

PROCESSO : 20232700200007 – EPAT 27.847
RECURSO : VOLUNTÁRIO N° 224/2023
RECORRENTE : R. JOSÉ DA SILVA & CIA LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : N° 330/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração foi lavrado, no dia 14/04/2023 em razão de o sujeito passivo ter deixado de recolher parte do ICMS devido nas prestações de serviço de comunicação multimídia a assinantes residenciais e empresariais no decorrer do ano de 2018. Esclarece a Autoridade Fiscal que a empresa apesar de notificada não procedeu a autorregularização, acrescenta que, em conformidade com o Enunciado TATE nº 002, Inciso II, foram desconsiderados do cálculo do ICMS devido os meses de janeiro, fevereiro e março, em face da constatação da decadência tributária.

Diante da disso, foi cobrada diferença do imposto devido e aplicada a multa de 90% (noventa por cento) do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via postal, em 15/05/2023, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando que a ação fiscal é nula, porque houve cerceamento ao direito de Defesa e violação do devido processo legal, vez que o Fisco não respondeu ao Pedido de Reconsideração à Notificação nº 13597760, que não há motivação válida para a abertura da DFE, pois válidas são as regras do Convênio 78/2001 para a empresa autuada, alega ainda que está presente uma incompetência territorial da 1ª DRRE de Porto Velho para atuar na circunscrição da 2ª DRRE de Ji-Paraná.

No mérito, a empresa alega que é provedor de acesso à internet e de comunicação multimídia e que, portanto, faz jus ao benefício constante no Convênio 78/2001 – redução da base de cálculo para 5% do valor da prestação do serviço, sem a utilização dos créditos adquiridos e de quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais. Acrescenta que o Fisco não observou o princípio legal da não-cumulatividade dos créditos de ICMS, pois há operações de compra de serviço de comunicação e bens ao ativo permanente. Requer, ao final, a improcedência da ação fiscal e o cancelamento do crédito tributário.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular, após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou as preliminares de nulidade e, no mérito, por estar comprovada a prestação do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, que inclui o Provedor de Serviço de Conexão à Internet, à empresa não se aplica o benefício fiscal do Convênio 78/2001. Afastou a possibilidade de se fazer a compensação dos créditos, indicando a utilização extemporânea desses créditos, (art. artigo 41 do RICMS-RO), concluindo pela procedência da ação fiscal.

A empresa foi notificada da decisão singular por aviso postal, com ciência em 11/07/2023, que discordando da decisão interpôs Recurso Voluntário com as mesmas teses já apresentadas na impugnação, acrescentando que a decisão não analisou os argumentos da defesa, quais sejam: nulidade por cerceamento ao direito de Defesa e violação do devido processo legal, falta de motivação para ação fiscal, incompetência territorial da 1ª DRRE de Porto Velho, que já houve tributação, pois as prestações são beneficiadas pelo Convênio 78/2001. Requer que, em observância ao princípio da não cumulatividade, seja recalculado o crédito tributário lançado, com a dedução dos créditos fiscais que a empresa tem direito, demonstrando em planilha os créditos de suas aquisições. Ao final, requer a reforma da decisão monocrática, com a improcedência do Auto de Infração.

Em razão das alegações da empresa, especialmente no que se refere aos créditos fiscais relativos às suas aquisições, o PAT foi encaminhado à Gerência de Fiscalização para que o Setor de Comunicação se manifestasse sobre o argumento da defesa. Em resposta, por meio de Relatório Fiscal, o Setor reconhece o direito ao crédito fiscal e recalculou o imposto devido, reduzindo de R\$ 881.062,46 para R\$ 658.583,36.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo ter deixado de recolher parte do ICMS devido nas prestações de serviço de comunicação multimídia a assinantes residenciais e empresariais no decorrer do ano de 2018. Pois efetuou a tributação com redução de base de cálculo como se fosse Provedor de Internet (Convênio ICMS 78/2001), mas, segundo o procedimento fiscal, a empresa presta serviço oneroso de comunicação na modalidade de Serviço de Comunicação Multimídia – SCM.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, IV, "a", item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento.

Do que consta nos autos, restou comprovado que a empresa realizou prestação onerosa de comunicação e tributou com redução de base de cálculo se utilizando das regras do Convênio ICMS 78/2001.

A questão controvertida ficou sobre uma possível nulidade da ação fiscal, se a empresa faz jus, ou não, ao benefício de redução de base de cálculo, e se, nesse lançamento, pode, ou não, ser compensado, com o débito de imposto, os créditos fiscais referentes as suas aquisições.

Quanto às preliminares, importante esclarecer que, a Sefin inaugurou, no ano de 2019, um novo modelo de fiscalização, incentivando à autorregularização, com a possibilidade de o Fisco orientar os contribuintes para que corrijam voluntariamente eventuais inconsistências em suas declarações. Tal modelo foi feito inicialmente, pelo Decreto 23.856/2019, com instituição do Sistema Fisconforme.

Nesse sentido, a empresa foi notificada para promover sua autorregularização, o que não foi por ela aproveitada, gerando, com isso, o procedimento fiscal que resultou no lançamento efetuado por meio deste Auto de Infração.

Com relação ao cerceamento ao direito de defesa, violação do devido processo legal, em razão de o Fisco não ter respondido ao Pedido de Reconsideração à Notificação e falta de motivação da ação fiscal, para esses pontos deve ser esclarecido que a legislação não prevê pedido de reconsideração, do contrário, a Lei estabelece que verificada qualquer infração à Legislação Tributária, deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, por intermédio da lavratura de Auto de Infração, o que foi feito no presente caso, em que a empresa não procedeu a autorregularização, o que motivou a ação fiscal.

No que se refere a apontada nulidade por incompetência por ter sido a ação fiscal realizada por AFTE lotado na 1ª DRRE e a empresa está estabelecida na 2ª DRRE, tal alegação não se sustenta, porque o procedimento foi realizado por AFTE com Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) emitida pelo Gerente de Fiscalização da Coordenadoria da Receita Estadual, que é autoridade competente para designar fiscalização em todo o Estado (arts. 1º e 2º da IN 11/2008).

Quanto a alegação de que decisão é nula porque não analisou os argumentos da defesa, o que se mostrou, nesse caso, foi uma discordância com aquilo que foi decidido, pois o julgador esclareceu as motivações de sua conclusão, que serão analisadas no mérito do recurso. Assim, por a empresa não concordar com a decisão proferida interpôs o recurso exercendo, dessa forma, a sua ampla defesa, razão pela qual rejeita-se a preliminar de nulidade suscitada.

Diante do até aqui demonstrado, ratifica-se a rejeição das preliminares de nulidade já decidida na instância singular, uma vez que a Autoridade Fiscal, de forma clara e objetiva, descreveu que a infração se deu em razão de um pagamento a menor, por ter efetuado a tributação com redução de base de cálculo. Além disso, a empresa compreendeu a infração, pois a impugnou na notificação para autorregularização, em defesa, e neste Recurso, não existindo nenhum prejuízo, motivo pelo qual rejeita-se todas as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, consoante o relatório fiscal elaborado pelo autor do feito, restou demonstrado que a atuada não é um simples provedor de internet, pois sua atividade é de provedor de acesso às redes de comunicações – CNAE 6190-6/01, e exerce a prestação de serviço oneroso de comunicação de multimídia – SCM, o que torna inaplicável à atuada as regras do Convênio ICMS 78/2001.

No que diz respeito aos serviços prestados pela atuada, deve ser destacado que 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).

Diante disso, pelo fato de ter sido cobrado de seus clientes valor referente a esse serviço, consoante o que foi estabelecido pela legislação que disciplina o setor (art. 64 da Resolução ANATEL 614/2013), esse valor deve 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.

Cumprido ressaltar, por fim, que, diferentemente do serviço exclusivo de provedor que não incide ICMS (Súmula 334 do STJ), o SCM consoante o que estabelece a legislação é tributado por esse imposto. Portanto, improcede a defesa da empresa,

motivo pelo qual, nessa parte, reputa-se regular o lançamento efetuado pelo Auto de Infração, uma vez que o imposto é, sim, devido.

Todavia, com relação aos créditos fiscais referentes às suas aquisições, razão assiste a autuada, pois a empresa fez sua apuração sem a utilização de nenhum crédito fiscal. Dessa forma, a decisão singular deve ser reformada, consoante o que já foi reconhecido pelo Setor de Comunicação, que recalculou o ICMS, deduzindo o valor correspondente ao crédito fiscal, que a empresa tem direito.

Com relação ao mês de novembro, o Setor de Comunicação reconheceu um crédito no valor de R\$ 25.988,40, (Nfe 1005 e 409918), divergente do que a empresa indicou em seu recurso. Foi verificado que foram três notas fiscais de aquisições lançadas na escrita fiscal (as duas já reconhecidas e a NFe 1215) que totalizou um crédito fiscal para o referido mês no valor de R\$ 35.505,34 – exatamente o valor demonstrado na defesa da empresa. Sucede, contudo, que a NFe 1215 se refere ao mês de março, mês que não faz parte deste lançamento, por estar dentro do período de decadência. O lançamento alcançou o período de abril a dezembro de 2018.

Com isso, o crédito tributário deve ser recalculado, deduzindo do valor originalmente lançado de R\$ 3.468.676,78 o valor indevido de R\$ 877.047,20 para se chegar ao devido no valor **R\$ 2.591.629,58**, conforme o quadro demonstrativo abaixo:

Crédito Tributário	Original	Excluído	Devido
Tributo ICMS	881.062,46	222.479,08	658.583,38
Multa de 90% - Valor do imposto	1.306.283,48	330.231,50	976.051,98
Juros	710.967,21	179.891,81	531.075,40
Correção Monetária	570.363,63	144.444,81	425.918,82
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	3.468.676,78	877.047,20	2.591.629,58

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso voluntário interposto para, em parte, dar-lhe provimento, alterando a decisão singular de procedente para parcial procedência da ação fiscal.

É como VOTO.

Porto Velho, 13 de dezembro de 2023.

~~Amarco Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad. 587
JULGADOR

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

PROCESSO : 20232700200007 – E-PAT: 027.847
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 224/2023
RECORRENTE : R. JOSÉ DA SILVA & CIA LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 330/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0315/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – PRESTADORA DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – RECOLHIMENTO A MENOR DE IMPOSTO – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (CONVÊNIO ICMS 78/2001) – OCORRÊNCIA** – Restou provado nos autos que o sujeito passivo presta Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, portanto, a sua prestação de serviço não está contemplada pelo benefício de redução da base de cálculo – Convênio 78/2001. Reduzido o valor do crédito tributário lançado, porque a empresa adquiriu, no período fiscalizado, serviço de comunicação tributado, o que lhe dá direito ao crédito fiscal para compensação com seus débitos. Infração ilidida em parte. Alterada a decisão singular de procedente para parcial procedente o Auto de Infração. Recurso voluntario parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para no final dar-lhe provimento, alterando a decisão de Primeira Instância de procedente para **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
DATA DO LANÇAMENTO 14/04/2023: R\$ 3.468.676,78
***CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMANESCENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

***CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMANESCENTE**
***R\$ 2.591.629,58,**

TATE, Sala de Sessões, 13 de dezembro de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Relator