



SENADO FEDERAL

REQUERIMENTO

Nº 840, DE 2016

Requer, 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.

AUTORIA: Senador José Medeiros



Página da matéria



REQUERIMENTO N° , 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

SF/16417.92999-41



J U S T I F I C A T I V A

SF/16417.92999-41

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

SF/16417.92999-41



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.

SF/16417.929999-41



SF/16417.92999-41

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 N° 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 enquadramento como serviço de**



SF/16417.92999-41

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.

(...)”



SENADO FEDERAL
Gabinete do Senador José Medeiros

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.”

SF/16417.92999-41