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

SUJEITO PASSIVO: *OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL*
ENDEREÇO: *Rua Marechal Junot , 28 - Parque 10 - Manaus/AM - Edificio Naoples apt202 CEP: 69055-747*
PAT Nº: *20212700100104*
DATA DA AUTUAÇÃO: *30/03/2021*
CAD/CNPJ: *76.535.764/0323-47*
CAD/ICMS: *00000000963011*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/202/TATE/SEFIN

1. Acobertar com documento fiscal operação tributada como isenta. 2. Decadência parcial – Ocorrência. 3. Com defesa. 4. Infração parcialmente ilidida. 4. Auto de infração parcialmente procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo acima qualificado foi autuado pois prestou serviços onerosos de comunicação para órgãos da Administração Pública Direta, suas fundações e autarquias, emitindo notas fiscais sem destaque e sem a dedução do ICMS, conforme determina legislação. O contribuinte lançou os valores do ICMS no campo de isentos, porém, não preencheu as condições e os requisitos dispostos na Nota 1, itens I e II do item 77 do no Anexo I, Tabela I do RICMS/RO à época dos fatos geradores.

Por ser uma Isenção Condicionada, o contribuinte não tem direito à utilização do benefício, devido ao não preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação, portanto, o sujeito passivo deixou de pagar o imposto, infringindo a legislação tributária.

Para a capitulação legal da infração foi indicado o art. 1º-III e Anexo I, Tabela I, item 77, Nota 1, itens I e II do RICMS/RO e Cláusula Primeira, §1º, itens I e II do Conv. ICMS 26/03, e para a multa o art. 77-VII-e-4 da Lei 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

TRIBUTO ICMS	R$ 6.313.646,34
MULTA	R$ 9.507.110,78
JUROS	R$ 5.264.095,90
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R$ 3.193.464,44
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 24.278.317,46

O sujeito passivo foi notificado pessoalmente da autuação em 01.04.2021, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

2 – ARGUIÇÕES DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em sua defesa o sujeito passivo inicialmente afirma que a cobrança do ICMS, bem como da multa, pelo fato de a ora impugnante supostamente não ter aplicado a isenção do ICMS prevista no Item 77 doRICMS/RO nas notas fiscais emitidas em face dos órgãos públicos estaduais, não teria qualquer respaldo probatório por desconsiderar completamente o próprio racional do ICMS, violando frontalmente o disposto nalegislação vigente, por isso deveria ser prontamente cancelado.

Que 1) um dos motivos seria o fato de que o **débito cobrado estaria decaído no período de março de 2016, nos termos do art. 150-§4º do CTN**, visto que passados mais de 5 anos entre a ocorrência dos fatos geradores e a ciência (30.03.2021) da Impugnante acerca da lavratura do auto de infração, conforme recurso repetitivo REsp nº 973.733, composicionamento no sentido de que este é oprazo aplicável quando **(i)** alei prevê o pagamento antecipado do tributo, ou seja, é aplicávelaos tributos sujeitos ao lançamento porhomologação, e (ii) quando ocorre o pagamento, ainda que a menor.

Que o auto de infração seria inteiramente nulo, na medida em que não restou evidenciado, pelos fiscaisautuantes, a não aplicação da isenção por parte da empresa, contrariando o que dispõe o art. 142 do CTN, que trata dos requisitos de validade do auto de infração como ato administrativo vinculado, que teria se baseado meras presunções, vez que a ausência de destaque do ICMS em nota fiscal (ou seja, a indicação do ICMS com alíquota 0%) não fosse suficiente para demonstrar que o desconto do tributo foi, de fato, concedido (o que se admite apenas para argumentar), caberia então ao Fisco demonstrar a razão de tais notas fiscais emitidas sem destaque do imposto não servirem – o que, por óbvio, não foi feito.

Que, pelo contrário, o fisco estadual em seu relato fiscal afirma que para se demonstrar que o descontodo ICMS não foi repassado aos órgãos da administração pública, os preços que deverão ser comparados são os valores constantes nas notas fiscais e os valores licitados, limitando-se a dizer que “o preço homologado e licitado foi inferior aos praticados pelo mercado, devido à quantidade contratada”, mas que tal afirmação em nada comprova que os montantes de ICMS foram repassados aos órgãos da administração pública, mas contrariamente,a fiscalização estadual ao dispor, genericamente, que os preços licitados foram diferentes dos preços praticados pelo mercado, apenas reforça que os valores praticados pela ora Impugnante podem variar em função de fatores externos (como, por exemplo, quantidade contratada, descontos concedidos, etc) sem que isso configure qualquer indicativo acerca do ICMS.

Que, além disso, as ilações sem qualquer lastro probatório, o fiscal autuante colacionou

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

em seu relatofiscal alguns exemplos de notas fiscais nas quais o campo“descontos” não havia sido preenchido. Nessesentido, o fiscal afirma que o preenchimento do campo “descontos” com “zeros” seria suficiente paraindicar que os órgãos públicos pagaram o preço “cheio”, ou seja, o valor do serviço de comunicação com ainclusão do ICMS, o que seria, em sua visão, uma alegação que beira ao absurdo, pois tal ausência depreenchimento do campo “desconto” teria o condão de apenas indicar a ocorrência do mero descumprimentode uma obrigação acessória, e nada mais.

Que, fora isso, o fiscal autuante, em seus exemplos apresentados, deliberadamente ocultou informação relevantíssima para sua análise, qual seja,o fato do campo “ICMS” na nota fiscal também estar“zerado”, pois se o disposto na nota fiscal é tão significativo para fins de comprovação acerca do repasse domontante do imposto ao cliente final, por qualmotivo o fiscal autuante levou em consideração apenas o campo “descontos”, mas nada disse acerca do campo “ICMS”? Por óbvio, não há como se validar uma alegaçãofundada em uma análise parcial das informações constantes no documento fiscal, o que culminaria na nulidade do auto de infração, vez que, supostamente, estaria fundada em mera ilação, violando o princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 5º-LV da CF/88)

Que 2) **não teria havido descumprimento dos requisitos contidos no Item 77 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO**, haja vista que a empresa efetivamente teriaconcedido o desconto aos órgãos públicosestaduais,pois, afinal, se não houve destaque do ICMS, está mais do que claro que o valor final cobrado dos consumidores pela prestação dos serviços foi reduzido, pois o imposto, que é calculado “por dentro”, deixoude ser repassado pela empresa ao consumidores finais, nos termos do art. 13-§1º-I da Lei Complementar nº 87/96.

Que o “desconto” a que se refere a legislação não pode ser entendido de outra forma que não seja a ausência de destaque do ICMS na notafiscal, pois isso significa que o imposto deixou de ser repassado ao usuário final, e que, sendo a isenção do item 77 do Anexo I da Tabela I do RICMS-RO destinada aos órgãos da Administração Pública, e que sendo o ICMS um tributo de caráter indireto, que grava especificamente oconsumo, seria absolutamente indiferente para o prestador de serviços se o objeto do negócio jurídico firmado com o Poder Público será ou não onerado pelo imposto estadual, pouco importando para a empresa se o valor do imposto incidente na prestação de serviços destinada ao Estado de Rondônia será de 1 real ou de mil reais, haja vista que o ICMS será sempre repassado ao consumidor final.

Que para corroborar o entendimento acima trouxe que o Plenário do STF, em março/2017, proferiudecisão definitiva sobre a matéria versada nos autos do RE 574.706-RG/PR, tendo fixado a seguinte tese: *“OICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins”,* reconhecendo o STF que o ICMS pago pelo consumidor não compõe o faturamento do contribuinte de direito, já que este apenas repassa o valordo tributoaos Estados, trata-se de um mero “agente repassador” (fundamento do julgamento pelo STF em 18.12.19 do RHC 163.334/SC), configurando verdadeira receita de terceiros, de modo que não deve serincluída na base de cálculo do PIS/COFINS.

Que se a empresa é mera agente repassadora do ICMS, como se poderá exigir dela o pagamento doimposto sobre operações que são efetivamenteisentas, nas quais o contratante (Poder Público) não lhe repassou o valor do imposto no preço que foi pago (o que fica incontroverso pela inexistência de destaque doICMS em nota fiscal)?

Que a situação acima seria absurda, pois o benefício foi concedido ao tomador do serviço

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

(Poder Público), **que dele se valeu no momento em que a empresa deixou de destacar o ICMS nas notas fiscais de prestação de serviços de comunicação**, de modo que, sem o destaque, não restam dúvidas quanto ao não repasse do ônus do imposto ao consumidor final.

Que o que se estaria pretendendo, é que a Impugnante literalmente "financie" o benefício que foi concedido à Administração Pública, porém, se de fato, tais operações são isentas, que ICMS é esse que está sendo exigido no auto de infração?

Que na prática, ter-se-ia uma verdadeira sustação dos efeitos da isenção do ICMS prevista na legislação às custas da Impugnante, pois, tendo emitido as notas fiscais contra a Administração Pública sem destaque do ICMS, não há mais como recuperar o ônus fiscal, e como exemplo disso citou as notas fiscais autuadas sem o destaque do ICMS nº 95.490, 97.460, 95.835, bem como trouxe AI 669.544/RS, Rel. Min.JOAQUIM BARBOSA, julgado pelo STF, em 15.02.11, Segunda Turma, para corroborar seu entendimento, que trata restituição de imposto recolhido indevidamente na operação anterior pelo vendedor, em que a autoridade fiscal não comprovou ter o adquirente autorizado o vendedor a repetir o indébito tributário.

Que 3) não se pode falar em exigência de ICMS da Impugnante, **visto que os serviços foram prestados para clientes isentos**, os quais não deixaram de sê-lo por conta de alguma condição que não foicumprida pela empresa (o benefício é de terceiro), e não da Impugnante, de modo que não faz sentido algum a exigência aqui combatida.

Que, no intuito de **reforçar que a empresa tratou as operações ora autuadas como operaçõesisentas** (para além da demonstração da ausência de destaque do ICMS nas notas fiscais), apresentou osrelatórios concernentes aoConvênio ICMS nº 128/10 emitidos no período autuado, demonstrando a fórmula matemática para calcular o ICMS que deverá ser recolhido aos cofres públicos, nos termos do Convênio ICMS nº 128/10, sendo que deverão ser elencadas, no numerador da fração algébrica, o total de saídas isentas, no qual estão incluídas, por óbvio, o valor total dos serviços de comunicação prestados para clientes isentos noâmbito de determinado Estado.

Que, desta forma, seguindo estritamente o disposto no referido convênio,a OI S.A, como não poderia deixar de ser, ao realizar o cálculo do Convênio nº 128/10 para o ano de 2016, no âmbito do Estado deRondônia, incluiu asprestações de serviço de comunicação destinadas aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias no numerador da referida fração algébrica, sob a rubrica "totalsaídas isentas".

Que, portanto, internamente, a OI S.A sempre tratou todas as operações ora autuadas como operaçõesisentas, e, como reflexo desse tratamento, a OI S/A retirou **o ICMS do preço cobrado sobre os serviços de comunicação prestados aos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.**

E que, assim, observando os Registros Fiscais da Apuração do ICMS –Operações próprias, os Relatórios do Convênio ICMS nº 128/10 e os comprovantes de pagamento do ICMS (doc. nº 05), ao longo de todo o período autuado, é possível concluir que a OI S.A **efetivamente considerou as operações ora autuadas como operações isentas de ICMS**, **dando-lhes o respectivo tratamento em sua escrita fiscal**, ao contrário do alegado, sem qualquer lastro probatório, pelo fiscal autuante, **não restando dúvidas acercada ausênciade repasse do ICMS aos órgãos da administração pública e, por conseguinte, ausência de qualquer prejuízo ao erário**, e para que o ponto aqui suscitado seja analisado com a devida acurácia, **postula-se, desde já, pela baixa dos autos em diligência**.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

Que 4) **exigir da empresa o pagamento do ICMS sobre os serviços prestados para clientes isentos violaria o princípio da não-cumulatividade**, na medida em que não se trataria do instituo da isenção condicionada do art. 178 do CTN, mas sim de benefício outorgado de forma incondicionada aos órgãos da Administração Pública estadual, que, independentemente do que venha ocorrer, não pagarão o ICMS sobre os serviços tomados, e **não ocorrendo, assim, o fato gerador**, **seria ilegal exigir da empresa o pagamento do imposto**, nos termos da doutrina de José Eduardo Soares de Melo, Roque Antônio Carrazza e Paulo Barros Carvalho.

Que assim deveria ser por força do princípio da não-cumulatividade, art.155-§2º-I da CF/88 e arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, o qual tem como objetivo justamente concentrar o ônus fiscal na figura doconsumidor final,desonerando por completo o contribuinte de direito do imposto (no caso, a Impugnante), ou seja, funda-se na transferência integral do ônus fiscal pelo contribuinte direito, sob pena de os preços das mercadorias e serviços serem nocivamente majorados pelo vendedor/prestador como forma de se ressarcirem desse custo.

Que, neste caso, a permanecer a exigência fiscal, estar-se-ia diante de nítida violação do princípio danão cumulatividade, uma vez que a empresa, por já ter prestado o serviço e emitido a nota fiscal para clientesisentos, não terá como se ressarcir do ICMS que está sendo indevidamente cobrado no auto de infração emquestão, chegando-se ao absurdo da empresa ter de assumir o ônus fiscal de terceiro que foi agraciado por isenção, pois o benefício fiscal não é da empresa, mas sim da Administração Pública, impondo-se o cancelamento integral do auto de infração.

Que 5) **eventual descumprimento de requisito formal (o que se admite a título argumentativo) porparte da empresa poderia ensejar, no máximo, a aplicação de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória**, mas nunca a exigência da empresa do pagamento de ICMS sobre serviçosexecutados a consumidor isento.

Que ainda que se entenda que a Impugnante tenha deixado de indicar o valor do ICMS isentado nocampo "*informações complementares*" das notasfiscais emitidas em face da Administração Pública (conforme inciso II do Item 77 doRICMS/RO), **a norma que concedeu a isenção aos órgãos da AdministraçãoPública foi plenamente atendida, na medida em que não houve o destaque do ICMS em nota fiscal.**

Que, entende, não haveria como se manter o auto de infração em questão, ainda que, eventualmente, se verifique a ocorrência de algum descumprimento de obrigação acessória, haja vista que não se trata de cobrança de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória, mas de ICMS e multa de ofício de 100%, o que demonstra que deve ser prontamente cancelado, pois a inobservância da obrigação acessória gera apenas a imposição de penalidade pecuniária, e (a qual, por óbvio, passará a se converter em obrigaçãoprincipal), mas não o adimplemento de eventual obrigação principal a que esteja relacionada, como estáaocorrer *in casu*, art. 113-§3º do CTN, doutrina de Hugo de Brito Machado e Apelação Cível nº 0000750-44.2011.8.26.2019, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Venício Salles, em 22.10.14, não restando dúvidas acerca do cancelamento do auto de infração.

Que, da mesma forma, **descaberia se falar na aplicação de multa de 100% do art. 77-VII-e-4 da Lei 688/96, haja vista que não se estaria aqui diante de operação tributada acobertada por NFST de operação não tributada**, sendo, assim, pelas razões expostas, que a autuação não merece prosperar.

Que não há dúvidas de que estamos aqui diante de operações isentas, por expressa

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

determinação doItem 77, Anexo I, Tabela I, do RICMS/RO, que beneficiou os órgãos da Administração Pública, não tendo outra opção a empresa que não fosse emitir as NFSTs sem o destaque do ICMS, não podendo, assim, o Estado de Rondônia exigir o pagamento de multa de ofício sob a alegação de que a empresa acobertou serviços tributados com notas de serviços não tributados.

Que, nos termos do disposto no art. 116 da Lei nº 688/96, desde já, requerer, com base no referidodispositivo legal e no princípio da ampla defesa, que seja realizada diligência fiscal para que os seguintes quesitos sejam respondidos pela fiscalização estadual:

i) A isenção concedida pelo Item 77, Anexo I do RICMS/RO (atual Item 49) é destinada aos órgãosda Administração Publica Estadual e sua Fundações e Autarquias?

ii) O valor do ICMS indicado nas notas fiscais emitidas pela OI S.A ao longo do exercício de 2016está zerado? Ou seja, houve algum destaque de IMCS nas referidas notas fiscais?

iii) Consta nas notas fiscais a informação de que os tomadores dos serviços (órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias) são clientes isentos?

iv) Observando as planilhas elaboradas pela OI S.A, os RegistrosFiscais da Apuração do ICMS – Operações próprias, os Relatóriosdo Convênio ICMS nº 128/10 e os comprovantes depagamento doICMS (vide doc. nº 05), ao longo de todo o período autuado, é possível concluirque a OI S.A efetivamente considerou as operações ora autuadas como operações isentas de ICMS, dando-lhes o respectivo tratamento em sua escrita fiscal?

Que, por fim, vem indicar como assistente técnico A
com endereço profissional na
e-mail, telefone

E diante do exposto, pede o provimento da presente Impugnação para declarar a improcedência integral do auto de infração em exame, extinguindo-se o crédito tributário nele consubstanciado, protestandopor todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente pela juntada posterior de documentos e pela realização de perícia, nos termos do art. 84 c/c 116 da Lei Estadual nº 688/1996 e, inclusive, pela realização de sustentação oral.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica o sujeito passivo, acima qualificado, foi autuado pois prestou serviços onerosos de comunicação para órgãos da Administração Pública Direta, suas fundações e autarquias, emitindo notas fiscais sem destaque e sem a dedução do ICMS, conforme determina a legislação. O contribuinte lançou os valores do ICMS no campo de isentos, porém, não preencheu as condições e os requisitos dispostos na Nota 1, itens I e II do item 77 do no Anexo I, Tabela I do RICMS/RO à época dos fatos geradores.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

Por ser uma Isenção Condicionada, o contribuinte não tem direito à utilização do benefício, devido ao não preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação, portanto, o sujeito passivo deixou de pagar o imposto, infringindo a legislação tributária.

Regularmente notificado pessoalmente em **01.04.2021**, fls. 02 dos autos, **e não em 30.03.2021**, como se pensou, o sujeito passivo requereu a improcedência do auto de infração sob as alegações declinadas nos Itens de 1 a 5, retro mencionados, requerendo, ainda, pedido de diligência e sustentação oral.

Bem, inicialmente, ao se enfrentar a preliminar de arguição de decadência parcial do crédito tributário (Item 1), suscitada pelo sujeito passivo, em relação ao período de 01.03.2016 a 31.03.2016, constituído no valor de **R$ 635.324,42**, fls. 03 da Planilha de Cálculo do Crédito Tributário, pode-se adiantar que razão lhe assiste.

O deslinde deste ponto especifico da controvérsia reside em saber a **data da notificação**, que no caso ocorreu pessoalmente, como já dito, em **01.04.2021**, fls. 02, fazendo cessar, assim, a contagem da decadência para fins da constituição do crédito tributário, nos termos da Súmula 622 do STJ, *in verbis*:

> *"A notificação do auto de infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário; exaurida a instância administrativa com o decurso do prazo para a impugnação ou com a notificação de seu julgamento definitivo e esgotado o prazo concedido pela Administração para o pagamento voluntário, inicia-se o prazo prescricional para a cobrança judicial."*

Além disso, é necessário também saber a data de inicio da contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos, que, nesse caso, tem razão o sujeito passivo ao afirmar que é da data da ocorrência do fato gerador, pois, de fato, **sendo o ICMS um tributo sujeito a lançamento por homologação**, aquele em que o contribuinte tem o dever de apurar a ocorrência do fato gerador, calcular o valor do imposto, e **realizar o pagamento** (**doc. 03**) sem prévio exame da autoridade fiscal, isto é, sem a emissão do lançamento tributário, o prazo decadencial é atraído pela regra do art. 150-§4º do CTN, *in verbis*, **prazo este que se dá a partir da ocorrência do fato gerador**, sob pena de se considerar homologado e extinto em definitivo o crédito tributário, sem manifestação do Fisco, desde que ausente a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (tese do REsp nº 973.733, em sede de recurso repetitivo no STJ):

> *Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

Neste sentido, incide a Súmula 555 do STJ, *in verbis*, em que o STJ utilizou como critério para aplicar o art. 173-I do CTN (a contar do primeiro dia do exercício seguinte), **a ausência de qualquer pagamento do tributo**, e por outro lado, **quando houver pagamento do tributo**, como no presente caso (**doc. 03**), **ainda que parcial**, **aplica-se a regra decadencial do art. 150-§4º do CTN** (**a partir da ocorrência do fato gerador**), sendo este o entendimento de um dos diversos acórdãos paradigmáticos do STJ, como o AgRg no REsp 1.277.854, que abaixo se confere:

> *"deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN.* ***Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN****" (G.n.)*

Portanto, na hipótese que ora se examina, uma vez que a notificação ocorreu em **01.04.2021, a contagem retroativa de 5 (cinco) anos da decadência se perfez em 01.04.2016**, afastando, por exclusão, o crédito tributário exigido relativo aos fatos geradores ocorridos anteriormente a esta data, o que inclui o mês de **03/2016** considerado, por engano, pela fiscalização, no valor de **R$ 635.324,42**, fls. 03 da Planilha de Cálculo do Crédito Tributário.

Deve-se ressaltar que, em relação ao entendimento do autor do feito manifestado no Relatório de Diligência nº 65/2022, em retorno do presente processo baixado em diligência, de que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para a Fazenda Pública efetuar o lançamento por homologação relativo a março/2016, iniciar-se-ia a partir da entrega da EFD ou GIAM (15.04.2016), ao considerar, por equívoco, 30.03.2021, a data da notificação, tal entendimento restou superado, iniciando-se a contagem com a ocorrência do fato gerador, **considerando-se o período mensal**, conforme jurisprudência consolidada no STJ (Precedentes: AgRg nos EREsp 1.199.262/MG, AgInt no REsp 1.774.844/SP, AgInt no AREsp 794.369/RS, AgInt no AREsp 1.425.553/RS, AgInt no REsp 1.842.061/SP, AREsp 1471958), sendo neste sentido também o ENUNCIADO Nº 002-TATE-SEFIN-RO – Decadência (Súmulas 555 e 622 – STJ – art. 150-§4º e art. 173-I do CTN, *in verbis*:

> *Para uniformizar a aplicação do art. 150-§40 e do art. 173-I do CTN, na análise da decadência, o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE, firmou o seguinte entendimento.*
>
> *(...)*
>
> *II - No lançamento por homologação, quando a empresa, nos prazos estabelecidos pela legislação, prestar as informações com a declaração das operações e dos respectivos débitos,*

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

> *quando devidos, a contagem inicia-se com a ocorrência do fato gerador,* ***considerando-se o período mensal****.*
>
> *Exemplo: Ciência da notificação do Auto de Infração em 30/06/2022,* ***o lançamento alcança fatos geradores ocorridos a partir do início do mês de junho de 2017****, logo, estão extintos pela decadência os fatos geradores ocorridos até o mês de maio de 2017. (G.n.)*

Ou seja, no caso concreto sob exame, se tivesse sido 30.03.2021 a data da notificação, o imposto relativo ao fato gerador de **todo o mês de março/2016** (período mensal) poderia ser exigido, e não apenas a partir de 30.03.2016 em diante, não havendo, assim, que se falar em data de entrega da EFD ou GIAM.

Pois bem, superada a questão preliminar, que será objeto de reparo, após analisar os fatos, o acervo probatório, e a peça defensiva do sujeito passivo, verifico que o auto de infração, lavrado para cobrança de imposto decorrente de prestações de serviço oneroso de comunicação para a Administração Pública, **prestações estas tributadas**, vez que não preencheram os requisitos previstos na legislação de regência para fins de gozo da isenção prevista na Nota 1, itens I e II do item 77 do no Anexo I, Tabela I do antigo RICMS/RO (**prestações realizadas sem o desconto no preço do serviço, equivalente ao ICMS dispensado**), **deve ser mantido**, ainda que parcialmente, pelas razões a seguir aduzidas.

Adentrando no mérito da autuação, de forma bem objetiva, a acusação está bem-posta com todos os requisitos legais, sendo que mesma ocorreu por que as milhares de notas fiscais que acobertaram as prestações onerosas de serviço comunicação para os diversos órgãos da Administração Pública de Rondônia (PGE, DER, IPERON, Ministério Público, dentre outros) que constam no arquivo **"ANEXO 01 – Cálculos auto org-pub**" (provas da acusação), foram **emitidas sem o destaque do ICMS incidente** correspondente à alíquota vigente à época dos fatos, cujo montante do imposto apurado totalizou em **R$ 6.313.646,34**, o que ensejou a aplicação da penalidade prevista no art. 77-VII-e-4 (emitir documento fiscal tributado, como se isento fosse), *in verbis*:

> *VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:*
>
> *(...)*
>
> *e) multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou da prestação:*
>
> *(...)*
>
> *4) por acobertar com documento fiscal, operação ou prestação não tributada ou isenta;*
>
> *(...)*

Posto isso, verifico que as alegações declinadas pelo sujeito passivo nos itens de 2 a 5 de sua defesa, *data vênia*, não têm o condão de afastar a autuação, pois se baseiam no fundamento

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

equivocado de que o **não destaque do ICMS,** em todas as notas fiscais objeto da autuação em 2016 para os órgãos da Administração Pública, ocorreu por ter aplicado a isenção prevista na Nota 1, itens I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO, uma vez que, sem o destaque do ICMS, o valor final cobrado dos consumidores pela prestação dos serviços foi reduzido, pois o imposto, que é calculado "por dentro", deixou de ser repassado pela empresa, atendendo, assim, a isenção de ICMS para a Administração Pública, fls. 24do Relatório Circunstanciado, entendimento este, inclusive, manifestado ainda no período da malha fiscal, ou seja, antes mesmo da emissão da DFE nº 20212500100012 para realização de auditoria específica com fins de verificar o efetivo recolhimento do ICMS referente à prestação de serviço de comunicação do Conv. ICMS 115/2003, conforme Notificações nº 11212759 e 11221145, com ciência em 23.11.2020 e 01.12.2020, respectivamente.

Contudo, a legislação de regência é inequívoca quanto aos requisitos da isenção condicionada, caso aqui tratado (Nota 1, itens I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO), **que não foram cumpridos** pela ora impugnante:

> *77 - As operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços, exceto combustíveis, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. (NR dada pelo Dec. 15810, de 07.04.11 – efeitos a partir de 08.04.11)*
>
> *Nota 1: **A isenção prevista neste item fica condicionada**:*
>
> *I – **ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado**;*
>
> *II – **à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto**;*
>
> *(...)(G.n.)*

O sujeito passivo, o que ficou comprovado pelas provas anexadas, deliberadamente, adotou procedimento diverso do previsto na norma tributária acima, indo de encontro à interpretação literal em matéria de outorga de isenção estabelecida nos termos do art. 111-II do CTN, *in verbis*:

> *Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II - outorga de isenção;*
>
> *(...)*

Logo, aplica-se ao caso vertente o art. 6º-§2º do RICMS/RO, à época vigente, prevendo que não satisfeita condição posterior (**no caso, I - o desconto no preço dos serviços de telecomunicações, do valor equivalente ao imposto dispensado e II – a indicação, nas notas fiscais respectivas, do valor do desconto)**, o imposto incidente é considerado devido no momento em que ocorrer a operação ou prestação, *in verbis*:

> *Art. 6º Ficam isentas do imposto as operações e as prestações relacionadas no*

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

Anexo I deste regulamento (Lei 688/96, art. 4º).

(...)

§2º Quando o reconhecimento da isenção do imposto depender de condição posterior, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorrer a operação ou prestação.

Ademais, o Anexo Único (Manual de Orientação) do Conv. ICMS 115/2003 (que dispõe sobre o procedimento de emissão de documentos fiscais, escrituração dos livros fiscais, manutenção e prestação de informações em meio eletrônico dos contribuintes do ICMS que emitam ou venham a emitir, em via única), em seus itens 6.2.4.1. e 6.2.4.2. Campo 19, traz a informação de preenchimento do valor total do item incluindo o ICMS e do valor do desconto concedido e outros redutores no item, que deve conter nas notas fiscais:

6.2.4.1. Campo 18 - Informar o valor total do item, com 2 decimais, o valor deve incluir o valor do ICMS;

6.2.4.2. Campo 19 – Informar o valor do desconto concedido no item, ou redutores com 2 decimais;

Soa estranho que a impugnante, mesmo conhecendo o Manual de Orientação do Anexo Único ao Conv. ICMS 115/2003, apenas cumpra a legislação quando se trata de desconto a outros clientes que não seja da Administração Pública, onde se observou que a mesma preenche os campos 18 e 19 corretamente, como restou demonstrado pelo autuante nas NFST nº 4, 3 e 1, fls. 31/34, porém, o mesmo não aconteceu com as notas fiscais de serviço de comunicação emitidas para os órgãos da Administração Pública de número 97146 e 103773, fls. 35/38, tomadas como exemplo, em que o item 4.2.4.2. Campo 19 do Manual de Orientação do Anexo Único do Conv. 115/03, destinado ao desconto, **está preenchido com zeros**, como também não o lançou em itens separados, em total desacordo com o estabelecido na Nota 1 do Item 77 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO.

A par da análise das notas fiscais retro mencionadas, tem-se uma visão do que ocorreu com as demais notas fiscais, ou seja, **o sujeito passivo não destacou e não aplicou o desconto do valor do imposto dispensado, conforme Nota 1 do Item 77 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO**.

E para demonstrar que os documentos fiscais emitidos no exercício 2016 referente às prestações de serviço de comunicação para os órgãos da Administração Pública se constituíram em infração à legislação tributária, **uma vez que a autuada não concedeu o desconto no preço dos serviços prestados**, condição *sine qua nom* para fins de aplicação pelo sujeito passivo da norma prevista na Nota 1, itens I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO, o autuante analisou o **item 005 da NFST nº 000.095.712**, referente ao serviço de comunicação "Assinatura IP Profissional 10 MB", valor do serviço de R$ 720,86, na coluna "Vlr Produto", o valor

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

do desconto é de **R$ 0,00** na coluna “Descontos”, o valor de isenção é de R$ 720,86 na coluna “Vlr Isenta”, e a alíquota na data do fato gerador desse de comunicação é de 25%.

O autuante demonstrou no seu Relatório Circunstanciado, fls. 42/43, por meio deste item 005, conforme abaixo, quadro com o impacto no valor do ICMS, incluindo o PIS/COFINS, e o valor de R$ 694,54 do serviço pago referente a esse ITEM pelo Estado:

VALOR SERVIÇO	ALÍQUOTA	TRIBUTOS
720,86	25%	0,00
	0,65%	4,69
	3%	21,63
TOTAL		26,32

VALOR COM IMPOSTOS	720,86
CUSTOS	-26,32
TOTAL A SER COBRADO DO ESTADO	694,54

E abaixo, quadro com o lançamento correto, de acordo com a Nota 1, itens I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO:

VALOR SERVIÇO	ALÍQUOTA	TRIBUTOS

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

720,86	25%	180,22
	0,65%	4,69
	3%	21,63
TOTAL		206,54

VALOR COM IMPOSTOS	720,86
CUSTOS	-206,54
TOTAL A SER COBRADO DO ESTADO	514,32

Com o exemplo, retrato do que ocorreu com todas as demais notas fiscais, restou claro nesse ITEM 005 que o Estado de Rondônia pagou **R$ 180,22** a mais do que devia, ou seja, exatamente o valor correspondente ao ICMS não descontado ou subtraído do preço original do valor do serviço de comunicação do citado item, valor este que deveria ter sido lançado na coluna "Descontos", e a diferença de **R$ 540,64** (R$ 720,86 – R$ 180,22 = **R$ 540,64)**, **evidenciando-se que não ocorreu a aplicação efetiva do benefício fiscal da isenção, nos termos da legislação tributária pertinente**.

Quanto aos argumentos da defesa, como já dito anteriormente, em nada ilidem a acusação fiscal e não são capazes de infirmar o convencimento do Julgador, pois se voltam contra um **fato incontroverso**, isto é, **não houve cumprimento dos requisitos contidos Nota 1, incisos I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO**, para fins de fruição da isenção condicionada nas prestações de serviço de comunicação para os órgãos da Administração Pública, sendo descabida, portanto, a afirmação em sentido contrário no Item 2 da defesa, de que a OI S/A teria efetivamente concedido o desconto aos órgãos públicosestaduais, ao não destacar o ICMS, e a afirmação de ausência de prejuízo, quando a auditoria revelou que o ICMS incidente nas prestações realizadas, ao não ser destacado, tornou-se devido, sendo esta a razão do presente auto de infração.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

Neste sentido, de fato, a empresa OI é mera agente repassadora do ICMS, e, respondendo à impugnante, o imposto cobrado é o devido sobre as prestações **efetivamente não isentas,** nas quais o contratante (Poder Público) lhe repassou o valor do imposto no preço que foi pago, como já demonstrado, não se aplicando ao caso concreto o RE 574.706-RG/PR trazido à baila, vez que é irrelevante para a discussão aqui travada a tese de que o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins, como também é o caso do AI 669.544/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado pelo STF, em 15.02.11 pela Segunda Turma, que se refere à restituição de imposto recolhido indevidamente, o que não é a situação da presente autuação sob exame.

No item 3 o sujeito passivo repete o mesmo argumento, concluindo que a OI S.A teria considerado as operações ora autuadas como operações isentas de ICMS, e ao expressamente afirmar que não restam dúvidas acerca **da ausência de repasse do ICMS aos órgãos da administração pública**, apenas confirma e confessa que não atendeu a requisito essencial para fruição da isenção de acordo com a **Nota 1, I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO,** causando comprovado prejuízo ao Estado (conforme quadro retro mencionado de lançamento correto na nota fiscal), já que houve pagamento maior que o devido, e quanto ao pedido de baixa dos autos em diligência, **resta indeferido**, tendo em vista que nos autos já constam todas as provas necessárias e que bastam para o desfecho da lide.

Além disso as respostas às perguntas suscitadas, só confirmam a acusação fiscal, ou seja 1) a isenção é sim destinada aos órgãos da Administração Pública, 2) o valor do ICMS, conforme consta no arquivo **"ANEXO 01 – Cálculos auto org-pub**" (provas da acusação), em todas as notas fiscais emitidas em 2016 está zerado, 3) a legislação não exige a informação de que os tomadores são clientes isentos, mas que na emissão da nota fiscal a eles destinadas, os requisitos exigidos sejam cumpridos, e 4) não, a emissão dos documentos fiscais sem o destaque do ICMS, sem satisfazer os requisitos da **Nota 1, incisos I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO,** não confere tratamento de isenção às prestações realizadas que foram objeto de autuação no período fiscalizado de 2016.

E quanto ao pedido de sustentação oral, a mesma está prevista somente em grau de Recurso Voluntário, no âmbito da 2ª Segunda Instância (art. 142 da Lei 688/96).

Em relação à alegação do item 4 de ofensa ao princípio da não-cumulatividade (art. 155-§2º-I da CF/88 e arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96), não há procedência, uma vez que se quer fora destacado ICMS para eventual apuração de imposto, e se não restou caracterizada isenção de ICMS, era dever do contribuinte de direito realizar o respectivo destaque.

Deve-se ressaltar que, sendo a ora impugnante detentora de contrato licitado com órgãos da Administração Pública, é de seu conhecimento que os serviços prestados estão sob a égide da Lei Federal 8.666/93, que especifica ser o contratado responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução contratual, nos termos do art. 71, c/c o subtitem 13.10 da Ata de Registro de Preços nº 186/2016, publicada no DOE nº 142 de 02.08.2016, relativo ao Edital de Pregão Eletrônico nº 592/2015) Anexo 3 nas provas

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

eletrônicas), neste mesmo sentido, ou seja é responsável por todos os impostos, incluindo aí o ICMS, que integra a base cálculo, e que é o preço do serviço (art. 17 do RICMS, c/c o art. 18-§1º da L88/96), que correm por sua conta, de modo que, seja com ou sem isenção, os preços praticados devem, obrigatoriamente, obedecer a legislação tributária aplicável que, no presente auto de infração, não foi obedecida (se era intenção da impugnante aplicar a isenção), pois a hipótese de não destaque do ICMS, se justificaria se as notas fiscais objeto da autuação estivessem amparadas, corretamente, pela isenção condicionada da **Nota 1, incisos I e II do item 77 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS/RO,** o que não ocorreu (embora tenha reiterado em sentido contrário ao longo de sua defesa), ressaltando, ainda que a falta de destaque do ICMS no campo próprio nos documentos fiscais, é indicativo de infração ao RICMS-RO, a menos que albergada por não incidência ou isenção.

E no caso do item 5, também não procede a alegação de que pelo fato de ter deixado de indicar o valordo ICMS isentado no campo "*informações complementares*" das notasfiscais emitidas em face da Administração Pública (conforme inciso II da Nota 1 do Item 77 do RICMS/RO), seria apenas caso de aplicação de multa isolada por descumprimento de obrigação acessória, mais consiste em uma das condições, fora o inciso I da Nota 1 do Item 77 do RICMS/RO, **não satisfeita** para fins de fruição da isenção condicionada que ora se discute no bojo do processo.

Assim sendo, feita a exclusão acima do ICMS de março/2016 cobrado no auto de infração no valor de **R$ 635.324,42,** porém, atingido pela decadência, fls. 03 da Planilha de Cálculo do Crédito Tributário, o crédito tributário assume a seguinte configuração:

	DEVIDO	**INDEVIDO**
Tributo ICMS	R$ 5.678.321,92	R$ 635.324,42
Multa	R$ 8.544.712,46	R$ 962.398,32
Juros	R$ 4.723.858,42	R$ 540.237,48
Atualização monetária	R$ 2.866.390,54	R$ 327.073,90
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 21.813.283,34	R$ 2.465.034,12

Portanto, correta a ação fiscal que apurou a emissão de documentos fiscais para acobertar a prestação de serviço de comunicação para órgãos públicos, tributados como não tributados ou isento, implicando na falta de pagamento do ICMS no ano de 2016, em desacordo com a legislação tributária de regência, vez que não preencheu as condições e os requisitos dispostos na Nota 1, itens I e II do item 77 do no Anexo I, Tabela I do RICMS/RO à época dos fatos geradores, culminando na autuação que ora se examina para a cobrança do ICMS incidente e

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89

demais consectários legais.

Dessa forma, em vista dos fatos e das provas acostadas que comprovam a materialidade da infração imputada, e considerando os reparos necessários na apuração do crédito tributário, nos termos do art. 108 da Lei 688/96, decido pela parcial procedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração, **DEVIDO** o crédito tributário no valor de R$ 21.813.283,34, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento, e **INDEVIDO** o valor de R$ 2.465.034,12.

Desta decisão recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, de acordo com o art. 132 da Lei 688/96.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o credito tributário da parte devida no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em divida ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, *21/11/2022*.

ELDER BASÍLIO E SILVA

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
Elder Basílio e Silva, **Auditor Fiscal**, Data: **21/11/2022**, às **15:20**.
Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 58c6-c058-2bbb-9a89