

PROCESSO : 20162700100513
RECURSO : ESPECIAL Nº 126/2019
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECORRIDA : VCB PROVEDOR DE ACESSO LTDA
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 003/2022/2ª CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O presente processo, em outubro de 2020, foi relatado pelo então julgador Carlos Napoleão, por essa razão, inicialmente ratifico o relatório já elaborado (fls. 243 a 245).

O auto de infração foi lavrado, no dia 24/10/2016, em razão de o sujeito passivo, no ano de 2014, ter prestado serviço de comunicação, emitindo notas fiscais como se a prestação fosse isenta. Diante disso, foi cobrado ICMS e aplicada a multa de 100% do valor do imposto incidente sobre o valor da prestação, por acobertar com documento fiscal, operação ou prestação tributada, como não tributada ou isenta – a penalidade prevista no artigo 77, VII, “e”, item 4, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado pessoalmente, em 26/10/2016 (fls. 02), apresentou peça defensiva tempestivamente em 25/11/2016 (fls. 34 a 51). Submetido a julgamento de 1ª Instância (fls. 101 a 117), o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, decidiu pela procedência da ação fiscal, fundamentando e entendendo que o sujeito prestou serviço de telecomunicação.

A empresa inconformada com a decisão singular, em 11/04/2018, interpôs o Recurso Voluntário (fls. 133 a 145), alegando que não presta serviço de acesso à internet, mas serviço de provimento de conexão à internet, não sujeito a incidência de ICMS, por não existir fato gerador do imposto, requerendo, ao final, a reforma da decisão monocrática, com o cancelamento do Auto de Infração, e, subsidiariamente, a redução da multa aplicada a patamares razoáveis, segundo a orientação da jurisprudência do STF.

Em 06/10/2019, a Primeira Câmara desse Tribunal julgou o Recurso Voluntário interposto, no Acórdão 182/2019/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN (fls. 173), concluindo que restou provada que a empresa prestou serviço de provedor e que, na forma como definido pela Súmula 334 do STJ, o ICMS não incide no serviço de provedores de acesso à internet, reformando a decisão monocrática e declarando a improcedência do Auto de Infração.

Por discordar do Acórdão proferido, o Coordenador Geral da Receita Estadual interpôs Recurso Especial (fls. 178 a 219) requerendo a reforma da decisão proferida no Acórdão, para declarar a procedência da Ação Fiscal, argumentando que a autuada prestou serviço de telecomunicação, uma vez que o serviço de provedor, no presente caso, não pode ser cobrado, em razão do que está estabelecido no art. 64 do Regulamento SCM, Resolução 614/2013, que define a gratuidade pela conexão à internet, não se aplicando ao caso o que está estabelecido na Súmula 334 do STJ.

Por haver preenchido os pressupostos legais, o Presidente do Tribunal, em análise preliminar, deferiu o Recurso Revisional interposto (fls. 222 a 223), sendo a empresa recorrida notificada dessa decisão.

Em manifestação (fls. 228 a 240) a autuada pugna pela manutenção do que foi decidido no Acórdão 182/2019/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN, alegando que não é prestadora de serviço de comunicação, mas apenas provedora de serviço de conexão à internet – PSCI, qualificado como serviço de valor adicionado, devendo, assim, ser negado provimento ao Recurso Especial. É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu de a empresa ter deixado de pagar o imposto, por ter prestado serviço de comunicação, emitindo notas fiscais como se as prestações realizadas fossem isentas.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, VII, “e”, item 4, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 100% do valor do imposto incidente sobre o valor da prestação, por acobertar com documento fiscal, operação ou prestação tributada, como não tributada ou isenta.

Do que consta nos autos, restou incontroverso que a empresa cobrou de seus clientes pelo serviço por ela prestado, e, ainda, que a autuada faz parte do grupo econômico formado pela CVB Comunicação, pois essa última detém 99,99% do capital da autuada, conforme cópia do Contrato Social (fls. 64). Assim, a questão controvertida limitou-se a saber se a cobrança de valores de seus clientes se refere a um serviço de provedor de internet ou de telecomunicação.

Inicialmente, é importante esclarecer que a interdependência entre empresas e a possibilidade de haver um sobre ou subpreço em operação ou prestação realizadas pelo grupo econômico, com o intuito de se fazer redução na carga tributária, sempre foi uma preocupação do legislador. Pois, o Convênio ICM 66/1988, ao estabelecer a regra provisória para o ICMS (art. 34, § 8º, do ADCT da CF/88), em seu art. 16, definiu regras sobre a incidência do imposto para as empresas que mantenha relação de interdependência.

Mantendo o conteúdo da norma até então vigente, a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 17, estabeleceu que quando o valor do frete, cobrado por estabelecimento pertencente ao mesmo titular da mercadoria ou por outro estabelecimento de empresa que com aquele mantenha relação de interdependência, exceder os níveis normais de preços em vigor, no mercado local, para serviço semelhante, constantes de tabelas elaboradas pelos órgãos competentes, o valor excedente será havido como parte do preço da mercadoria.

Tal comando normativo foi inserido na Lei 688/96 (art. 22), definindo, em seus incisos, que são interdependentes as empresas em que uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges ou filhos menores, for titular de mais de cinquenta por cento do capital da outra. No caso em análise a interdependência é patente, uma vez que a CVB Comunicação detém 99,99% do capital social da autuada.

Destaca-se, que para a prestação de serviço de comunicação, com a edição do novo Regulamento do SCM pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, (Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013), ficou definido que **a Prestadora do SCM** que oferte 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** (art. 64).

Salienta-se que, pelo que constam das planilhas juntadas pelos autuantes, como também na própria defesa da autuada, restou-se comprovado que os clientes da autuada, ao se utilizarem da internet Viacabo, a eles foram prestados diferentes serviços por duas empresas igualmente distintas, mas pertencente ao mesmo grupo econômico (VCB Comunicações e VCB Provedor); ou seja, há um cliente de um lado e duas prestadoras de serviço do mesmo grupo econômico no outro.

A situação aqui analisada muito se assemelha à regra prevista nos artigos 17 da LC 87/96 e art. 22 da Lei nº 688/96. E como já dito, tais dispositivos estabelecem que na hipótese de o valor do frete exceder os níveis normais de preço, sendo esse valor cobrado por

empresa que mantenha relação de interdependência com o estabelecimento titular da mercadoria, será ele considerado como parte do preço do produto.

Nesse sentido, importa fazer menção aos artigos da legislação tributária para se evidenciar que, em situações como a que está sendo examinada, em que um cliente recebe serviços (SCI e SCM) prestados por empresas distintas, mas do mesmo grupo econômico (empresas com interdependência), deve-se observar, em relação à base de cálculo do ICMS, o preço praticado por elas (as duas empresas). Dito de outro modo, os valores cobrados dos clientes devem estar em consonância com o mercado e, especialmente nesse caso, com as normas que regem as atividades envolvidas (telecomunicações e SCI).

Por essas razões, ainda que reconhecendo ter havido a prestação de SCI (de provimento de conexão à internet) pela autuada, pelo fato de o valor cobrado por ela ter ultrapassado o que foi estabelecido pela legislação que disciplina o setor (pois deveria ter sido gratuito, na forma como definido pelo art. 64 da Resolução ANATEL 614/2013), deve esse valor ser considerado, para efeitos de apuração da base de cálculo do ICMS, como sendo parte da receita de SCM (internet em banda larga), portanto, tributado pelo imposto estadual.

Assim, conclui-se que assiste razão ao recorrente quanto à tese de não aplicação da Súmula 334 do STJ à situação. Pois, se o Grupo Viacabo prestou SCM e SCI, mas não poderia auferir receitas pelo SCI (segundo o art. 64 da Resolução 614/2013), o valor cobrado deve ser considerado como receita de SCM. Frisando-se que, diferentemente do serviço de provedor que não incide imposto (Súmula 334 do STJ), o SCM é tributado pelo ICMS, motivo pelo qual reputa-se regular o lançamento efetuado pelo Auto de Infração, uma vez que o imposto é, sim, devido.

Diante do exposto, conheço do Recurso de Especial interposto para dar-lhe provimento, reformando a decisão proferida no Acórdão 182/2019/1ª CÂMARA que julgou improcedente a ação fiscal para julgar procedente o Auto de Infração.

É como VOTO.

Porto Velho, 13 de maio de 2022.

~~Amanda Ibiapina Alvarenga~~

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : N° 20162700100513
RECURSO : ESPECIAL N° 126/2019
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : VCB PROVEDOR DE ACESSO LTDA
RELATOR : JULGADOR – AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : N° 003/2022/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO N° 006/2022/ CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

EMENTA : **ICMS/MULTA– PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO – OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO SE ISENTA FOSSE – OCORRÊNCIA** – Comprovado nos autos que o sujeito passivo pertence a um grupo econômico (VCB Comunicações S.A e VCB Provedor de Acesso Ltda) e que esse grupo prestou serviço de comunicação, cobrando de seus clientes pelos serviços prestados. Porém, consoante o estabelecido no Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), Resolução 614/2013 ANATEL, a prestadora de SCM, que oferece Planos para conexão à internet por meio de um provedor de Serviço de Conexão à Internet (SCI) que integre seu Grupo Econômico, deverá garantir em todas as ofertas a gratuidade pela conexão à internet. Assim, como o Grupo Viacabo prestou SCM e SCI, mas não poderia auferir receitas pelo SCI (segundo o art. 64 da Resolução 614/2013), o valor cobrado deve ser considerado como receita de SCM, sujeitando-se à incidência de ICMS, o que afasta, para esse caso, a aplicação da Súmula 334 STJ. Infração não ilidida. Alterada para PROCEDENTE a decisão prolatada no Acórdão n° 182/2019/1° CÂMARA/TATE/SEFIN, que julgou improcedente a ação fiscal. Recurso Especial provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, em sua composição plena, à unanimidade em conhecer do Recurso Especial interposto para ao final dar-lhe provimento, alterando a decisão proferida pela Primeira Câmara, prolatada no Acórdão n° 182/2019/1° CÂMARA/TATE/SEFIN, de improcedência para **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração, conforme Voto do Julgador Relator, constantes dos autos, que passa a fazer parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Amarildo Ibiapina Alvarenga, Dyego Alves de Melo, Fabiano Emanuel Fernandes Caetano, Juarez Barreto Macedo Júnior, Leonardo Martins Gorayeb, Manoel Ribeiro de Matos Júnior, Roberto Valladão Almeida de Carvalho e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
FATOR GERADOR EM 24/10/2016: R\$ 189.829,22
*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO

TATE, Sala de Sessões, 13 de maio de 2022.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
Julgador/Relator