

Fls. nº 395


**GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA**  
**SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS**

**PROCESSO:** N.º 20202700100024  
**RECURSO VOLUNTÁRIO:** N.º 602/20  
**RECORRENTE:** TELEFONICA BRASIL S/A  
**RECORRIDA:** FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RELATOR:** ANTÔNIO ROCHA GUEDES  
**RELATÓRIO:** N.º 089/2021 – 1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**02.– VOTO**

02.1 – Versa o presente PAT sobre ação fiscal movida contra o Contribuinte acima qualificado, i autuado em 30.01.2020, por realizar prestação onerosa de serviço de comunicação, referente à modalidade pré-paga telefonia móvel, com erro na determinação da base de cálculo, infringindo assim art. 17, VII, §1º e art. 18, III da Lei 688/96; art. 2º; VII, §4º e art. 15, III do RICMS/RO e art. 458, II do Anexo X do RICMS/RO e sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso IV, alínea “a”, item 4 da Lei 688/96, segundo os auditores fiscais autuantes. Importando o presente Auto de Infração o valor de R\$ 8.895.478,63 (oito milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, quatrocentos e setenta e oito reais e sessenta e três centavos).

02.2 – Em sua defesa o sujeito passivo alega: preliminarmente a nulidade do auto de infração por erro na capitulação legal e no cálculo da penalidade, pois não contém os elementos indispensáveis e suficientes à constituição do crédito tributário ou à caracterização da infração e da penalidade, na medida em que é impreciso, contraditório e traz cálculos equivocados, incorrendo em grave e insanável vício de motivação; que foram equívocos tão graves que acabaram por cercearem o direito de defesa da requerente; que há impossibilidade de cobrança do ICMS com base na mera presunção do fato gerador; que neste caso houve uma definição indevida do fato gerador do tributo, sem respaldo em lei, ou mesmo na Constituição Federal, pois não ocorre a efetiva concretização da prestação de serviço tributado pelo ICMS; que segundo a própria legislação regulatória do setor de telecomunicações, não há como se presumir a prestação do serviço de telecomunicação em decorrência da mera aquisição de




creditos do cartão pré-pago pelo cliente, que poderá utiliza-lo para compra de outros serviços; que alem de prestar serviços de telecomunicação aos seus clientes, também lhes oferece com facilidades SVAs que podem ser adquiridos com os créditos dos seus cartões pré-pagos; que não constituindo serviços de telecomunicação, os SVA não estão sujeitos ao ICMS; que houve abusividade da multa e juros aplicados. Ao final, requer a nulidade do auto de infração.

02.3 – A autoridade julgadora de instância singular, o douto julgador faz um relato dos autos, e fundamenta sua decisão no que segue: que todos elementos de fato e de direito que fundamentaram a autuação foram devidamente expostos na peça básica e demais documentos elaborados na ação fiscal; que a infração foi descrita no campo próprio do auto de infração, com clareza e precisão, permitindo que o contribuinte tenha conhecimento de todos os aspectos pertinentes à autuação e possa exercer plenamente o direito de defesa; que a pena imposta, foi corretamente aplicada, e não há que se falar em calculo incorreto do crédito tributário; que não há provas de que os valores isentos indicados nas notas fiscais de serviço de telecomunicação, atinentes a este processo se refiram a serviços de valor agregado (SVA) ou a outros serviços que não incidam ICMS; que de nada adianta defender que o ICMS não incide sobre SVA, se não há provas de que os valores isentos lançados no documento fiscal corresponde a esse tipo de serviço; que o impugnante não informa qual legislação o autorizou a utilizar o procedimento que ele adota; que se houve de fato, pagamento de ICMS pela prestação de um serviço sobre o qual esse tributo não incide, houve, indubitavelmente, um pagamento indevido. Sendo assim, julgou procedente a ação fiscal; Declara devido o crédito tributário lançado na peça básica. Determina seja notificado o sujeito passivo do teor desta decisão.

02.4 – Em seu Recurso Voluntário, o sujeito passivo discorda de Decisão de Primeira Instância, reiterando o que fora dito em primeira defesa e busca a reforma parcial da r. decisão, para que seja integralmente cancelada a exigência fiscal.

02.5 - Da análise dos autos infere-se que o sujeito passivo foi acusado de acobertar prestação de serviço oneroso de comunicação com documentos fiscais sem destaque do ICMS, ou seja, deixou de deduzir o valor relativo ao imposto desonerado, tendo infringido a Legislação Tributária Estadual, motivo pelo qual foi lavrado o presente Auto de Infração para cobrança do imposto e demais encargos considerados devidos.



Vejamos o que disciplinam os dispositivos legais apontados como infringido e penalidade aplicada, art. 17, VII, §1º e art. 18, III da Lei 688/96; art. 2º; VII, §4º e art. 15, III do RICMS/RO e art. 458, II do Anexo X do RICMS/RO e sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso IV, alínea "a", item 4 da Lei 688/96, como segue:

#### **RICMS/RO**

**Art. 17. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:**

[...]

**VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição, e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;**

**§ 1º. Na hipótese do inciso VII do *caput*, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento destes instrumentos ao usuário.**

**Art. 18. A base de cálculo do imposto é:**

[...]

**III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, prevista nos incisos V, VI e VII do artigo 17, o preço do serviço;**

**Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15**

**Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:**

[...]

**IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:**

**Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15**

**a). multa de 90% (noventa por cento):**

[,,,]

**4. do valor do imposto apurado a menor em documento fiscal que contenha erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração do imposto; e**

Ação fiscal realizada sob o comando da DFE n.º 20192500100124, expedida em 17/12/2019, tendo como escopo auditoria na conta gráfica para verificação dos arquivos do Convênio 115/03. Segundo o Fisco autuante foi constatado que existem notas fiscais em que foram indicados valores isentos na prestação de serviços pré-pago de telefonia móvel, diminuindo a base de cálculo do ICMS; Após intimação/notificação do Fisco, por 4(quatro vezes), o sujeito passivo alega que os valores excluídos da base de cálculo se referem a Serviços de Valor Adicionado-SVA(aplicativos, jogos, músicas, e outros), que não




comportam a incidência de ICMS. Justifica o contribuinte que na primeira aquisição e habilitação do cartão pré-pago pelo cliente, a TBRA emite NFST com destaque do ICMS sobre o total dos créditos adquiridos e recolhe o imposto sobre o valor integral do cartão pré-pago, como se todos os créditos fossem ser utilizados em serviços de comunicação. Nas aquisições dos demais créditos de cartão pré-pago pelo mesmo cliente, A TBRA emite NFST sem incidência do imposto estadual sobre o valor dos créditos que foram utilizados pelo cliente para consumo de SVA na compra anterior. Afirma que o recolhimento antecipado do imposto estadual fora feito de forma indevida.

Contrapondo-se às alegações do sujeito passivo, afirma o Fisco autuante que não constam das notas fiscais descrição referente a serviços de valor adicionado – SVA, indica apenas o valor da recarga. Ao ser indagado sobre esses serviços o sujeito passivo se limitou apenas a apresentar planilha contendo a descrição do numero do telefone, o valor dos serviços, data do consumo, numero e data de emissão da Nota fiscal, informações consideradas pelo Fisco como insuficientes para computar esses valores na apuração do crédito tributário

A metodologia adotada pelo fisco na apuração do crédito tributário foi simples e direta, ou seja, procedeu ao levantamento de todos os serviços prestados, item a item, aplicando alíquota de 35% sobre o total de cada item e deduziu o valor do ICMS destacado nas notas fiscais, tendo como resultado o valor de ICMS que deixou de ser recolhido.

A ação fiscal tem como fundamento a prestação de serviços de comunicação, na modalidade pré-pago, cujo fato gerador ocorre exatamente no momento da prestação dos serviços de comunicação, ou seja, na disponibilização dos créditos aos clientes da operadora. Para apuração do crédito tributário o Fisco tomou por base o valor integral da recarga(preço do serviço), conforme preceitua o Art. 18, inciso III, da Lei 688/96, acima citados. Esta mesma norma esta contida no Art. 12, inciso VII, § 1.º da Lei 87/96.





Em reforço à tese ora defendida, vejamos o que disciplina a legislação Tributária Estadual a cerca da incidência do ICMS sobre serviços de comunicação, previsto no Art. 1.º, inc. III, do RICMS, aprovado pelo Decreto 8321/98, verbis:


**Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre (Lei 688/96, art. 2º):**

**III – prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;**

Portanto a interpretação literal dos dispositivos legais acima citados, apontados como infringidos, art. 17, VII, §1º e art. 18, III da Lei 688/96, confirma o acerto da ação fiscal, ou seja, o momento do fato gerador ocorre no exato momento da disponibilização do serviço ao usuário, através do meio necessário para acesso ao serviço, como ficha, cartão ou assemelhados, após o efetivo pagamento.

Muito embora insista o contribuinte que parte dos serviços incluídos na modalidade pré-pago não está sujeita à incidência do ICMS, os denominados Serviços de Valor Adicionado - SVA, que não seriam próprios de comunicação, entende-se como de difícil identificação e mensuração pelo Fisco a parcela correspondente a esses serviços. Mesmo porque esses valores não estão especificados nas notas fiscais. Ainda assim, para melhor exame da questão e oportunizando ao contribuinte o direito à ampla defesa, o fisco notificou o contribuinte para que apresentasse prova documental da existência desses serviços e sua quantificação, no entanto acusa o fisco que o contribuinte apresentou planilhas inconclusas, cujas informações não permitem considerar tais valores para efeito de apuração do crédito tributário

Objetivamente, o que se deduz dos autos é que o levantamento fiscal constatou que em parte das notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo consta destaque do ICMS e em parte, não, pois segundo o contribuinte, o sistema já





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

**SUJEITO PASSIVO: TELEFONICA BRASIL S/A**  
**PAT Nº: 20202700100024**

### **TERMO DE ENCERRAMENTO DE VOLUME**

Na presente data, procedemos o encerramento deste volume II, que contém 200 folhas, sendo está a 400, abrindo-se o volume seguinte, III, que se inicia com a folha 401.

Porto Velho/RO, 20 de julho de 2021.

*Carlos E. da C. Souza*  
**CARLOS EDUARDO DA CRUZ SOUZA**  
TATE/SEFIN



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

**SUJEITO PASSIVO:** TELEFONICA BRASIL S/A.  
**PAT Nº:** 20202700100024

**TERMO DE ABERTURA DE VOLUME**

Na presente data, procedemos com a abertura deste volume que se inicia com a folha 401.

Porto Velho/RO, 20 de julho de 2021.

*Carlos E. da C. Souza*  
**CARLOS EDUARDO DA CRUZ SOUZA**  
TATE/SEFIN

emite a Nota fiscal seguinte para o mesmo usuário, com abatimento do imposto cobrado indevidamente sobre a parcela de serviços de valor adicionado cobrado em fase anterior.

Diante complexidade gerada a partir da composição dos serviços fornecidos pela operadora e utilizados pelos usuários, considerando a possibilidade de cobrança indevida do tributo, no modo operacional da empresa, há que ser dada razão ao julgador singular ao concluir que se de fato ocorreu pagamento antecipado de serviços que não são tributáveis pelo ICMS, a cobrança é realmente indevida. Esta dúvida prevalece porque os serviços indicados nas notas fiscais como sendo isentos e não tributáveis não traz a certeza que se refiram a Serviços de Valor Adicionado-SVA. Ocorre que o sujeito passivo não traz provas dessas alegações de modo que possa ser revisto o lançamento nesta fase processual. Restando, ainda por sugestão do julgador singular, na hipótese de o contribuinte vir a comprovar que houve pagamento indevido de ICMS nessas operações, requerer a restituição dos créditos, conforme previsão legal para tal fim, contida no Art. 47 da lei 688/96, como segue:

**LEI 688/96**


**Art. 47. O contribuinte ou responsável tem direito à restituição, total ou parcial, da quantia indevidamente paga a título de imposto, nos seguintes casos:**

**I - cobrança ou pagamento espontâneo indevido ou maior que o devido a título de imposto, em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;**

**Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15**

**II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento efetuado;**

No entanto, na forma em que se apresentam os fatos na presente autuação, com suporte na legislação específica, não se vislumbra elementos suficientes para neutralizar a presente ação fiscal, posto que estão presentes os requisitos essenciais para a prevalência da ação fiscal: existência do fato gerador(motivação), e aplicação adequada da legislação à descrição da infração e penalidade aplicada. .





Deixa se apreciar a arguição do contribuinte de multa confiscatória, considerando que a ação fiscal atende aos requisitos do Art. 100 da Lei 688/96, bem como os dispositivos apontados como infringido e penalidade aplicada estão adequados aos fatos narrados na infração e tem previsão na legislação Tributária Estadual. Além do que se trata de matéria de constitucionalidade, cuja apreciação por parte deste Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE tem vedação expressa no Art. 90, da lei 688/96, como segue:

**Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:**

**Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15**

**I - em ação direta de inconstitucionalidade; e**

**II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.**

Resta concluir que a presente ação fiscal transcorreu dentro dos preceitos legais atinentes ao PAT, sendo assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e ampla defesa, não tendo o mesmo trazidos aos autos argumentos ou provas suficientes para ilidir o feito fiscal.

02. 6 – Face ao exposto e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso voluntário, para negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de 1.<sup>a</sup> Instância, que julgou procedente a ação fiscal.

Porto Velho, 12 de julho de 2021.

  
ANTONIO ROCHA GUEDES  
JULGADOR/RELATOR

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

**PROCESSO** : Nº 20202700100024  
**RECURSO** : VOLUNTÁRIO Nº 602/20  
**RECORRENTE** : TELEFONICA BRASIL S/A  
**RECORRIDA** : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RELATOR** : JULGADOR – ANTONIO ROCHA GUEDES

**RELATÓRIO** : Nº 089/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**ACÓRDÃO Nº. 186/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN**

**EMENTA** : ICMS – TELECOMUNICAÇÃO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ONEROSOS DE COMUNICAÇÃO — ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – RECOLHIMENTO DE ICMS A MENOR – OCORRÊNCIA. Autuação firmada na acusação de que o sujeito passivo deixou de recolher parte de ICMS sobre operações de prestação de serviços de comunicação, na modalidade pré-pago. O contribuinte não comprovou que o imposto não recolhido se refere a Serviços de Valor Adicionado – SVA, não sujeitos à incidência de ICMS. Manutenção da Decisão singular que julgou PROCEDENTE a ação fiscal. Recurso Voluntário Desprovido. 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 voluntário interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator, constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão Participaram do Julgamento os Julgadores: Antônio Rocha Guedes, Roberto Valladão Almeida de Carvalho, Daniel Glaucio Gomes de Oliveira e Leonardo Martins Gorayeb.

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL**

**RS 8.895.478,63**

**\*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

TATE, Sala de Sessões, 12 de julho de 2021.

  
**Anderson Aparecido Arnaut**  
Presidente

  
**Antônio Rocha Guedes**  
Julgador Relator