



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 RECUPERAÇÃO JUDICIAL*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20242700100027

DATA DA AUTUAÇÃO: 06/03/2024

CAD/CNPJ: 76.535.764/0323-47

CAD/ICMS: 00000000963011

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2024/1/573/TATE/SEFIN

1) Procedimento fiscal de auditoria vinculado à DFE. Cobrança do ICMS decorrente do uso indevido de isenção condicionada na prestação de serviço de telefonia destinada à Administração Pública estadual. 2) Defesa tempestiva. 3) Infração não ilidida. A isenção para aquisições feitas pela Administração Pública Estadual é um benefício fiscal concedido ao ente público, que objetiva a diminuição do preço do produto/serviço correspondente ao imposto desonerado, o que não restou comprovado pela emissão de notas fiscais e demais documentos emitidos pelo contribuinte em relação às prestações dos serviços ora tributados pela ação fiscal. 4) Auto de infração procedente dado o não cumprimento da condição para a aplicação da incidência do ICMS.

1. RELATÓRIO

O auto de infração é decorrente de procedimento fiscal vinculado à DFE emitida pela Gerência de Fiscalização da Coordenadoria da Receita Estadual, com escopo de auditoria de conta gráfica, abrangendo integralmente os anos de 2019 e 2020, e tendo como alvo empresa atuante no ramo de telecomunicações.

A ação fiscal em análise foi iniciada em 14/02/2024, sendo o auto de infração lavrado em 06/03/202, dentro do prazo de 60 dias definido para a conclusão do trabalho.

Pela leitura do processo verifica-se tratar de auditoria sobre a emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações, destinadas à Administração Pública Direta Estadual de Rondônia, tratadas pelo contribuinte como prestações isentas, porém, sem terem sido atendidos os requisitos do Anexo I do RICMS, item 49, Nota 1, itens I e II, que define como isentas:

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. ([Convênio ICMS 26/03](#))

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.

Exposto o foco da auditoria, a ação fiscal efetuou, em 19/02/2024, intimação para que o sujeito passivo **“comprovasse que efetuou o desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado, e de que indicou esse desconto nas notas fiscais de serviço de telecomunicações, mod. 22”**. Dito pela ação fiscal, o contribuinte não apresentou resposta.

Contam no processo outras duas notificações feitas contra o sujeito passivo, pelo mesmo motivo que justificou a lavratura deste auto de infração, nas quais foi oportunizado ao contribuinte que procedesse com a autorregularização referente à ocorrência de saídas tratadas como de tributação isentas, porém sem o cumprimento da condição de abatimento no preço do serviço nas notas fiscais destinadas à Administração Pública Direta do Estado de Rondônia.

NOTIFICAÇÃO Nº: 13718842 – 09/05/2023 (referente ao ano de 2019)

1. O contribuinte não destacou o ICMS e nem informou como item distinto (campo 13 do subitem 6.1 do Conv. ICMS 115/2003) o desconto equivalente ao imposto dispensado conforme condições estabelecidas no Convênio ICMS nº 26/2003 (Nota 1, do item 49, da Parte 2, do Anexo I do RICMS/RO).

2. Por não preencher os requisitos estabelecidos pela Legislação Tributária e por não ter recolhido o ICMS devido, o contribuinte deverá regularizar o débito fiscal no valor de R\$ 894.580, 67 (oitocentos e noventa e quatro mil, quinhentos e oitenta reais e sessenta e sete centavos), dentro do prazo estipulado. A não regularização ensejará ação fiscal, sujeitando o contribuinte às penalidades previstas na Legislação Tributária.

NOTIFICAÇÃO Nº: 13718845 – 10/04/2023 (referente ao ano de 2020)

1. O contribuinte não destacou o ICMS e nem informou como item distinto (campo 13 do subitem 6.1 do Conv. ICMS 115/2003) o desconto equivalente ao imposto dispensado conforme condições estabelecidas no Convênio ICMS nº 26/2003 (Nota 1, do item 49, da

Parte 2, do Anexo I do RICMS/RO).

*2. Por não preencher os requisitos estabelecidos pela Legislação Tributária e por não ter recolhido o ICMS devido, o contribuinte deverá regularizar o débito fiscal no valor de **R\$ 999.845,65** (novecentos e noventa e nove mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), dentro do prazo estipulado.*

Exposto no relatório da ação fiscal, em resposta, assim se manifestou o contribuinte:

“... que a OI S.A. cumpre integralmente com a obrigação acessória prevista no referido RICMS/RO, haja vista indicar nas notas fiscais o efetivo desconto no valor do ICMS do preço dos serviços prestados para o órgão da administração pública.”

“... que a empresa cumpriu com a obrigação de retirar os valores do ICMS do preço dos serviços prestados aos órgãos da administração pública, conforme demonstrado pela ausência de destaque de ICMS nas referidas notas fiscais.”

Porém, a ação fiscal indica, com base nas informações informadas pelo contribuinte, através do Convênio 115/03, que não foram feitos os descontos do preço do serviço, o que resultou no não cumprimento da condição imposta para que seja utilizado o benefício da isenção.

Dentre as diversas abordagens explicativas feitas pelo relatório da ação fiscal, é relevante a informação de que, desde 01/01/2017, “os descontos concedidos e outros redutores passaram a ser lançados individualmente como itens distintos do documento fiscal”, isto é, tal como é discriminado o serviço prestado, no mesmo campo deve ser detalhado o desconto, caso existente. No relatório da ação fiscal foram colocadas notas fiscais emitidas pelo próprio sujeito passivo exatamente com a especificidade transcrita em relação a desconto concedido.

Por fim, diz a ação fiscal que a falta do desconto do ICMS nas operações de venda para a administração pública causa prejuízo financeiro ao estado de Rondônia, dado que o preço pago não restou estar comprovadamente menor por conta do não pagamento do imposto estadual.

No auto de infração foi capitulada a infração/penalidade pelo artigo 77, inciso VII, alínea “e-4” da Lei 688/96:

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 tributada como não tributada ou isenta.

Foram citados, também, como justificativa para o auto de infração, o artigo 1º, inciso III; Anexo I, Parte 2, item 49, Nota 1, itens I e II, todos do RICMS.

O crédito tributário lançado foi de:

ICMS: R\$ 1.713.372,83.

Multa: R\$ 2.672.258,47.

Juros: R\$ 1.047.914,55.

At. Monetária: R\$ 463.291,18.

Total: R\$ 5.896.837,03.

A ação fiscal junta, como anexos, decisões judiciais sobre o tema que coadunam com a tese do fisco acerca do descumprimento da condição de abatimento do preço para a regular utilização do benefício fiscal da isenção aplicada ao caso.

2. ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

INTRODUÇÃO

A defesa compreendeu o teor da acusação fiscal ao descrever que *“a Fiscalização é clara ao afirmar que a autuação ocorre pois o contribuinte não teria indicado no documento fiscal correspondente os descontos promovidos no preço do serviço prestado à Administração Pública”*.

Em seguida expõe o seguinte entendimento:

“Ou seja, não há dúvida sobre a motivação do Fisco Estadual para a lavratura do presente auto de infração – não indicar no documento fiscal o valor do ICMS desonerado na operação.”

Apresenta - como sendo nota fiscal - documento em que é informado *“que a Impugnante (1) deixou de efetuar o destaque do ICMS, (2) classificou o tomador do serviço como “cliente isento” e (3) indicou o valor do ICMS desonerado no corpo das notas fiscais autuadas, preenchendo plenamente, portanto, os requisitos contidos no referido item 49, Anexo I, Parte 2, Nota 1 do RICMS/RO.”*

Diz ainda:

Para que não reste qualquer dúvida, o inciso I do item 49, Anexo I, Parte 2, Nota 1 do RICMS/RO (“desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado”) é cumprido pela Impugnante ao deixar de efetuar o destaque do ICMS. Ato contínuo, o inciso II do mesmo dispositivo (“indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto”) é atendido pela indicação do valor desonerado do ICMS no campo de informações complementares.

Reclama que a infração se restringiria ao fato de que *“a empresa deveria ter discriminado o valor do ICMS desonerado como um “item distinto” da nota fiscal, sendo insuficiente a mera indicação do referido valor no campo “informações complementares” da nota fiscal, como fez a empresa”*, entendendo que suposto fato ensejaria, tão somente, multa acessória pelo descumprimento de obrigação acessória.

Escreve, ainda, sobre o fato de que o fisco *“desconsiderou a isenção a que fazem jus os órgãos públicos estaduais e lavrou o presente auto de infração para exigir o ICMS diretamente Impugnante (que é mera prestadora do serviço e jamais deveria assumir o ônus do imposto).”*

Após, enumera os seguintes temas:

2.1 – NULIDADE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA EMBASAR A PRESENTE AUTUAÇÃO.

Reclama pela falta de fundamentação legal para a lavratura do auto de infração, apontando que a tipificação da infração que sustenta os dizeres da ação fiscal se baseia apenas no item 49, Anexo I,

Parte 2, Nota 1 do RICMS/RO – e a cláusula primeira, §1, itens I e II do Conv. ICMS 26/03, que descrevem o dispositivo que teria sido infringido pelo contribuinte.

Para a defesa, houve o correto atendimento desses dispositivos legais por conta do não destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos pela empresa, vejamos:

“Tendo a empresa deixado de destacar o ICMS na nota fiscal e indicado no documento o valor do ICMS desonerado (ou o “valor do desconto”), preenchidos estão os requisitos da legislação estadual.”

Dito pela defesa, o que se teria como ato infracional seria, tão somente, o fato de não ter sido feita a informação do “desconto” em campo próprio da nota fiscal, o que não ensejaria a lavratura do auto de infração, tal como feito pelo fisco, o que resulta na nulidade do procedimento fiscal.

2.2 – DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL: AUSÊNCIA DE DESTAQUE DO ICMS E INDICAÇÃO DO “DESCONTO” NO CORPO DA NOTA FISCAL

A defesa aprofunda os dizeres apresentados anteriormente.

Repisa que cumpriu integralmente as obrigações determinadas pelo RICMS, em específico as condições do item 49, inciso I e II da Nota I (Anexo I do RICMS). Para tanto, exemplificou documentalmente o que alega, apresentando imagens de notas fiscais de serviços de telecomunicação, nas quais constam os dizeres: *“isenção do ICMS conforme item 49 do Anexo I do RICMS. Valor desonerado do ICMS R\$”. Ainda, nos referidos documentos, foram informados como de valores iguais a zero a base de cálculo, a alíquota e o ICMS.*

Acerca dos fatos, conclui:

“Ao contrário do que afirma a Fiscalização, se a Impugnante não destacou o ICMS nas notas fiscais, o preço cobrado pelos serviços foi evidentemente reduzido, já que o imposto, que é calculado “por dentro” (nos termos do art. 13, §1º, I da Lei Complementar nº 87/96), deixou de ser repassado para os consumidores finais.”

Entende ainda que:

“De plano, é preciso recordar que não estamos tratando aqui de “descontos” propriamente ditos – sejam condicionados ou incondicionados –, mas sim de efetiva desoneração do ICMS que incidiria sobre o preço “cheio” (sem descontos) dos serviços prestados pela Impugnante. A confusão conceitual é evidente.”

Exemplifica o tratamento dado por outras unidades da federação em relação ao mesmo fato, com entendimento que seria favorável o mesmo de sua compreensão:

*“No Estado do RJ, por exemplo, a Resolução SEFAZ nº 971/16, que dispõe sobre essa mesma isenção de serviços tomados por órgãos públicos, prevê expressamente que os contribuintes devem preencher na nota fiscal (obviamente, no campo “informações complementares”) um texto muito semelhante ao que foi adotado *in casu* pela Impugnante. Confira-se:*

“Art. 1.º Ficam isentas do ICMS as operações e

prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Art. 2.º Para fruição do benefício previsto no artigo anterior, o estabelecimento remetente deve abater do preço da mercadoria ou do serviço o valor equivalente ao imposto dispensado.

§ 1.º Na Nota Fiscal que acobertar a saída da mercadoria ou a prestação do serviço, o estabelecimento remetente fica obrigado a:

(...)

b) mencionar a seguinte expressão: ‘Operação beneficiada com isenção do ICMS nos termos do Convênio ICMS 26/03. Valor dispensado de R\$_____ (valor por extenso)’.”

Em MG, a própria Fiscalização reconhece que a isenção do item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02 está condicionada à indicação do valor do ICMS desonerado no campo “observações” ou “informações complementares”, conforme se depreende da Consulta de Contribuintes SEFAZ nº 93/2023:

“RESPOSTA:

Inicialmente, ressalte-se que é isenta do ICMS a saída, em operação interna, de mercadoria ou bem destinados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta, suas fundações e autarquias, nos termos do item 136 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02.

A isenção prevista nesse item fica condicionada a que o contribuinte abata do preço da mercadoria, do bem ou serviço o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção e que seja indicado expressamente no documento fiscal, no campo “Informações Complementares” ou “Observações”, o valor da operação ou prestação sem a isenção e o valor do imposto dispensado (desconto), de acordo com o subitem 136.2 da Parte 1 em referência.”

2.3 – DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS OPERAÇÕES AUTUADAS FORAM TRATADAS INTERNAMENTE COMO ISENTAS. CÁLCULO DO CONVÊNIO Nº 128/10 (CONVÊNIO Nº 17/13)

Pouco há que se ressaltar a respeito deste item, já que a defesa repete o argumento de que as saídas destinadas para a Administração Pública estadual foram, de fato, tratadas como prestações isentas, sem destaque do ICMS nos documentos fiscais, acrescentando que o tributo não foi repassado ao

adquirente do serviço.

2.4 - DA PARAMETRIZAÇÃO DO SISTEMA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS PARA CONSIDERAR COMO ISENTAS AS OPERAÇÕES COM OS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Apenas apresenta, tecnicamente, como são inseridas as informações do cadastro do destinatário isento no sistema próprio usado pelo sujeito passivo, novamente justificando que trata todas as prestações alvos da ação fiscal como isentas.

2.5 - FATURAS NUNCA CONTESTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Alega que o contribuinte emite notas para diversos órgãos estaduais beneficiados pela isenção do tributo, contudo, nenhum deles efetuou qualquer reclamação a respeito do preço de venda dos serviços comercializados. Entende que a autuação do fisco contradiz o histórico de aceitação dos fatos praticados pelo contribuinte.

2.6 - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR DA EMPRESA O PAGAMENTO DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PARA CLIENTES ISENTOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

A tese da defesa é a de que inexistindo o destaque do ICMS nos documentos fiscais, tal fato, por si só, já indica a redução do preço final do serviço prestado. Por conta disso, alega que a cobrança do imposto pretendido pela ação fiscal ensejaria na violação do princípio da não cumulatividade, dado que o ICMS não existiu nas prestações e o contribuinte não teria como cobrá-lo do adquirente (Administração Pública).

Além disso, descumprimento de formalidades não afastariam a isenção aplicada ao caso, defendendo que:

“O caso dos autos não envolve o instituto da isenção condicionada prevista no art. 178 do CTN (em que o descumprimento de uma condição faz nascer o dever de pagar o tributo), mas sim de benefício outorgado de forma incondicionada aos órgãos da Administração Estadual, que, independentemente do que venha a ocorrer, não pagarão o ICMS sobre os serviços tomados.”

2.7 - DO EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA: PENALIZAÇÃO APENAS POR MEIO DE MULTA ISOLADA

Tal como já dito, expressa que eventual falta seria apenas por descumprimento de obrigação acessória, desvinculada de falta de pagamento de imposto, o que afastaria o crédito tributário do auto de infração.

2.8 - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR À EMPRESA A MULTA COMINADA NO ART. 77, VII, “E”, ITEM 4, DA LEI Nº 688/96

Ao expor que todas as prestações alvos da autuação fiscal são isentas, o raciocínio da defesa

é pelo não cabimento da tipificação penal aplicada pelo auto:

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

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 tributada como não tributada ou isenta.

2.9 - SUBSIDIARIAMENTE: DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS JUROS MORATÓRIOS EXIGIDOS PELO ESTADO DE RONDÔNIA: TEMA 1062 STF

Dito pela defesa:

“No julgamento do ARE nº 1.216.078/SP, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 1.062/STF), fixou-se a seguinte tese: “Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins”.

Por conta disso, contesta a utilização da atualização monetária vinculada à UPF/RO e dos juros de 1% ao mês aplicados no auto de infração.

Informa que o artigo 46-A da Lei 688/1996 determina a adoção da taxa Selic para o cálculo do juros devidos por tributos em atraso, o que não teria sido observado pela ação fiscal.

2.10 – PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Solicita que seja realizada diligência fiscal para que os seguintes quesitos sejam respondidos pela fiscalização estadual:

- Há no campo “informações complementares” das notas fiscais autuadas a indicação dos valores de ICMS desonerados na prestação de serviços a órgãos públicos estaduais?*
- O valor do ICMS indicado nas notas fiscais emitidas pela Impugnante ao longo do exercício de 2017 e 2018 está zerado? Ou seja, houve algum destaque de ICMS nas referidas notas fiscais?*
- 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?*

Pede, por fim, o cancelamento do auto de infração.

3. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Apesar da escrita sobre vários itens, a leitura inicial da narrativa da defesa indica que ela compreendeu o teor da acusação fiscal ao expor que *“a Fiscalização é clara ao afirmar que a autuação ocorre pois o contribuinte não teria indicado no documento fiscal correspondente os descontos promovidos no preço do serviço prestado à Administração Pública”*, e é sobre isso que discorre em seus argumentos.

Tenho por pertinente observar que existe uma contrariedade importante acerca do entendimento da defesa sobre o que seria a indicação dos descontos sobre o preço dos serviços prestados à administração pública, alegada pelo fisco como condição não atendida para a utilização do benefício fiscal da isenção. Não se trata, como escreve a defesa:

“(…), não há dúvida sobre a motivação do Fisco Estadual para a lavratura do presente auto de infração – não indicar no documento fiscal o valor do ICMS desonerado na operação.”

Observo que comprovar que tenha havido desconto no preço do serviço não se confunde com a indicação do valor do ICMS desonerado na prestação do serviço de telecomunicação feita pelo sujeito passivo. Aparentemente sutil, há uma diferença relevante entre informar o ICMS desonerado e comprovar o desconto na prestação do serviço, o que merece um aprofundamento de compreensão sobre o significado do benefício fiscal da isenção específica do caso em análise.

A redação do texto que concede a isenção para o caso em tela prevê (item 49 da Parte 2 do Anexo I do RICMS):

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.

Ou seja, o benefício fiscal não é direcionado para quem vende, mas sim para a Administração Pública que consumidora do serviço prestado pelo sujeito passivo. O entendimento primordial, por certo, é o de que o preço de venda para a administração pública estadual deva ser inferior ao valor praticado normalmente pelo vendedor, exatamente no montante do ICMS desonerado da operação/prestação, daí a necessidade de se explicitar, no documento fiscal, que houve a aplicação do desconto, sendo esta a condição para que se possa afastar a cobrança do imposto. A não ser assim e aceitando-se tão somente a informação de desoneração do tributo sobre a operação/prestação, ter-se-ia, então, um benefício fiscal usufruído apenas pelo vendedor, distorcido da legislação aplicada ao caso, Vejamos o texto das condições impostas pela legislação (itens I e II da Nota 1 do item 49):

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;

Percebe-se com clareza o que seria a condição: exatamente a comprovação de existência do desconto no valor do preço no documento fiscal e nada além disso, o que não foi a compreensão da defesa, conforme suas assertivas de arquição.

Isto posto, faço as seguintes análises sobre os itens da defesa, que entendo serem necessárias e suficientes para a justificativa de decisão sobre a lide.

3.1 – NULIDADE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA EMBASAR A PRESENTE AUTUAÇÃO

A defesa entende como suficiente para a comprovação da concessão do desconto referente às prestações isentas a informação da desoneração do tributo prestada pelo sujeito passivo em documentos por ela aqui apresentados.

Porém, como dito anteriormente, a simples informação de que a operação é isenta, bem como do valor do ICMS desonerado pelo benefício fiscal, por si sós, não cumprem o requisito da condição sobre a necessidade de se comprovar a diminuição do preço cobrado da Administração Pública por conta da referida isenção.

Assim sendo, o auto de infração, tratou como não atendidas as condições exigidas para o uso da isenção, correlacionando corretamente a infração/penalidade vinculada ao fato, se não, vejamos (artigo 77, inciso VII, alínea “e-4” da Lei 688/96):

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 tributada como não tributada ou isenta.

O texto da legislação referente à capitulação da infração/penalidade indica, portanto, que o contribuinte, ao não atender a condição necessária para o uso da isenção, afastou do caso o benefício fiscal, incorrendo na infração de ter acobertado com documento fiscal prestação tributada como isenta, tal como expresso no item 4 da alínea “e” do inciso VII do artigo 77 da Lei 688/1996.

Ressalta-se que o auto de infração mencionou, com objetividade, que os requisitos condicionantes vinculam-se ao Anexo I do RICMS, item 49, Nota 1, itens I e II, já transcritos nesta análise.

Portanto, afasto a questão de nulidade.

3.2 – DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL: AUSÊNCIA DE DESTAQUE DO ICMS E INDICAÇÃO DO “DESCONTO” NO CORPO DA NOTA FISCAL

A escrita da defesa decorre de sua interpretação sobre o atendimento da condição definida pelo item 49, inciso I e II da Nota I (Anexo I - RICMS), que esta unidade de julgamento compreende como incompatível com a norma legislativa, afinal, não pode ser acatado como prova do abatimento do preço a simples informação de que a prestação do serviço foi isenta do ICMS.

Outrossim, os exemplos apresentados pela defesa referentes ao tratamento do caso por outras unidades da federação, coadunam exatamente com a tese do fisco e não a favor do contribuinte.

Dito pela legislação do estado do Rio de Janeiro:

Art. 1.º Ficam isentas do ICMS as operações e prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

Art. 2.º Para fruição do benefício previsto no artigo anterior, o estabelecimento remetente deve abater do preço da mercadoria ou do serviço o valor equivalente ao imposto dispensado.

Ora, abater do preço do serviço prestado o valor equivalente ao imposto dispensado, significa que na nota fiscal deve ser indicado um valor para o serviço e um outro, menor, referente ao que se cobra do adquirente. A considerar o valor do serviço idêntico ao valor total da nota fiscal, não se tem comprovado o abatimento no preço, tal como é exigido pela legislação fluminense,

Da mesma forma, o entendimento do tema pela SEFAZ/MG é apresentado com mais clareza ainda:

A isenção prevista nesse item fica condicionada a que o contribuinte abata do preço da mercadoria, do bem ou serviço o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção e que seja indicado expressamente no documento fiscal, no campo “Informações Complementares” ou “Observações”, o valor da operação ou prestação sem a isenção e o valor do imposto dispensado (desconto).

Ou seja, além da necessidade da informação acerca do abatimento do preço do serviço, o entendimento da SEFAZ /MG expõe que **seja indicado expressamente no documento fiscal, no campo “Informações Complementares” ou “Observações”, o valor da operação ou prestação sem a isenção.** Ou seja, há que se informar, no documento fiscal, o valor da operação **sem a isenção**, esta é a comprovação do abatimento e do cumprimento da condição prevista no item 49, inciso I e II da Nota I (Anexo I – ROCMS/RO).

Pela análise, não assiste razão aos argumentos da defesa.

3.3 – DEMONSTRAÇÃO DE QUE AS OPERAÇÕES AUTUADAS FORAM TRATADAS INTERNAMENTE COMO ISENTAS. CÁLCULO DO CONVÊNIO Nº 128/10 (CONVÊNIO Nº 17/13)

3.4 - DA PARAMETRIZAÇÃO DO SISTEMA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS PARA CONSIDERAR COMO ISENTAS AS OPERAÇÕES COM OS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Não vejo pertinência em se demonstrar que as prestações foram tratadas como isentas. A lide é específica sobre o fato de terem sido tratadas como isentas, porém, sem o cumprimento das condições exigidas pela legislação tributária.

Nesse ponto é relevante a leitura do processo do STJ, juntado pela ação fiscal, exatamente sobre caso idêntico ao aqui analisado.

No caso, ao apreciar auto de infração lavrado contra empresa de telefonia, que tratou como isentas as prestações de serviços destinados à Administração Pública sem ter feito o abatimento do ICMS desonerado no preço cobrado, foram feitas as seguintes transcrições - RECURSO ESPECIAL Nº 2105530 - SP (2023/0297120-8):

“Diante do resumo retro se identifica que o montante cujo desconto apurado foi superior a alíquota do ICMS 25% foi de R\$ 21.533.084,71 (vinte um milhões, quinhentos e trinta e três mil, oitenta e quatro reais), ou seja, 39,33% da base de cálculo autuada (R\$ 21.533.084,71/R\$ 54.738.907,86), por fim apurou-se uma base

de cálculo, não justificada de R\$ 33.205.823,15. As apurações se lastrearam no relatório e seus anexos apresentado pela TELEFÔNICA (DOC 06 CD/PEN DRIVE anexo relatório). Resta, portanto, um montante de R\$ 8.301.455,79(oito milhões, trezentos e um mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais) a título de ICMS a pagar.”

(...)

“Restando incontroverso nos autos que a autora deixou de destacar em nota fiscal o desconto alegadamente concedido nas operações, objeto do AIIM n.º 4.011.427-2 (fls. 105/108), travadas com órgãos públicos, a controvérsia relevante para o deslinde da causa centra-se na efetividade, ou não, da dedução, no preço do serviço prestado, do valor equivalente ao ICMS dispensado com fulcro no artigo 55, do Anexo I, do RICMS/00.”

(...)

“(...) Não basta que se tenha como destinatário da prestação de serviço entidade pública; não basta o desconto potencial; é preciso a indicação expressa na nota fiscal. Cabia à parte autora, empresa com ampla assessoria jurídica e contável, precaver-se em todas as fases e, na ação judicial, fazer prova documental inquestionável, o que não ocorreu, não se desincumbindo do ônus de provar o fato de isenção do tributo estadual. Logo, não há que falar em isenção.”

Ou seja, mesmo com um indicativo de desconto nas prestações destinadas à Administração Pública, por não ser esse desconto vinculado ao ICMS desonerado e não ter sido informado no documento fiscal que acobertou a referida prestação de serviços, a decisão judicial entendeu como não cumprida a condição para que se pudesse aplicar a isenção. Fazendo-se um paralelo com a lide em análise, onde sequer existe menção de desconto ou abatimento de valor, não se pode considerar a posição acusatória do fisco como inovadora em relação ao auto de infração lavrado. Entendo que o procedimento fiscal se harmoniza com a decisão judicial proferida pelo STJ.

3.5 - FATURAS NUNCA CONTESTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

O caso se refere especificamente à infração prevista em legislação tributária, não entendo como cabível que tivesse sido reclamado por outro órgão da Administração Pública que não fosse a Receita Estadual, dado que o que se pode contestar é tão somente o valor do tributo não recolhido.

Pelo instituto da Decadência, o fisco tem 5 anos para fazer o lançamento do crédito tributário, de forma que, lavrado o auto de infração neste intervalo de tempo, tem-se por regular o procedimento fiscal, não se justificando a alegação da defesa, ainda mais consideradas as 3 notificações feitas anteriormente à lavratura do auto de infração com a tentativa de que fosse feita a regularização do fato.

3.6 - DA IMPOSSIBILIDADE DE SE EXIGIR DA EMPRESA O PAGAMENTO DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS PRESTADOS PARA CLIENTES ISENTOS. VIOLAÇÃO AO

PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE

Apesar de afastado por esta unidade de julgamento o entendimento da defesa sobre o fato da ausência do destaque do ICMS nos documentos fiscais, por si só, já indicar a redução do preço final do serviço prestado, compreendo não ser justo que seja constituído crédito tributário de ofício vinculado a um imposto tido como devido, mas que não tenha sido incluído como parte do preço do serviço que o contribuinte prestou para a Administração Pública Estadual.

Contudo, mesmo deslocado da rigidez que se dispensa no processo administrativo, e em busca da verdade material, não vislumbro nenhuma comprovação de que o ICMS desonerado tenha sido diminuído do valor recebido pelo contribuinte, tal como reclamado pela defesa.

Não se trata de descumprimento de formalidade referente ao local da indicação do imposto desonerado. Além disso, diferentemente do que diz a defesa, a isenção é sim condicionada de forma clara pelo item 49, inciso I e II da Nota I (Anexo I – RICMS/RO).

São dispensáveis de análise os itens 2.7 e 2.8 da defesa.

3.9 - SUBSIDIARIAMENTE: DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS JUROS MORATÓRIOS EXIGIDOS PELO ESTADO DE RONDÔNIA: TEMA 1062 STF

Em que pese a boa escrita da defesa, não é de competência do Tribunal Administrativo (TATE), a apreciação de inconstitucionalidade de normas vigentes no estado de Rondônia.

Observo que o cálculo dos juros apostos pelo auto de infração seguiu determinação da Instrução Normativa 04/2021, emitida pela Coordenadoria da Receita Estadual (item 3 do Anexo Único), que assim detalha os procedimentos para inserção dos juros cobrados pela administração tributária:

3. os lançamentos vencidos até 31 de janeiro de 2021, inclusive, quando não pagos no vencimento, serão atualizados pela UPF/RO e serão capitalizados por juro de mora de 1% (um por cento) ao mês até essa data, passando, a partir daí, a ser acrescidos unicamente da variação mensal da taxa SELIC

3.10 – PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Desnecessária a diligência, pois os quesitos apresentados pela defesa já estão perfeitamente demonstrados no processo e não possuem relevância para a tomada de decisão desta unidade de julgamento, dado que (1) existe a informação de que os valores do ICMS foram desonerados na prestação dos serviços destinados à Administração Pública; (2) o ICMS dessas prestações possuem a informação de valor zerado e (3) houve a informação de incidência sobre essas prestações. Como já detalhado, os fatos em comento não possuem o condão de comprovar a ocorrência do desconto que deveria ter disso feito nos documentos fiscais como prova da diminuição do valor final do preço do serviço cobrado da Administração Pública, a fim de que pudesse ser usufruído o benefício fiscal de isenção do ICMS.

Por fim, ratifico os números aferidos pelo auto de infração em relação aos consectários que compõem o crédito tributário, chamando a atenção para a correta aplicação das alíquotas lançadas pela ação fiscal, aplicadas em 35% sobre os serviços de telecomunicações (vigente à época dos fatos) e de 25% sobre demais serviços de comunicação (item 12 do artigo 27 da Lei 688/1996), que teve o acréscimo de

2% referente ao FECOEP determinado pelo artigo 27-A da Lei 688/1996.

4. CONCLUSÃO

Existe a condição imposta pela legislação para que seja aplicada a isenção nas prestações de serviços destinados à administração Pública estadual.

Esta condição se define pelo abatimento do preço do serviço a ser demonstrado em documento fiscal, ou afastada a formalidade, em qualquer outro documento que demonstre esta circunstância.

A nota fiscal, caso informasse (1) o valor do serviço prestado sem a isenção do ICMS, e (2) o valor final cobrado da Administração Pública, reduzido pela do imposto exonerado, supriria a condição determinada para o uso do benefício fiscal, tal como expresso pela legislação. Porém, inexistente essa informação na nota fiscal e a defesa também não demonstrou, por qualquer outro documento, que o preço das vendas destinadas à Administração Pública tenha sido menor do que o valor normal do serviço fornecido sem a isenção do ICMS.

Por esta compreensão, julgo **procedente** o auto de infração, sendo devido, integralmente, o valor do crédito tributário de R\$ 5.896.837,03.

5. ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o sujeito passivo principal da decisão de Primeira Instância, intimando-o a recolher o crédito tributário, julgado como procedente e devido, no valor original de R\$ 5.896.837,03, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, com redução de 40% sobre o valor da multa, garantindo-se o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição do valor em Dívida Ativa.

Porto Velho, 06 de setembro de 2024.

RENATO FURLAN
Auditor Fiscal de Tributos Estaduais
Julgador de 1ª Instância TATE/RO



Documento assinado eletronicamente por:

RENATO FURLAN, Julgador de 1ª Instância - TAT,

Data: **09/09/2024**, às **14:29**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.