



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 046.291.2015-7

Recurso /EBG/CRF-273/2014

Embargante: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO

Relator: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO ALEGADA. MERO INCONFORMISMO DO SUJEITO PASSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

Os Embargos Declaratórios servem para suprir os vícios da obscuridade, contradição ou omissão no julgado e não procedem quando deduzidos contra decisões que contêm suficientes esclarecimentos jurídicos, capaz de permitir o pleno conhecimento dos motivos que levaram à sua prolação, não se prestando, portanto, para reapreciar questões já enfrentadas em grau de recurso. A mera insatisfação do sujeito passivo não tem o condão de tornar cabíveis os embargos aclaratórios. Inocorrência de contradição. Mantido, portanto, o Acórdão embargado.

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 declaratórios, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 150/2016, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000473/2015-39, lavrado em 31/3/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A., inscrita no CCICMS sob o nº 16.064.797-5, 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 16 de setembro de 2016.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Inconformada com o veredicto exarado no Acórdão nº 150/2016, a empresa acima epigrafada interpõe, perante esta Corte de Justiça Fiscal, EMBARGOS DECLARATÓRIOS, fundamentada nos termos do art. 64 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016.

No libelo fiscal acusatório, formado pelo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000473/2015-39, lavrado em 31/3/2015, denuncia a empresa embargante pela prática das seguintes irregularidades:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO >>> *O contribuinte acima qualificado, deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS.*

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, A APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS CONSIDEROU A ININTERRUPTA EXISTÊNCIA EM CONTA GRÁFICA DE SALDO DEVEDOR PARA O PERÍODO ANALISADO E FOI REALIZADA ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA CONFECÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS QUE SEGUEM EM ANEXO (ANEXO I E II), ALÉM DO MEMORIAL AUXILIAR DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em sessão realizada por esta instância de julgamento, foi aprovado, por unanimidade, com o voto exarado por este Conselheiro Relator, declarando a PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento tributário, tendo sido proferido o Acórdão nº 150/2016, conforme emenda abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ISENÇÃO CONDICIONADA. DEDUÇÃO DO PREÇO NÃO OCORRIDA. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. RECONHECIMENTO DE PARTE DA DENÚNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA RECIDIVA APLICADA. MODIFICADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prestação de serviços de comunicação junto à Administração Pública contratante somente goza do benefício da isenção de que tratam os Decretos nº 24.755/03 e 35.320/14 quando atendidas, estritamente, as condições neles impostas, no tocante a comprovação da redução no preço do serviço prestado e, cumulativamente, a indicação, no documento fiscal, do valor do desconto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.

Da mesma forma incide ICMS nas prestações de comunicação quando da ocorrência de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediário, essenciais e necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

A existência de prestação de serviços de comunicação associada à utilização de equipamento de natureza essencial é o que determina a incidência do imposto estadual

A acusação de falta de recolhimento do ICMS sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual.

Ocorrência de recolhimento de parte de denúncia via REFIS/PB.

Exclusão da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/20913

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

Da supracitada decisão, a empresa foi notificada em 13/8/2016, conforme Notificação com Aviso de Recebimento anexado às fls. 503, contra a qual interpôs Embargos Declaratórios (fls. 507/508), de forma tempestiva, vindo a alegar a existência de contradição na decisão vergastada, tendo em vista que o relator reconheceu que as receitas de locação de equipamento não se constituem em serviços, porém conclui pelo entendimento de haver incidência de ICMS, citando passagem do voto proferido.

Por fim, expõe decisão firmada no Acórdão nº 19.884/2012 proferida pelo Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, para justificar a contradição desta relatoria em manter a exigência de ICMS-Comunicação sobre as operações de locação de equipamentos, requerendo o provimento dos embargos de declaração para afastar a exigência fiscal sobre estas rubricas em questão.

Este é o Relatório.

V O T O

Em debate, recurso denominado de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, contra a decisão *ad quem* prolatada através do Acórdão nº 120/2016, com fundamento nos artigos 64 do Regulamento Interno do Conselho de Recursos Fiscais aprovado pelo Decreto nº 36.581/2016, conforme transcrição abaixo:

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. (grifo nosso)

Como se vê, a hipótese de admissibilidade do presente recurso se dá quando ocorre omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada proferida, visando corrigir lacunas, obscuridade ou conflito de entendimento, porquanto estes se constituem seus requisitos de cabimento, tal como estatui o art. 1022, I e II, do Novo Código de Processo Civil^[1].

Com efeito, só a existência destes vícios, nos termos do Regimento desta Casa, autorizam a parte lançar mão do remédio jurídico-processual dos embargos de declaração, tão-somente a fim de instar o prolator da decisão objurgada a que se re-exprima, "*tornando claro aquilo que nele é obscuro, certo aquilo que nele se ressentido de dúvida, desfaça a contradição nele existente, supra ponto omissis*" nas lições de Moacyr Amaral Santos - (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1989-1992 – p. 151).

Ao analisar os objetos do embargo, vislumbro que os questionamentos suscitados pelo embargante dizem respeito apenas à existência de contradição, não sendo manifestado qualquer questionamento sobre as demais hipóteses previstas de admissibilidade, ao qual passo a enfrentar. Porém, os vícios suscitados revelam, apenas, o inconformismo da embargante com o resultado do julgamento do recurso voluntário, caracterizando o seu caráter procrastinatório, como será abaixo analisado.

Nesta senda, se faz necessário entender o primado da contradição, que representa aquela situação jurídica em que a decisão gera dúvida em relação ao raciocínio (fundamentação) do juiz ou tribunal, ou uma dificuldade de incongruência lógica entre os distintos elementos da decisão. Ocorre contradição quando há o emprego de fundamentos antagônicos em relação a outros fundamentos, ou à conclusão, ou ao relatório, ou, ainda, em casos de decisão proferida, à emenda da decisão.

Nas razões do recurso, a embargante alega que teria havido contradição na decisão desta Corte ao fundamentar que a relatoria reconhece "não serem serviços", a atividade de locação de equipamentos e, ao mesmo tempo, considera prestação de serviço de comunicação sujeita a incidência de ICMS, conforme trecho copilado do último parágrafo, contido às fls. 499 dos autos.

Pois bem. Em verdade, não se vislumbra nenhuma contradição na decisão embargada, pois o que se denota é a falta de entendimento ou mesmo de interpretação semântica da fundamentação de decidir desta relatoria, visto que o trecho do parágrafo citado pela embargante foi analisado de forma isolada e descontextualizada de todo o teor decisório, uma vez que o termo empregado de "não serem serviço" não desqualificou as operações como serviços prestados pela embargante, apenas, demonstrou que as receitas de alugueis de equipamento não são dissociadas da própria prestação de serviço de comunicação, ou seja, fazem parte da própria atividade desenvolvida, pois os usuários finais não contratam o serviço de locação de equipamento, de forma isolada e independente, para uso ao seu bel prazer por outras operadoras.

Neste contexto, quando se empregou o termo "não serem serviços" se referiu em não considerá-los como sendo um serviço essencialmente de locação de equipamento que, na sua praticidade técnica, não o é, pois este serviço, na verdade, não subsiste isoladamente da própria prestação dos serviços de telecomunicações disponibilizada pela embargante, visto ser vinculado e colocado à disposição dos clientes e usuários finais sem opção de escolha, como elemento necessário e essencial para a efetivação e utilização da própria prestação dos serviços ofertados pela empresa embargante.

Assim, diferente da tese de contradição, vejo que a cobrança dos serviços prestados de comunicação, em separado, denota a intenção da empresa em fugir da incidência do ICMS, desonerando, indevidamente, o imposto estadual do preço dos serviços de telecomunicação prestados aos clientes, como atividade principal da empresa, através da classificação tidas como de atividades preparatórias e acessórias, distintas da atividade fim, acarretando, como consequência, a falta de recolhimento do imposto pela redução irregular da base de cálculo do serviço prestado de telecomunicação.

Portanto, os reclamos da embargante não encontram incidência de reforma no julgamento dos

presentes Embargos, situação que, inclusive, foi bem abordada no voto vencedor de minha autoria, que passo a transcrever o ponto questionado para reavivar a memória e demonstrar que a matéria encontra-se superada pela fundamentação de mérito, senão vejamos:

Incidência do ICMS Sobre as Receitas de

Aluguéis de Equipamentos

No tocante às receitas advindas da locação de equipamentos, a recorrente, através de seus procuradores, afirma que estas não podem integrar a base de cálculo do ICMS, por se referirem à atividade independente, distinta da prestação de serviço de comunicação ofertado pela empresa, sem fato gerador específico ao caso presente.

No caso em exame, não há como se conceber a locação de equipamentos para uso como elementos de rede nas instalações de seus clientes, como uma simples locação de coisa, nos termos do Código Civil, pois a utilização desses equipamentos está atrelada à prestação do serviço de telecomunicação ofertado pela autuada, de forma a possibilitar a conversão dos sinais trafegados na rede da recorrente em sinais que possibilitem sua recepção nos aparelhos dos usuários.

Logo, para que esses serviços fossem caracterizados como simples aluguel de equipamentos, sem sofrer tributação pelo ICMS, seria necessário que estivessem completamente dissociados de qualquer serviço de telecomunicação prestado pela recorrente.

Não é assim que acontece, tendo em vista não haver, por parte do usuário, o animus em locar os referidos equipamentos para uso ao seu bel prazer, em atividades dissociadas do serviço prestado pela recorrente. Pelo contrário, o seu primordial objetivo é utilizar esses equipamentos para estabelecer um canal de comunicação através dos serviços prestados pela recorrente.

Além disso, a aquisição de tais aparelhos é condição sine qua non para a prestação do serviço de telecomunicação, donde se conclui pela sua imprescindibilidade ao serviço ofertado.

Neste sentido, conforme definido no art. 60 da LGT, o serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, assim, faz parte de um serviço de comunicação todas as atividades necessárias para por em funcionamento a plataforma tecnológica capaz de viabilizar a comunicação entre os usuários.

Seguindo esta linha, a ANATEL assim se manifestou, em parecer, em resposta a 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.).

Por conseguinte, torna-se irrelevante o fato de que a cobrança sobre essas receitas tenha sido feita, sob a forma de aluguel de equipamentos, apartada da cobrança dos serviços de comunicação prestados pela empresa, pois o que realmente importa é que os equipamentos, acima descritos, são elementos necessários e essenciais para a realização dos serviços de telecomunicação, prestados pela autuada, portanto parte integrante desses serviços.

Assim, em virtude desses equipamentos fazerem parte da estrutura tecnológica inerente ao serviço de telecomunicação prestado pela empresa, devem, os valores cobrados a título de locação, integrar a base de cálculo do ICMS sobre os serviços de comunicação ofertados pela recorrente.

Portanto, entendo que a cobrança, em separado, de atividades meio ou de pretensas atividades fins, denota a intenção da empresa em fugir da incidência do ICMS, desonerando o preço dos serviços de telecomunicação prestado aos clientes, atividade principal da empresa, através da remuneração camuflada de atividades preparatórias e acessórias, pretensamente distintas da atividade fim, acarretando a falta de recolhimento do imposto pela redução irregular da base de cálculo do serviço prestado.

Ora, diante de um processo cada vez mais automatizado, onde a viabilização da comunicação cada vez menos depende da interferência de um operador, caso toda estrutura operacional fosse faturada sob a forma de aluguel ou de atividade meio, nada restaria a tributar.

No tocante ao exemplo trazido pela recorrente quanto às rubricas intituladas de “TC CPE SOLUCION” e outras de mesma natureza, esta relatoria entende que a utilização dos equipamentos pelos usuários do serviço de comunicação é condição essencial e vinculada pela empresa para a prestação do serviço de transmissão de dados, voz e imagem, cujo caráter de imposição inerente a tal operação é o que, a meu ver, determina a incidência do ICMS na operação de comunicação, batizado como TC CPE SOLUTION.

Tendo em vista que a prestação do serviço de comunicação é viabilizada mediante o oferecimento da aparelhagem posta à disposição do cliente, entendo que não se justifica o afastamento da incidência do ICMS sobre as operações de aluguel, mesmo apesar de tais equipamentos serem locados pela autuada, pois não serem serviços.

Correto, portanto, é o lançamento compulsório, tendo em vista que atendeu a condições essenciais a sua exequibilidade, à luz dos dispositivos de lei supracitados.

Este entendimento, diferente do que foi trazido pela recorrente, encontra jurisprudência atual e pacificada neste órgão Colegiado, conforme Acórdão CRF de nº 320/2013, de minha relatoria, que assim decidi quando da análise de caso de idêntica natureza, senão vejamos:

Processo nº 147.901.2011-2

Acórdão 320/2013

Recursos HIE/VOL/CRF- nº 299/2012

RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REDUÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO - REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

- A jurisprudência desta Corte Administrativa de Julgamento firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo artigo 173, inciso I e não pelo regramento do artigo 150, §4º, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se deduz a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários. Preliminar rejeitada.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem a incidência do ICMS tendo como base de cálculo incidente sobre as 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, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g. n.)

-Redução da multa por infração em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna disciplinado no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN, em razão do que dispõe o art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito a partir de 01/09/2013.

Assim, concluo que não há como dissociar o caráter de necessidade e essencialidade desses equipamentos para o serviço de telecomunicação prestado pela recorrente, entendendo que as receitas oriundas da locação de equipamentos para uso como elementos de rede na prestação de serviço de telecomunicação, devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre o serviço prestado de comunicação.

Diante do exposto, entendo que a decisão embargada se encontra de forma cristalina em sua análise e julgamento, não havendo a contradição pretendida pela embargante, inexistindo cabimento para os presentes embargos declaratórios, de forma que mantenho a decisão desta Corte, materializada no Acórdão nº 150/2016, proferido em 27/5/2016.

“EX POSITIS”,

V O T O - pelo recebimento do recurso de embargos declaratórios, por regular e tempestivo e, no mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 150/2016, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000473/2015-39, lavrado em 31/3/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A., inscrita no CCICMS sob o nº 16.064.797-5, devidamente qualificada nos autos.

Sala das

Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 16 de setembro de 2016.

BORGES

JOÃO LINCOLN DINIZ

Conselheiro Relator