



**Conselho de Recursos Fiscais**

**Processo nº 041.412.2013-2**

**Acórdão nº 446/2015**

**Recurso EBG/CRF-252/2015**

**EMBARGANTE: ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**

**EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.**

**PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA**

**AUTUANTE: JOÃO ELIAS COSTA FILHO**

**RELATOR : CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDA A DECISÃO AD QUEM. RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS DESPROVIDO.**

Os embargos revelam cunho manifestamente protelatório não se configurando a contradição e a obscuridade apontadas pela embargante.

Os embargos de declaração não são instrumentos próprios para reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão recorrido. Mantida a decisão vergastada.

**Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...**

**A C O R D A M** os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do **RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para ratificar a decisão exarada no Acórdão n ° **371/2015** que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n° **93300008.09.00000487/2013-90**, lavrado em 16/4/2013, contra a empresa **ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**, inscrição estadual n°. 16.127.983-0, devidamente qualificada nos autos.

**Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.**

**P.R.I.**

**Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 03 de setembro de 2015.**

**Roberto Farias de Araújo  
Cons. Relator**

**Gianni Cunha da Silveira Cavalcante  
Presidente**

**Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.**

**Assessora Jurídica**



**GOVERNO  
DA PARAÍBA**

**EMB DEC CRF – 252/2015**

**EMBARGANTE: ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**

**EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.**

**PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA**

**AUTUANTE: JOÃO ELIAS COSTA FILHO**

**RELATOR : CONS. ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDA A DECISÃO AD QUEM. RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS DESPROVIDO.**

Os embargos revelam cunho manifestamente protelatório não se configurando a contradição e a obscuridade apontadas pela embargante.

Os embargos de declaração não são instrumentos próprios para reexame das questões de fato e de direito já apreciadas no acórdão recorrido. Mantida a decisão vergastada.

**Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...**

## **RELATÓRIO**

Submetidos ao exame deste Colegiado de Justiça Administrativa Fiscal **RECURSO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS** na fruição do benefício estatuído no art. 53, VI, do Regulamento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010.

O libelo acusatório de nº **93300008.09.00000487/2013-90**, lavrado em 16/4/2013, denuncia a empresa **ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**, inscrição estadual

nº. 16.127.983-0, por deixar de recolher aos cofres da Fazenda Estadual a quantia de **R\$ 6.201.417,99 (seis milhões, duzentos e um mil, quatrocentos e dezessete reais e noventa e nove centavos)**, sendo **R\$ 2.449.354,07 (dois milhões, quatrocentos e quarenta e nove mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e sete centavos)**, de ICMS e **R\$ 3.752.063,92 (três milhões, setecentos e cinquenta e dois mil, sessenta e três reais e noventa e dois centavos)**, de multa por infração.

Em sede de recurso, apreciado por esta instância *ad quem*, este Colegiado modificou os valores da sentença exarada na instância singular ao promulgar, o Acórdão nº **371/2015** declarando parcialmente procedente o lançamento tributário conforme transcrição que se segue, *litteris*:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. DECADÊNCIA. CONFIGURADA EM PARTE. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. CONVÊNIO. FUNCEP. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO. REDUÇÃO DA MULTA. LEI NOVA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.**

Valores alcançados pela decadência acarretaram a sucumbência de parte do crédito tributário. A acusação de falta de recolhimento do ICMS sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual. As prestações de serviços de televisão por assinatura e acesso a internet poderão se beneficiar da redução da base de cálculo do imposto, nos termos estabelecidos em Convênio. Os valores referentes ao FUNCEP não poderão ser utilizados como crédito do ICMS. Reduzida a multa aplicada em decorrência de advento de lei nova, mais benéfica ao contribuinte.

**A C O R D A M** os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo **DESPROVIMENTO** do hierárquico e provimento parcial do voluntário, para alterar, quanto aos valores, a sentença monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.0000487/2013-90**, lavrado em 16/4/2013, contra a empresa **ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**, inscrição estadual nº 16.127.983-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 3.858.210,26 (três milhões, oitocentos e cinquenta e oito mil, duzentos e dez reais e vinte e seis centavos), **sendo** 2.182.518,47 (dois milhões, centos e oitenta e dois mil, quinhentos e dezoito reais e quarenta e sete centavos) **de ICMS nos termos dos artigos 3º, III; 11, V; 12, VII e 106; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 1.675.691,79 (um milhão, seiscentos e setenta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e setenta e nove centavos) de multa por infração nos termos dos artigos 82, IV e V, "h", da Lei nº 6.379/96.**

**Ao mesmo tempo, cancelo o valor de R\$ 1.843.260,61 sendo R\$ 98.069,86, referentes a ICMS e R\$ 1.745.190,75, de multa por infração.**

Com a decisão, deste Órgão Revisor, sendo publicada no D.O.E., em 17/8/2045, a recorrente, irresignada com o Acórdão prolatado, veio a apresentar, tempestivamente, o presente Recurso de Embargos de Declaração em 21/8/2015 (*fls. 2-7, vol. 2*).

Em grau de aclaratórios, aponta contradição e obscuridade na decisão embargada, alegando os seguintes pontos:

Diz que embora tenha sido expressamente reconhecida no Acórdão, as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/13, no art. 82, IV, e V, “h”, da Lei nº 6.379/96, que reduziram em 50% (cinquenta por cento) as penalidades anteriormente previstas, essa nova quantificação não foi adotada quando do cálculo do crédito tributário, havendo necessidade de retificação.

Afirma que o Acórdão não abordou o cerne da questão, no que diz respeito a incidência do ICMS sobre as receitas oriundas de valores cobrados dos clientes a título de habilitação e locação de equipamentos.

Neste sentido, traz decisões dos tribunais superiores, para afirmar que as atividades previstas no Convênio ICMS 69/98, não se enquadram no conceito de serviço de comunicação, uma vez que representam atividades preparatórias/acessórias e, portanto, alheias à prestação do serviço de telecomunicação.

Assim, requer que sejam sanadas a contradição e obscuridade, que entende serem existentes no Acórdão, para que sejam recalculadas as penalidades de modo a refletirem os novos percentuais e reconsiderar a decisão no que se refere à incidência do ICMS sobre as receitas de habilitação e locação de equipamentos.

### **É o Relatório.**

## **V O T O**

Analisa-se nestes autos o Recurso de **EMBARGOS DECLARATÓRIOS** interposto pela empresa **ACOM COMUNICAÇÕES S.A.** perante este Conselho de Recursos Fiscais, com fundamento do art. 64, do Regulamento Interno do Conselho de Recursos Fiscais aprovado pelo Decreto nº 31.502/2010, conforme transcrição abaixo, *ipsis litteris*:

Art. 64. O Recurso de Embargos de Declaração será interposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição, na decisão proferida.

Adentrando as questões postas pela embargante, iniciaremos pelo exame da contradição arguida, de que, embora reconhecida expressamente no acórdão prolatado, este deixou de quantificar no crédito tributário, a redução da penalidade prevista

na nova redação do art. 82, IV, e V, “h”, da Lei nº 6.379/96, conforme as alterações introduzidas pela Lei nº 10.008/13.

Sobre o assunto, cabe lembrar que o voto desta relatoria reconheceu o direito da recorrente ao benefício da redução da penalidade aplicada, conforme os novos percentuais previstos, no art. 82, IV, e V, “h”, da Lei nº 6.379/96, que foram reduzidos pela metade, em razão das modificações introduzidas pela Lei nº 10.008/13, passando o texto do artigo a vigorar com a seguinte redação:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto.

(...)

V – de 100% (cem por cento):

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Neste sentido, o auto de infração apurou um ICMS de **R\$ 2.249.354,07**, sobre o qual foram aplicados os percentuais de 150% e 200%, referentes a multa por infração, perfazendo um total de **R\$ 6.201.417,99**, conforme discriminado abaixo:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	ICMS	%	MULTA	TOTAL
FALTA REC ICMS(Serv. Comunicações)	2.293.288,69	1,50	3.439.933,04	5.733.221,73
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	156.065,38	2,00	312.130,76	468.196,14
<b>TOTAIS</b>	<b>2.449.354,07</b>		<b>3.752.063,92</b>	<b>6.201.417,99</b>

Em face dos ajustes efetuados o valor do ICMS foi reduzido ao valor de **R\$ 2.182.518,47**, sobre o qual foram aplicados os novos percentuais de 75% e 100%, em função da nova redação do art. 82, IV, e V, “h”, da Lei nº 6.379/96, subsistindo um crédito tributário de **R\$ 3.858.210,26**, como discriminado abaixo:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	ICMS	%	MULTA	TOTAL
FALTA REC ICMS - SEVIÇOS DE COMUNICAÇÕES	2.027.306,72	0,75	1.520.480,04	3.547.786,76
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	155.211,75	1,00	155.211,75	310.423,50
<b>TOTAIS</b>	<b>2.182.518,47</b>		<b>1.675.691,79</b>	<b>3.858.210,26</b>

Como se pode verificar, esses são os valores constantes no Acórdão proferido, conforme texto constante na *fl.* 427 do processo, logo não observo qualquer contradição a ser corrigida no que se refere à penalidade aplicada.

No tocante à incidência do ICMS sobre as receitas oriundas de valores cobrados dos clientes a título de habilitação e locação de equipamentos, o assunto foi devidamente tratado no acórdão vergastado, sobre cujo entendimento discorreremos a seguir.

Sobre as receitas de habilitação, a cobrança do ICMS se dá por força do Convênio nº 69/98, que determina que esses valores devam ser computados na base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação, vejamos o texto do Convênio:

**Convênio ICMS nº 69/98.**

*CLÁUSULA PRIMEIRA. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, **habilitação**, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g.n.).*

Como se não bastasse, não há como se excluir tais receitas da base de cálculo do ICMS, incidente sobre a prestação de serviços de comunicação, em função de não haver como se isolar essa atividade da prestação dos serviços de comunicação efetuados pela autuada.

Tal fato é reconhecido pela própria recorrente, ao afirmar que se trata de atividade preparatória à oferta do serviço de telecomunicação, o que lhe confere o caráter de essencialidade para a prestação do serviço ofertado pela autuada. Em outras palavras, poderíamos afirmar que sem a habilitação não há comunicação.

Ora, reconhecido o caráter de essencialidade, se infere que essa atividade é parte integrante do serviço de telecomunicação, conforme definido pelo art. 60, da LGT, portanto, deve ser computada na base de cálculo do ICMS.

*Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.*

Por outro prisma, convenhamos que a remuneração da atividade empresarial é fruto das receitas dos produtos e serviços oferecidos para uso e consumo da sociedade, assim, a precificação das atividades meio, constitui uma idiosincrasia que apresenta o único propósito de fugir do pagamento do imposto através da redução irregular de sua base de cálculo.

Ressalte-se que o assunto foi extensivamente tratado no Acórdão embargado, tendo este Colegiado externado o entendimento de que as receitas oriundas de valores cobrados dos clientes, a título de habilitação, são partes integrantes e indissociáveis dos serviços de telecomunicação ofertados pela autuada, portanto devem compor a base de cálculo do ICMS sobre esses serviços.

No tocante às receitas advindas da locação de equipamentos, o assunto também foi devidamente enfrentado no Acórdão vergastado, sendo o entendimento deste Conselho pela inclusão dos valores cobrados por essa atividade na base de cálculo do ICMS sobre os serviços de comunicação.

Neste caso, a locação desses equipamentos não constitui uma simples locação de coisas, nos termos do Código Civil, pois estão atreladas à prestação dos serviços de telecomunicação prestados pela autuada, sendo, portanto, essenciais à prestação do serviço.

Cabe aqui reproduzir trecho de Parecer da ANATEL, a respeito de pedido de informações apresentado pelo CONFAZ:

#### *4.2 – DA ANÁLISE*

*De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral das Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº. 04/95, aprovada pela Portaria nº. 148, de 31 de Maio de 1995. (g.n.).*

A esse respeito, as decisões dos tribunais superiores se referem a casos pontuais, não há, ainda, a propalada pacificação do tema.

Neste sentido, cabe reproduzir ementa do STF no AI 75897 AgR de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, DJE de 7/5/2010:

***Ementa: (...) É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não incide Imposto sobre Serviços (ISS) sobre locação de bens móveis. A caracterização de parte da atividade como prestação de serviço não pode ser meramente pressuposta, dado que a constituição do crédito tributário é atividade administrativa plenamente vinculada, que não pode destoar do que permite a legislação (proibição do excesso da carga tributária) e o próprio quadro fático (motivação, contraditório e ampla defesa). (...) Possibilidade de as autoridades fiscais exercerem as faculdades conferidas pela lei para aferirem quais receitas são oriundas da isolada locação de bens móveis."***

Federal: Vejamos o teor da Súmula 492 editada pelo Supremo Tribunal

***A Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal assinala: "A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro locado". No entanto, se o veículo estiver sendo conduzido por motorista do dito locador, torna-se evidente que o suposto locatário não pode***

*assumir responsabilidade civil e tampouco solidária em caso de acidente, se nada interferiu na direção do veículo. Este contrato não seria de locação, mas de serviço de transporte.*

Concluo pelo entendimento de que não há como dissociar o caráter de necessidade e essencialidade das atividades de habilitação e locação de equipamentos da prestação do serviço de telecomunicação ofertado pela embargante, assim, as receitas oriundas dessas atividades devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre a prestação de serviço de telecomunicação.

Dessa forma, não vislumbro qualquer contradição ou obscuridade, que possa lhe conferir efeitos modificativos ao acórdão embargado, tendo em vista que as questões foram ali devidamente enfrentadas.

**Por tudo o exposto,**

**V O T O** - pelo recebimento do **RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu **DESPROVIMENTO**, para ratificar a decisão exarada no Acórdão n.º **371/2015** que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **93300008.09.00000487/2013-90**, lavrado em 16/4/2013, contra a empresa **ACOM COMUNICAÇÕES S.A.**, inscrição estadual n.º 16.127.983-0, devidamente qualificada nos autos.

**Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 3 de setembro de 2015.**

**ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO**  
**Conselheiro Relator**

