



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

PROCESSO 0462932015-6

TRIBUNAL PLENO DE JULGAMENTO

Embargante: TELEMAR NORTE LESTE S/A

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA, JOAO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. MANTIDA DECISÃO EMBARGADA. RECURSO DESPROVIDO.

É cabível o Recurso de Embargos Declaratórios para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, não sendo evidenciada a contradição pretendida, mantendo-se, portanto, os termos do Acórdão nº 523/2018.

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

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo seu desprovitamento, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do Acórdão nº 523/2018, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015 (fls. 5 a 8), contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, CCICMS nº 16.064.797-5, nos autos qualificadas.

P.R.I

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e GÍLVIA DANTAS MACEDO.

Assessor Jurídico

Relatório

Submetidos a exame, nesta Corte de Justiça Fiscal, EMBARGOS DECLARATÓRIOS, com supedâneo nos arts. 75, V e 86, do Regimento Interno desta Casa, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, considerando o disposto no Decreto nº 37.286/2017, interpostos contra a decisão emanada do Acórdão nº 523/2018.

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000480/2015-30 (fls. 5 a 8), lavrado em 31/3/2015, onde a empresa autuada, TELEMAR NORTE LESTE S/A, é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

NOTA EXPLICATIVA:

O PRESENTE LEVANTAMENTO TEM COMO BASE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO SOBRE AS QUAIS O CONTRIBUINTE NÃO FEZ INCIDIR O FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, E FOI REALIZADO ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) QUE SERVIRAM DE BASE PARA A CONFECCÃO DOS DEMONSTRATIVOS E MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO QUE SEGUEM EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Apreciado o contencioso fiscal na instância prima, o julgador fiscal, Francisco Nociti, decidiu pela *procedência* do Auto de Infração em tela, conforme sentença de fls. 297 - 304, proferindo a seguinte ementa:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIAS COMPROVADAS.

- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja.

- A fruição do benefício da isenção de que trata os Decretos nºs 24.755/03 e 35.320/14 somente se aplica quando atendidas as condições nele impostas. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, imposta pelo artigo 111 do CTN.

- As prestações de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediários, essenciais ao serviço de comunicação, estão no campo de incidência do ICMS, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

- Independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação. 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.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão singular, a empresa autuada impetrou recurso voluntário a esta instância ad quem, requerendo a reforma da decisão a quo.

Conclusos os autos, foram estes apreciados nesta Corte, com o voto desta relatoria, que decidiu pela procedência do lançamento tributário (fls. 351 a 362), à unanimidade, que na sequência promulgou o **Acórdão nº 523/2018** (fls. 363 a 365), condenando a autuada ao crédito tributário de R\$ 2.695.207,68 (dois milhões, seiscentos e noventa e cinco mil, duzentos e sete reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.347.603,84 (um milhão, trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) de FUNCEP, e R\$ 1.347.603,84 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, cuja ementa abaixo reproduzo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. CONFIRMAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP – é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas o serviço de comunicação, cuja base de cálculo é a mesma do ICMS incidente na operação. “In casu”, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 150/2016, transitado em julgado, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.

- Por absoluta falta de competência legal é defeso aos Órgãos Julgadores Administrativos declarar inconstitucionalidade de norma, em detrimento à pretensão da recorrente.

Da supracitada decisão, a empresa autuada interpôs Embargos Declaratórios (fls. 370 a 372), protocolado em 29/10/2018, vindo a requerer a reforma da decisão embargada, em que alega

contradição no Acórdão nº 523/2018, destacando, em suma, os seguintes pontos:

- que o conselheiro entendeu como imprescindível a verificação final exarada no Auto de Infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, correspondente à cobrança de ICMS sobre serviços de telecomunicação, que originou o FUNCEP ora em questão;
- que o Acórdão nº 150/2016, que decidiu sobre a cobrança do correspondente ICMS, manteve uma contradição lá deflagrada, que teria reconhecido que sobre as receitas de locação de equipamentos não incidiria ICMS, citando trecho de sua afirmativa, mas que teria concluído de forma contrária;
- que em face da manutenção do entendimento firmado no Acórdão nº 150/2016, restaria evidente contradição no *decisum* embargado, que manteve a cobrança do FUNCEP;
- solicita a suspensão do crédito tributário em espeque até o julgamento da ação anulatória nº 0861434-18.2016.8.15.2001, que se refere ao A. I. 93300008.09.00000473/2015-39, sobre a cobrança do ICMS que originou o FUNCEP ora em evidência.
- requer acolhimento dos presentes embargos, sanando o vício apontado, e afastando a exigência de ICMS-Comunicação sobre as operações de locação de equipamentos.

Em prosseguimento aos trâmites processuais, foram os autos devolvidos a esta relatoria, pelo critério regimental, para apreciação e julgamento dos embargos apresentados.

Eis o Relatório.

VOTO

Em análise, recurso de embargos declaratórios interposto pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra a decisão *ad quem*, prolatada por meio do Acórdão nº 523/2018, com fundamento no art. 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria nº 75/2017/GSER, conforme transcrição abaixo:

Art. 75. Perante o CRF, serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V – de Embargos de Declaração

Com efeito, a supracitada legislação interna, ao prever a interposição de embargos declaratórios, tem por escopo corrigir defeitos quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade* na decisão proferida, porquanto estes constituem requisitos para seu cabimento, tal como estatui o art. 86[1], do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, ou a pretexto dos requisitos admitidos pela jurisprudência pátria do STJ: premissa fática equivocada do respectivo decisório.

Em relação à tempestividade da oposição dos embargos ora em questão, estes devem ser apostos no prazo de cinco dias a contar da ciência da decisão do julgamento do recurso voluntário, conforme previsão do art. 87 da Portaria nº 75/2017/GSER[2], cuja ciência à embargante ocorreu em 3/12/2018, por meio de Aviso de Recebimento – AR, fl. 368. Os embargos foram protocolados em 29/10/2018, fl. 369, após a publicação do Acórdão guerreado, e antes da sua ciência oficial, estando estes, portanto, tempestivos.

Em descontentamento com a decisão embargada, proferida à unanimidade pelos membros desta Corte, a embargante vem aos autos, sob a pretensão de reformá-la, sob os argumentos de que teria ocorrido contradição, pelos motivos acima relatados, além de pedido de suspensão do crédito tributário até o julgamento da ação anulatória nº 0861434-18.2016.8.15.2001, correspondente à cobrança do ICMS que originou o FUNCEP.

Com efeito, a contradição aduzida só se encontra presente quando se verifica duas ou mais proposições intrinsecamente contrárias dentro do texto da decisão embargada. A contradição suscitada advém do Acórdão nº 150/2016, referente ao ICMS que deu suporte ao FUNCEP ora em evidência, em que aduz que as receitas de locação de equipamentos não incidiria ICMS, citando trecho de sua afirmativa, mas que teria concluído de forma contrária. Vejamos o trecho de sua afirmativa, citado nos embargos:

“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.”

Pois bem. A contradição suscitada já foi objeto de embargos de declaração inerente ao citado Acórdão nº 150/2016, cuja decisão originou o Acórdão nº 321/2016, que esclareceu a interpretação dada ao texto supramencionado, afastando a contradição apontada, cuja decisão, à unanimidade dos membros da Corte Administrativa, foi pela manutenção do Acórdão nº 150/2016, em sua totalidade.

Vejamos o texto da decisão que analisou a contradição levantada pela embargante, e desproveu os embargos interpostos por meio do Acórdão nº 321/2016:

(...)

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, (...)

Portanto, a motivação recursal trazida à baila pela embargante, referindo-se ao Acórdão nº 150/2016, já foi objeto de análise, sendo, então, superada a contradição apontada e mantida a cobrança do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação ora em destaque, não havendo como afastar a cobrança do FUNCEP a ele inerente.

Em relação ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, este se refere à Ação Anulatória de Débito Fiscal nº 0861434-18.2016.8.15.2001, promovida pela embargante, em relação ao Auto de Infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, que trata da cobrança do ICMS e respectivas multas por infração. Tal ação, em que observo nos autos, fl. 379, ter sido deferido parcialmente o “pedido de tutela provisória”, para suspender a exigibilidade do crédito tributário, este se reporta a ação própria, de auto de infração específico diverso da acusação ora em epígrafe.

A suspensão do presente crédito tributário, derivado do Auto de Infração nº 93300008.09.00000480/2015-30, só pode ser concedida, nos termos do art. 151 do CTN. Vejamos:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Para a suspensão pretendida pela embargante, deve esta, se assim desejar, seguir o mesmo caminho nas vias judiciais, que trilhou na ação anulatória do crédito tributário inerente à cobrança do ICMS, nos termos do art. 151, V, do CTN, supracitado.

Destarte, diante dos argumentos, não se vislumbra que houve a contradição pretendida pela embargante, e sim um mero descontentamento da decisão recorrida.

Nesse sentido, este Colegiado já se posicionou em decisão acerca de questão semelhante, conforme edição do Acórdão nº 009/2017, de relatoria do Cons.º João Lincoln Diniz Borges, cuja ementa abaixo transcrevo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS CAPAZES DE CONTRAIR EFEITOS MODIFICATIVOS. 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, capazes 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 dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos. Mantido, portanto, o Acórdão embargado.

Portanto, não há como dar provimento aos aclaratórios, pois não foi caracterizada a contradição pretendida, ou quaisquer defeitos, previstos no art. 86 da Portaria nº 75/2017/GSER, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência pátria, capazes de trazer consequências ao Acórdão nº 523/2018, o que revela ato procrastinatório por parte da embargante, pelo seu mero descontentamento da decisão recorrida.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento dos Embargos de Declaração, por regular e tempestivo, e, no mérito pelo seu *desprovido*, a fim de manter a decisão proferida por esta Egrégia Corte Fiscal, por meio do

Acórdão nº 523/2018, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015 (fls. 5 a 8), contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, CCICMS nº 16.064.797-5, nos autos qualificadas.

Segunda Câmara de Julgamento. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 31 de janeiro de 2019.

RODRIGUES LIMA

Relator

PETRONIO

Conselheiro