



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

PROCESSO : 20202700100025
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 605/2020
RECORRENTE : TELEFONICA BRASIL S.A
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE
JULGADOR : NIVALDO JOÃO FURINI
RELATÓRIO : Nº 075/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02-VOTO DO RELATOR

O presente PAT lavrado em 30/01/2020 ocorreu por que o sujeito passivo deixou de recolher ICMS em razão de erro de base de cálculo nas operações de prestação de serviços de comunicação, decorrente de cartão na modalidade pré-paga de telefonia móvel. Constatado pela fiscalização que o sujeito passivo apurava base de cálculo menor do que o valor das vendas de disponibilidade dos serviços pré-pagos ao indicar valores isentos na operação quando emitia as notas fiscais de serviço de telecomunicação, modelo 22, diminuindo a base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, o imposto apurado”. Nestas circunstâncias foi indicado como dispositivos infringidos os artigos 17, VII, § 1º; 18, III da Lei 688/96, Art. 2º, VII, § 4º e 15, III, ambos, do RICMS/RO (Dec. 8321/98) e Art. 458, II do Anexo X, do RICMS/RO e para a penalidade o artigo 77, inciso IV, alínea “a-4”, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação pessoalmente em 30/01/2020, mediante procuração de fls. 09 a 19 do PAT. Apresentou defesa tempestiva em 21/02/2020 (fls. 30 a 56).



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Posteriormente, a lide foi julgada **procedente** em primeira instância, conforme decisão exarada as fls. 161 a 168 dos autos. A decisão monocrática foi notificada ao sujeito passivo por via postal em 23/09/2020 (fl. 169).

Inconformado o sujeito passivo interpõe recurso voluntário em 23/10/2020 (fls. 171 a 201), argumentando que: houve erro de capitulação da infração e erro de cálculo da multa aplicada; a penalidade alcançou 102% do imposto lançado; as contradições e equívocos lhe cercearam o direito de defesa diante da incerteza acerca do correto enquadramento da infração e da penalidade; a autuação não observou regra disposta no Art. 142 do CTN; a recorrente não encontrou dispositivo legal que amparasse o fato de a multa correspondente a montante superior ao previsto em lei; o direito de defesa foi preterido, na medida em que não indicou os dispositivos legais que justificaram o abusivo cálculo da multa; restado demonstrado que o auto de infração incorreu em erro na capitulação legal e da penalidade; a impossibilidade de cobrança do ICMS com base em mera presunção do fato gerador; a exigência do ICMS sobre valor integral dos créditos dos cartões pré-pagos, no momento de sua habilitação/ativação, nesse momento é impossível mensurar se, quando e quanto dos créditos serão utilizados para consumo de serviço de telefonia; ao contrário do r. decisório, a presunção indevida de que o consumidor utilizará a integralidade dos créditos adquiridos para aquisição dos serviços de telefonia; parte desses valores é utilizada pelos clientes na aquisição de SVA; o momento do fato gerador antecipado do tributo é definido na Constituição Federal (art. 150, § 7º da CF); quando este é presumível, somente pode ser exigível quando houver certeza de sua realização futura; a Resolução da Anatel nº 477/2007, as empresas de telefonia móvel podem oferecer cartões pré-pagos para compra de serviços de telefonia ou mesmo de SVA; a própria regulamentação do setor diz que o cliente pode adquirir com créditos de cartões pré-pagos, outros serviços, além dos serviços de telefonia, com



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

créditos de cartões; não pode a legislação tributária supor a ocorrência do fato gerador do ICMS (presunção absoluta que não comporta prova em contrário), por violação ao Art., 155, II, da CF e 2º, III da LC 87/96; não pode a lei tributária contrariar dispositivo regulatórios autorizativos da ANATEL; o valor do ICMS devido deve ser aquele apurado no final do mês, apenas dos serviços de telecomunicações; na telefonia celular pós-paga o ICMS é apurado e recolhido após a efetiva prestação, não se incluindo na BC de ICMS serviços suplementares/acessórios; a fiscalização preferiu autuar sob mera presunção de ocorrência do fato gerador sem comprovação do fato constitutivo, em afronta ao Art. 113, § 1º e 142 do CTN); a legislação estadual deve ser interpretada em conformidade com as regras de incidência do ICMS, sob pena de ser ilegal; a regra antiga (Art. 458, II, do Anexo X, do RICMS/RO), os crédito pré-pagos eram consumidos apenas com serviços de telecomunicação; o Fisco para penalizar o contribuinte deve se basear na realidade dos fatos para verificar a regularidade ou não da sua conduta; o ônus da prova cabe a quem alega; a presente exigência decorre de uma técnica de antecipação tributária, a legislação não pode ser interpretada de forma que viole a Constituição Federal; o Fisco está exigindo ICMS apenas sobre Serviço de Valor Adicionado (SVA) que não estão sujeitos à incidência do tributo estadual; a recorrente também presta aos seus clientes SVA, na forma da regulamentação 'SPM' serviço pessoal móvel (Resolução da Anatel 477/2007); os SVA consistem em atividade que se utilizam dos serviços de comunicação como suporte para aplicativos, jogos, toques e, outros serviços, em aproveitamento do avanço da tecnologia; de acordo com o Art. 61 da LGT nº 9472/97 os SVA não constituem serviços de telecomunicações; não sendo serviços de telecomunicações, os SVA não estão sujeitos ao ICMS (Art. 114 do CTN); o ICMS não pode ser exigido sobre outros serviços que não o de telecomunicação, ante ausência de previsão legal; o Art. 458, II do Anexo X do RICMS/RO, apenas antecipa o momento do recolhimento do ICMS para a



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

disponibilização dos créditos, sem com isso pretender operações não sujeitas ao ICMS; os SVA não consistem em comunicação e o ICMS incide apenas sobre serviços de comunicação; de acordo com a Súmula 334 do STJ, o ICMS não incide sobre SVA; os SVA são serviços suplementares/acessórios, não configurando serviço de telecomunicação; demonstra a metodologia adotada pela recorrente, diz que: tributa o ICMS integral na 1ª recarga e na posterior recarga apura o SVA e SCM utilizado da recarga anterior e deduz da base de cálculo do ICMS e consequentemente tributando valor menor ou não tributando a 2ª recarga. Aduz que esse procedimento não encontra disposto em lei, no entanto, não há proibição legal para tal procedimento; há proposta junto ao CONFAZ de alteração na regulação do setor para procedimentos segregando o SCM de SVA para fins tributário; ressalta a abusividade da multa aplicada em patamar superior a 90% indicado na própria autuação, sem indicação de dispositivo legal que a ampara; que a correção monetária, pela UPF/RO e, os juros aplicados na autuação sejam reformados para o patamar de correção e juros dos tributos federais em que se aplicam a taxa SELIC, conforme entendimento pacificado nos Tribunais superiores e na forma do Art. 24-I, da Constituição Federal. Requer a nulidade pelas preliminares e no mérito pelo cancelamento e arquivamento do feito fiscal. É o relato necessário.

02.1-Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária ocorre em razão do sujeito passivo promover prestação de serviços de telecomunicações de disponibilidades dos serviços aos usuários através de cartões pré-pagos. Constatou-se que, o sujeito passivo apurava valor inferior de base de cálculo do ICMS quando da comercialização e emissão das notas fiscais eletrônicas de cartões pré-pagos.



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

De acordo com a legislação tributária estadual que rege as atividades de prestadoras de serviços de telecomunicações, o ICMS sobre as operações de comercialização/disponibilização dos serviços através de cartão pré-pago, é devido no momento da ativação do serviço, independentemente da ocorrência da prestação 'a posteriori'. É sim, uma antecipação legal descrita na norma que o sujeito passivo deve obediência.

A alegação de que os procedimentos adotados considerando a prestação de serviços suplementares/acessórios utilizando a tecnologia e, utilizando os créditos dos clientes para realização desses serviços que a contribuinte recorrente diz ser prestação de serviço de valor adicionado – SVA, não é suficiente para afastar a tributação que o Fisco constatou não foi observada pela recorrente. A recorrente afirma na recursal que a 1ª recarga emite nota fiscal e tributa integralmente e na recarga sequente apura se foi utilizado o serviço de comunicação ou os SVA e, realiza tributação reduzida da nova recarga e, até mesmo deixa de emitir nota fiscal de venda/disponibilização do novo cartão de disponibilização. Esse é um procedimento gerencial do sujeito passivo e que não tem respaldo em norma tributária estadual. Assim, esses argumentos devem ser afastados.

O Fisco estadual ao realizar o levantamento fiscal através da DFE 20192500100124, o fez com respaldo na legislação de regência e utilizando das informações no banco de dados da SEFIN alimentados pelas declarações obrigatórias do próprio sujeito passivo.

Acerca do fornecimento de cartão a legislação dispõe que o fato gerador ocorre quando ativado ao usuário do serviço, vejamos os dispositivos legais que amparam a



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

exigência fiscal (Art. 17, VII e 18, III da Lei 688/96; Art. 2º, VIII, § 4º do RICMS/RO – Dec. 22721/18):

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. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

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; (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

RICMS/RO (Dec. 22721/18)

Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto no momento: (Lei 688/96, art. 17)

(---)

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;

(---)

§ 4º. Na hipótese do inciso VII do caput, quando o serviço for prestado mediante pagamento em cartão ou assemelhado, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.

O Anexo X, do RICMS/RO (Dec. 22721/18), trata do fornecimento de serviço de comunicação através de créditos ativados diretamente ao usuário, detalhando o



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

procedimento de ativação e emissão de documento fiscal obrigatório pela companhia prestadora do serviço:

Anexo X do RICMS/RO (Dec. 22721/18)

Art. 458. Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet - VoIP, disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, o imposto será devido ao Estado de Rondônia, na hipótese de disponibilização:

(---)

II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, caso o terminal esteja habilitado neste Estado.

(---)

§ 2º. Para os fins do disposto no inciso II, no momento da disponibilização dos créditos deverá ser enviado ao usuário o link de acesso à Nota Fiscal de Serviço, mod. 21/22, que deverá ser emitida pelo valor total carregado. (AC pelo Dec. 23446, de 19.12.18 – efeitos a partir de 20.12.18)

Ao tratar de disponibilidades de crédito ao usuário a legislação transcritas acima na forma do que estabelecido no Art. 12, VII, § 1º, da Lei Complementar 87/96, ou seja, a ativação do crédito equivale ao cartão pré-pago.

Veja que a tributação, ocorrência do fato gerador, procedimentos de apuração e recolhimento do imposto não depende da vontade de sujeitos, mas definidos em legislação é o que se vislumbra dos dispositivos acima transcritos.

O Fisco apurou e demonstrou que o sujeito passivo, de fato, realizou operações de venda de cartão pré-pago/ativação de crédito declarando serem isentos, o procedimento contraria o que descrito na legislação. Não restou provado a alegação da recorrente de que diversos serviços se trata de Serviços de Valor Adicionados, isento ou não tributados pelo imposto estadual, o procedimento adotado pelo sujeito passivo não encontra amparo na legislação, ou seja, prestar serviço tributado declarando ser isento.



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Com essas considerações compreendo que a acusação fiscal cumpriu os requisitos formais, em tudo coadunando com as provas dos autos e a tipificação penal do Art. 77, IV, “a-4” da Lei 688/96, corretamente aplicada ao caso em questão.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei n° 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei n° 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;

Dessa forma, considero que o auto de infração deve ser declarado procedente, concordando com os fundamentos da decisão de primeira instância.

De todo exposto e por tudo que dos autos consta conheço do recurso voluntário interposto para ao final negar-lhe provimento no sentido de manter a decisão singular que julgou procedente o auto de infração.

É como VOTO.

Porto Velho, 23 de setembro de 2021.

NIVALDO JOÃO FURINI
AFTE Cad. 300060840
RELATOR/JULGADOR

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

PROCESSO : Nº. 20202700100025
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 605/2020
RECORRENTE : TELEFONICA BRASIL S.A
RECORRIDA : 2ª INSTANCIA TATE/SEFIN
RELATOR : JULGADOR – NIVALDO JOÃO FURINI

RELATÓRIO : N.º 075/21/2ª CAMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 293/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

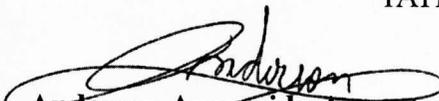
EMENTA : ICMS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÕES ONEROSAS – CARTÃO PRÉ-PAGO – PRESTAÇÃO TRIBUTADA COMO ISENTA - OCORRÊNCIA – Constitui infração à Legislação Tributária Estadual não recolher integralmente o ICMS da prestação de serviço de comunicação onerosa que recai sobre as operações relacionadas a venda de cartão pré-pago do exercício de 2017. De acordo com o Art. 12, VII, § 1º da LC 87/96, o fato gerador do imposto ocorre no momento do fornecimento do crédito ao usuário. Não há legislação que autorize a isenção trazida na NFST como praticada pelo sujeito passivo. Mantida a decisão “a quo” que julgou procedente o auto de infração. Recurso Voluntário desprovido. Decisão Unânime.

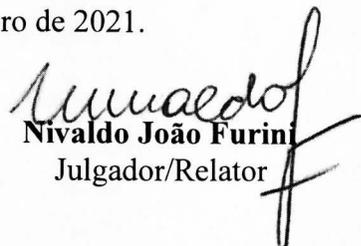
Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso voluntário interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, nos termos do Voto do Julgador Relator, constantes dos autos, que fazem parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Nivaldo João Furini, Marcia Regina Pereira Sapia, Manoel Ribeiro de Matos Junior e Carlos Napoleão.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL PROCEDENTE
FATO GERADOR EM 30/01/2020 - R\$ 8.003.263,87

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

TATE, Sala de Sessões, 23 de setembro de 2021.


Anderson Aparecido Arnaut
Presidente


Nivaldo João Furini
Julgador/Relator