTA DE REGULAMENTO PARA O USO DE SERVIÇOS E REDES DE TELECOMUNICAÇÕES NO ACESSO A SERVIÇOS INTERNET, DA ANATEL. ARTIGO 21, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **NÃO-INCIDÊNCIA DE ICMS.**

[...]

O serviço prestado pelo provedor de acesso à Internet não se caracteriza como serviço de telecomunicação, porque não necessita de autorização, permissão ou concessão da União, conforme determina o artigo 21, XI, da Constituição Federal.

Não oferece, tampouco, prestações onerosas de serviços de comunicação (art. 2º, III, da LC n. 87/96), de forma a incidir o ICMS, porque não fornece as condições e meios para que a comunicação ocorra, sendo um simples usuário dos serviços prestados pelas empresas de telecomunicações.

[...]

O serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet cuida, portanto, de mero serviço de valor adicionado, uma vez que o prestador se utiliza da rede de telecomunicações que lhe dá suporte para viabilizar o acesso do usuário final à Internet, por meio de uma linha telefônica.

Conforme pontifica Sacha Calmon, **”o serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet é um Serviço de Valor Adicionado, não se enquadrando como serviço de**





comunicação, tampouco serviço de telecomunicação. Este serviço apenas oferece aos provedores de Acesso à Internet o suporte necessário para que o Serviço de Valor Adicionado seja prestado, ou seja, o primeiro é um dos componentes no processo de produção do último."

[...]

Conclui-se, portanto, que, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional, não podem os Estados ou o Distrito Federal alterar a definição, o conteúdo e o alcance do conceito de prestação de serviços de conexão à Internet, para, mediante Convênios Estaduais, tributá-la por meio do ICMS.

[...]

Embargos de divergência improvidos.

(grifos nossos)

Brasília (DF), 11 de maio de 2005 (Data do Julgamento).

MINISTRO FRANCIULLI NETTO, Relator.

MINISTRO LUIZ FUX”

Cabe destacar trecho do voto-vista do Ministro Francisco Falcão, que acompanhou o voto vencedor do Ministro Franciulli Netto, entendendo tratar-se de tributação pelo ISS, desde que previsto na lista de serviços:

“(…)

Em face do serviço de provimento de acesso à internet classificar-se como serviço de valor adicionado, nos moldes do disposto no art. 61 da Lei nº 9.742, 16/7/1997, não há como caracterizá-lo como serviço de comunicação nos termos da Lei Complementar nº 87/96.

Desta feita, não há como tal tipo de serviço ser fato gerador do ICMS, não havendo como tributá-lo por este imposto estadual.

No entanto, remanesce na esfera tributária do ente municipal o poder de tributar, fazendo incidir o ISS - Imposto Sobre Serviços, quando a prestação deste serviço estiver especificada na lista de serviços que estabelece os serviços que serão fato gerador deste imposto municipal, especificação atualmente inexistente, haja visto que o serviço de provimento de acesso à internet não se encontra inserido na lista de serviços a fim de incidir o ISS.

Logo os provedores de acesso exercem atividade não sujeita ao ICMS mas ao ISS, dependendo para que seja tributada, de lei complementar que a coloque em lista de serviços.

(…)”





Por fim, a Súmula 334 do STJ, abaixo reproduzida, pacificou o entendimento da impossibilidade de tributação dos provedores de acesso à internet pelo ICMS, cujo serviço é um SVA:

“Súmula 334 do STJ (DJ 14.02.2007): ICMS - Incidência - Provedores de Acesso à Internet - O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.”

