



PROCESSO Nº 0135672019-6

ACÓRDÃO Nº 186/2024

TRIBUNAL PLENO

Embargante: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (I.E. BAIXADA).

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF/PB.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO.

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - CONTRADIÇÃO - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

- É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pelo CRF-PB. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal por meio do **Acórdão nº 510/2023**, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000046/2019-84**, lavrado em 28 de janeiro de 2019 contra a empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de abril de 2024.



HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0135672019-6

TRIBUNAL PLENO

Embargante: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (I.E. BAIXADA).

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF/PB.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO.

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - CONTRADIÇÃO - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - MANTIDA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DESPROVIDO.

- É cabível o Recurso de Embargos de Declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram ineficazes para modificar a decisão recorrida, posto que evidenciada a mera insatisfação do sujeito passivo quanto aos termos do acórdão proferido pelo CRF-PB. Inocorrência dos pressupostos necessários e capazes de produzir efeitos modificativos.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração oposto pela empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA), contra a decisão proferida no **Acórdão nº 510/2023**, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento **93300008.09.00000046/2019-84**, lavrado em 28/01/2019, no qual consta a acusação de:

0285 - **FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS** >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: A EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA POR RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS NO PERÍODO DE JANEIRO DE 2014 A DEZEMBRO DE 2015, PROVENIENTE DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DOS MEIOS DE REDE CONFORME ESTABELECIDO NO ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013 (CONVÊNIO ICMS 17/2013).

O VALOR DO ICMS A SER RECOLHIDO FOI APURADO PELA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CALCULADOS PELO FISCO E OS RECOLHIDOS PELA EMPRESA (ANEXO1). NO CÁLCULO DOS VALORES, O FISCO LEVOU EM CONSIDERAÇÃO:



A) OS VALORES TOTAIS MENSAS DAS AQUISIÇÕES DE CESSÃO DE MEIOS DECLARADOS NO SPED/efd SOB OS CFOP 1301/2301 (ANEXO 2);

B) IMPOSTAÇÃO (GROSS UP) DOS VALORES DO ITEM A, EM RAZÃO DO ICMS SER UM IMPOSTO CALCULADO POR DENTRO;

C) OS VALORES TOTAIS MENSAS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO EXTRAÍDOS DOS RECIBOS DE ENTREGA DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 (ANEXO 3);

D) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013, FORAM INCLUÍDAS NO DENOMINADOR OPERAÇÕES DE COBILLING LANÇADAS EM “OUTROS DÉBITOS” NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS (ANEXO 4);

E) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013, CONFORME DEMONSTRADO NO ANEXO 4, FORAM EXCLUÍDAS DO NUMERADOR (PRESTAÇÕES ISENTOS/OUTRAS A USUÁRIO FINAL) E DO DENOMINADOR (TOTAL DE PRESTAÇÕES A USUÁRIO FINAL): SERVIÇOS DE INTERCONEXÃO/FATURAMENTO PRÉ-PAGO (SÉRIE B14 E B15); MULTAS/JUROS (SÉRIE B10 E B51); SERVIÇOS OFERTADOS A OUTRAS OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÃO, QUE NÃO SÃO USUÁRIAS FINAIS (PARCELA DOS VALORES DAS SERIES A E 3).

DESTACA-SE QUE O LEVANTAMENTO FEITO NO ITEM “E” TEVE COMO BASE OS RELATÓRIOS “TLM PB ALIQUOTA 0 ANO 2014” E “TLM PB ALIQUOTA 0 ANO 2015” FORNECIDOS PELA TELEMAR NORTE LESTE S.A, CUJOS DADOS FORAM EXTRAÍDOS DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 (ANEXO 5 - MÍDIA CD-R).

A IRREGULARIDADE APONTADA SE ENCONTRA DETALHADA NOS ANEXOS 1, 2, 3, 4 E 5, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Cientificada pessoalmente desta ação fiscal, em 29 de janeiro de 2019, a autuada, através de seus representantes (fl. 228), interpôs petição reclamatória tempestiva (fl. 208 a 226), apresentando os seguintes argumentos em sua defesa:

- Que o auto de infração foi lavrado por conta de divergências entre o Fisco e a autuada na realização do cálculo previsto na cláusula terceira do Convênio 17/13, que no, entanto, não deve prosperar, tendo em vista que o fiscal autuante partiu de premissas completamente equivocadas para a realização do referido cálculo, que vão de encontro às determinações literais e específicas do Convênio 17/13;
- Que apresenta, em anexo, DOC -2, planilha com o cálculo do período autuado seguindo as determinações do citado convênio;
- Alega a decadência dos créditos tributários para o período de janeiro de 2014, tendo em vista a ciência do auto de infração ter ocorrido em 29.01.2019;
- Que para a apuração do ICMS, tanto no numerador quanto no denominador utilizados para o cálculo previsto na cláusula terceira do Convênio 17/13, somente devem ser inseridos valores inerentes a prestações de serviços de comunicação (fato gerador do ICMS), desconsiderando-se valores estranhos que possam vir a falsear a proporção, como o caso de ajustes financeiros tributados pelo ISS, etc;



- O fiscal autuante partiu do cálculo que já havia sido elaborado pela empresa, fazendo as seguintes alterações: ignorou por completo as disposições convenientes e realizou um gross up dos valores totais das aquisições de cessão de meios de rede realizadas pela empresa, acrescentando o valor próprio do ICMS, majorou indevidamente o numerador da fração algébrica, na medida em que inseriu valores que constavam na coluna “outros” do SPED da empresa, os quais dizem respeito a operações que não podem ser consideradas como isentas, beneficiadas com reduções da base de cálculo, não tributadas ou destinadas a consumo próprio, reduziu indevidamente o denominador da fração algébrica, na medida em que não considerou como operações de cessão de meios de rede as que se encontravam registradas nas séries “B14 e 15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares prépagos), bem como nas séries “A” e “3” (que tratam da cessão de meios de rede da impugnante para outras operadoras de telefonia);
- Que, conforme demonstrado em anexo, refez os cálculos, desconsiderando as premissas do fiscal autuante, e procedendo a ajustes, como a exclusão de determinadas notas fiscais que, embora tenham sido registradas nos CFOPs 1301 e 2301, não possuem natureza de cessão de meios de rede, foram excluídos, no denominador, valores referentes a clientes isentados incorretamente pela autuada, cuja parcela foi objeto do auto de infração 933.00008.09.00000473/2015-39;
- Defende que, após refazer os cálculos com os ajustes devidos, não há qualquer valor de ICMS a pagar na condição de cessionária de meios de rede;
- Que não está expresso no Convênio 17/13 que o valor total de cessão de meios de rede deve ser acrescido do imposto que sequer incidiu sobre as operações, logo, mostra-se arbitrária a ação do autuante na medida que criou um valor fictício, que não condiz com a realidade e não está previsto no Convênio 17/13 tampouco no Decreto estadual nº 34.010/13;
- Alega que operações regularmente tributadas não podem ser inseridas no numerador, bem como atividades que sequer são tributadas pelo ICMS, como as receitas financeiras, restando claro que parte das operações consideradas pelo fiscal autuante no numerador da fração não guarda qualquer relação com o ICMS, e não pode ser considerada como decorrente de operações isentas, não tributadas, beneficiadas com redução de base de cálculo ou auto consumo, a rubrica “outros” que consta no SPED da empresa, conforme indicado na planilha em anexo (Doc 2);
- O fiscal autuante não poderia ter retirado do denominador do coeficiente determinados valores de cessão de meios de rede de que a autuada atuou como cedente, ou seja, cedeu seus meios para outra operadora, que, no caso, ficou responsável pelo pagamento do ICMS, tratando-se de valores nas séries “B14” e “B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos) e nas séries “A” e “3” (cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia), os quais são regularmente tributados pelo ICMS, só que por meio da sistemática do diferimento previstas no supracitado convênio nº 17/13, onde o fiscal não esclarece o motivo desses valores terem sido por ele excluídos do denominador da fração;



- Constatou-se a existência de determinadas notas fiscais que foram registradas sob o CFOP 1301 e 2301, mas que não possuem natureza de cessão de meio de rede, como os produtos REPASSE DE TUP, REPASSE DE RECEITA CO-BILLING-ENA, FATURAMENTO DE COMPRA DE MINUTOS LONGA, VC2 POS OUTORGA, FATURAMENTO COMPRA MIN LONGA DISTANCIA, SERVIÇO DE DETRAF, CUSTO COMISSÃO DE CO-BILLING, VC2 POS OUTORGA, requerendo-se a realização de diligência fiscal/perícia com vistas a comprovar a impossibilidade de classificar tais notas fiscais como cessão de meios de rede;
- Que deve ser excluído no cálculo do numerador determinados valores que dizem respeito a operações que são e foram tributadas, como no caso dos valores erroneamente classificados pela autuada como isentos e que tiveram o ICMS pago quando da lavratura do auto de infração nº 933.00008.09.00000473/2015-39.

Na instância prima, a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, a qual, visando dirimir os questionamentos trazidas na peça reclamatória e ante as provas apresentadas pela defesa, acolheu o pedido de Diligência solicitado (fl. 267).

A Fiscalização procedeu aos trabalhos de diligência requerido, tendo notificado o contribuinte (fl. 274), para a apresentação de documentos a fim de analisar e responder as alegações e questionamentos presentes na peça reclamatória, juntando aos autos a Informação Fiscal (fl. 281 a 294) e Mídia Digital DVD, contendo duas pastas, uma com os demonstrativos fiscais e outra contendo os arquivos enviados pela impugnante em atendimento a notificação, cópia da notificação nº 0011994/2021 e planilhas demonstrativas do crédito tributário após o trabalho de diligência realizado (fl. 273 a 280).

Na Informação Fiscal, a Autuante apresenta, em síntese, as seguintes informações:

- Que acata os argumentos apresentados pela impugnante referente a decadência dos créditos tributários do período de janeiro/2014, procedendo a sua exclusão;
- Que a apuração do ICMS devido na cessão de meios de rede foi efetuada em conformidade com o que determina a legislação, tendo considerado o somatório total das aquisições de cessão de meios registrados nos CFOP 1.301 e 2.301, que não sofreram tributação na entrada, que no cálculo do fator considerou, no numerador, o total de saídas isentas, não tributadas, com redução de base de cálculo e consumo próprio e no denominador, o total de saídas que tem relação como as prestações de serviço de comunicação que dependem diretamente dos meios de rede para serem prestadores ao usuário final;
- A inclusão do ICMS nos valores totais de aquisições de cessão de meios para a obtenção da base de cálculo ocorre tendo em vista o ICMS ser um imposto calculado por dentro, conforme definido na Lei Complementar 87/1996, não tendo a fiscalização cometido equívoco, pois tal procedimento é correto;



- Foram utilizados valores totais mensais de prestação de serviços de telecomunicação extraídos dos recibos de entrega dos arquivos do Convênio ICMS 115/2003;
- Foram excluídos do numerador e denominador do fator as cobranças alheias aos serviços de comunicação prestados aos seus usuários finais, bem como as vendas de serviços ofertados a outras operadoras;
- Foi incluído no denominador do fator as operações de cobilling lançadas em “outros débitos” no livro de apuração do ICMS;
- Do valor calculado a título de ICMS fora abatido os valores já recolhidos pela empresa;
- Considerando os argumentos e documentos apresentados pela empresa, reconhece a necessidade de fazer alguns ajustes nos anexos do Auto de Infração, o que levou a redução do crédito tributário lançado;
- Que embora a empresa alegue que a fiscalização incluiu incorretamente no Numerador do fator valores da coluna “outras (SPED) referentes a valores de receitas financeiras, esta não apresentou nenhum relatório ou planilha com os itens das NFST excluídos, nem com os itens da composição do numerador da fração. Buscando conhecer a classificação atribuída pela empresa aos itens constantes da coluna “outros”, solicitou a empresa que especificasse, mensalmente, as séries com a respectiva destinação das NFST dos valores constantes na coluna “outros” (item 2 da notificação nº 00119994/2021), a empresa respondeu à solicitação (DVD fls. 273), porém não foi possível fazer a análise pretendida, pois os valores totais relativos as séries das NFST são diferentes dos informados pela empresa à época da fiscalização;
- Que o Convênio ICMS 17/2013 determina que o ICMS é devido exclusivamente sobre a aquisição de meios de rede, não existindo respaldo legal para incluir no cálculo do ICMS vendas de cessão de meios a outras operadoras, portanto, as séries B14, das NFST não utilizam meios adquiridos de outras operações com diferimento de ICMS, não fazendo parte do denominador, visto que não se compra meios de rede para vender meios de rede;
- Que no Doc.02 (fls. 262/264) citado pela empresa, existem apenas cópias refeitas pela empresa dos Demonstrativos (Anexo 01 e Anexo 4) partes integrantes do Auto de Infração, porém são planilhas sem comprovação da procedência ou composição dos dados nelas inseridos, ainda, nas planilhas (Doc 02) constam valores totais mensais sem dado sobre a formação desses valores e sem vinculação com os itens das NFST, ou seja, as planilhas não tem lastro documental para comprovação dos valores informados;
- Quanto a existência de valores incluídos no total de aquisições de cessão de meios de rede que não possuem essa natureza, a fiscalização, apenas com a alegação da autuada em sua impugnação, é que tomou conhecimento do equívoco da autuada em declarar notas fiscais com itens diversos de cessão de meios nos CFOP 1301 e 2301 e como a empresa não apresentou as NFST de forma a comprovar os valores totais alegados em sua impugnação, intimou a empresa para disponibilizar as cópias das notas fiscais que não possuem natureza de cessão de meios de rede e que foram registradas indevidamente



no CFOP 1301/2301. Da posse das notas foi feito um confronto mensal entre NFST e arquivo excel das NFST de entradas fornecido pela empresa, que resultou na exclusão das NFST que totalizam R\$ 194.084,18, diferentemente do valor de R\$ 195.872, 83 alegado na impugnação;

- No tocante a quitação parcial do auto de infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, foi feito o confronto com os dados de consultas do módulo de arrecadação do sistema ATF da SEFAZ/PB a fim de calcular a base de cálculo mensal relativa ao ICMS pago no REFIS, conforme quadro apresentado às fls. 290, o que resultou no reconhecimento de pagamento de serviços tributados referentes a períodos de 2014, tendo sido excluído da base de cálculo de 2014 o valor total de R\$ 1.062.157,07;

- Que quanto à produção de prova pericial, esta revelasse desnecessária, pois os documentos e elementos constantes do auto de infração e esclarecidos pela fiscalização, em sua informação fiscal, tem todas as informações necessárias que respondem os questionamentos presentes na impugnação;

- Que as respostas aos quesitos apresentados na impugnação são: quesito

1: Não, tendo em vista que os valores excluídos pela impugnante é maior que o levantado pela fiscalização, que totalizou R\$ 194.084,18; quesito

2: Sim. Os valores registrados na coluna “outros” do SPED/EFD possuem prestações de serviços não tributados, devendo serem incluídos no numerador, a exemplo da NFST (série A) não destinadas a operadoras de telecomunicação; quesito

3. Não. Os valores mensais do numerador não estão corretos, pois os valores iniciais já divergiam dos informados pela empresa e depois da exclusão dos valores quitados no auto de infração, que também apresentaram diferenças com os considerados pela empresa, o resultado do numerador continua incorreto; quesito

4: Não. As series b14 e B15 e partes das séries A e 3 das NFSTs se referem a venda de cessão de meios de rede para outras operadoras e nesse caso não utilizam meios adquiridos de outras operadoras com diferimento do ICMS, devendo os valores das citadas séries serem excluídos tanto do numerador como do denominador, visto que não se compra meios de rede para vender meios de rede, entendendo-se que com amparo no Convênio ICMS 17/2013, as referidas séries devem ser excluídas do denominador da fração.

Após terem sido feitas as correções, acatando em parte as alegações da defesa, a Fiscalização juntou aos autos Novo Demonstrativo do ICMS a Recolher (fl. 275 e 276).

Notificada dos documentos juntados pela fiscalização e do resultado dos trabalhos da Diligência solicitada (fl. 297), a empresa apresentou manifestação (fl. 298 a 307), trazendo os seguintes argumentos:

- Que mesmo após a diligência, alguns equívocos remanescem no cálculo feito pela Fiscalização;



- A realização do gross up viola a disposição expressa no Convênio ICMS 17/13;
- Houve o equívoco ao incluir os valores da coluna “OUTROS” no numerador da fração, onde o fiscal responsável pela diligência reiterou os argumentos carreados pela autuada sem analisar a documentação anexada pela autuada, que juntou planilha detalhada com a especificação mensal das séries das NFST referente aos valores constantes da coluna “OUTROS”, demonstrando que tais operações, em sua maioria, não foram tributadas pelo ICMS (receitas financeiras ou serviços tributados pelo ISS), rubricas como “IP ACCESS CONNECT CONFIG/MONT” “TC CPE SOLUTIN ALUGUEL MEDIO PORTE”;
- Equívoco da Fiscalização ao excluir os valores registrados nas séries “B14”, “B15”, “A” e “3” do denominador da fração, já que são regularmente tributados pelo ICMS, só que por meio da sistemática de diferimento prevista no Convênio nº 17/13, no denominador devem constar todos os valores relativos a prestações de serviços de comunicação potencialmente sujeitas ao imposto;
- Reitera os argumentos apresentados na impugnação e solicita o cancelamento integral do auto de infração.

Os autos retornaram à GEJUP, para apreciação e julgamento, ocasião em que a julgadora fiscal decidiu pela *procedência parcial* da exigência fiscal, com recurso de ofício, conforme ementa que abaixo reproduzo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO PARA O PERÍODO AUTUADO DE JANEIRO/2014. AJUSTES NECESSÁRIOS NO LEVANTAMENTO FISCAL APÓS DILIGÊNCIA. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE.

É devida a exigência fiscal quando constatada a falta de recolhimento do ICMS sobre aquisições de meios de rede, tendo em vista a empresa autuada não ter procedido a apuração e recolhimento do imposto conforme previsto no art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013, que dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicações (Convênio ICMS 17/2013). Derrocada de parte dos créditos tributários lançados, tendo em vista a extinção pela decadência do período autuado de janeiro de 2014 e ajustes necessários no levantamento fiscal realizados pela Fiscalização após procedimento de Diligência.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima (fl. 335/336), a autuada apresentou, através de seus representantes, recurso voluntário tempestivo (fl. 337 a 359), trazendo em síntese, os seguintes argumentos:

- a) A decisão recorrida manteve o entendimento da autuante que ao realizar o *gross up* dos valores totais das aquisições de cessão de meios de rede realizados pela empresa na “Coluna A”, acresceu aos valores de aquisição o



- valor do próprio ICMS, majorando indevidamente o valor a ser pago pelo contribuinte;
- b) A decisão recorrida manteve os valores na “Coluna OUTROS” do SPED da empresa, os quais dizem respeito a operações que não podem ser consideradas como isentas, com redução de base de cálculo, não tributadas ou destinadas ao uso /consumo, no cálculo do NUMERDOR na “COLUNA B”, (majorando indevidamente o imposto), tais como:
- . Receitas advindas de locação instalação e manutenção de equipamentos “TC. CPE SOLUTION” (consistente em criar infraestrutura – hardware – de comunicação interna dentro dos limites de propriedade de clientes corporativos;
 - . Receitas de serviços meio e complementares ao serviço de comunicação (cobrados dos usuários sob a denominação de locação de equipamentos, instalação de equipamentos, montagem de equipamentos, configuração de equipamentos, serviço de auxílio a lista telefônica 102, Advanced serviços);
- c) A decisão recorrida manteve a redução indevida do DENOMIADOR da “COLUNA B”, da fração algébrica, na medida em que não considerou como operações as cessões de meios de rede, as quais se encontram registradas nas séries “B14” e “B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos), bem como nas séries “A” e “3” (que tratam de cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) que são tributadas com o benefício do diferimento conforme Convênio ICMS 17/13.

Na 161ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada no dia 24 de outubro de 2023, os conselheiros, à maioria votaram de acordo com o voto do relator, desproveram ambos os recursos, hierárquico e voluntário, mantendo inalterada decisão monocrática, declarando parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000046/2019-84, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 5.302.498,73** (cinco milhões, trezentos e dois mil, quatrocentos e noventa e oito reais e setenta e três centavos), sendo **R\$ 3.534.999,11** (três milhões, quinhentos e trinta e quatro mil, novecentos e noventa e nove reais e onze centavos) **de ICMS** por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, complementado em Nota Explicativa com o art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013; Convênio ICMS 17/13 e Convênio ICMS 115/03; e **R\$ 1.767.499,62** (um milhão, setecentos e sessenta e sete mil, quatrocentos e noventa e nove reais e sessenta e dois centavos) **de multa por infração** fundamentada no art.. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, mantendo cancelado a quantia total de **R\$ 749.167,11** (setecentos e quarenta e nove mil, cento e sessenta e sete reais e onze centavos), referente ao ICMS e Multa por infração.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 510/2023, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:



ICMS TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. DECADÊNCIA ACATADA. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Incidência do ICMS sobre as aquisições de meios de rede, CFOPs 1301 e 2301. Para fins de pagamento do imposto devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período.

- Derrocada de parte dos créditos tributários lançados, tendo em vista a extinção pela decadência do período autuado de janeiro de 2014.

Seguindo a marcha processual, o sujeito passivo foi cientificado acerca da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 12/01/2024 (fl. 405).

Irresignado com a decisão consignada no Acórdão nº 510/2023, o sujeito passivo opôs, no dia 18/01/2024, o presente recurso de embargos de declaração (fl. 406 a 412), por meio do qual afirma que o acórdão embargado teria **omissão e contradição**, em relação aos seguintes pontos:

Em relação a OMISSÃO, alega que:

-A decisão embargada desconsiderou a extensa documentação colacionada aos autos, de forma a manter os valores declarados na coluna “OUTROS” do SPED da empresa, os quais acabam por majorar indevidamente o NUMERADOR do cálculo do coeficiente. A defesa juntou ao processo planilha detalhada com a especificação mensal das séries das NFST referentes aos valores constantes da coluna “OUTROS”, demonstrando que tais operações sequer eram tributadas pelo ICMS, como as receitas financeiras.

Quanto a CONTRADIÇÃO, alega que:

- O Acórdão manteve o entendimento de retirar do DENOMINADOR do coeficiente, valores de cessão de meios de rede (valores das séries “B14” e “B15” - faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos e das séries “A” e “3” - cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) em que a embargante atuou como cedente, cedendo seus meios de rede para outra operadora, só que por meio da sistemática do diferimento no recolhimento do ICMS, previsto no Convênio ICMS 17/13.

Se tais operações de cessão de meios de rede são tributadas pelo ICMS, e o denominador deve ser composto pelo total das prestações do período, qual seria o motivo para que fossem excluídas do DENOMINADOR da fração, os valores das séries “B14” e “B15”



(faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos) e séries “A” e “3” (cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia)?

Diante do exposto, a embargante requer sejam os presentes embargos de declaração providos para que a referida omissão e contradição sejam sanadas, atribuindo efeitos infringentes, reconhecendo a insubsistência do auto de infração.

Em sequência, os autos retornaram a mim, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios oposto pela empresa OI MÔVEL S/A, contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 510/2023.

De início, cumpre-nos registrar que o presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos da decisão proferida quando configurada a ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade*. Senão vejamos:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

O Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, em seu artigo 87, estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso por parte do contribuinte.

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Na verificação dos prazos processuais, denota-se que o presente recurso de embargos de declaração apresenta-se tempestivo, vez que foi protocolado em 18/01/2024 e a ciência do acórdão ocorreu em 12/01/2024, dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias, em conformidade com o que dispõe o artigo 19 da Lei nº 10.094/13:

Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal, na repartição fiscal em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.



§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.

Em descontentamento com a decisão proferida, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos apontando suposta **omissão e contradição no Acórdão nº 510/2023**, que justificaria a reforma da referida decisão por meio de embargos de declaração.

1- Quanto à OMISSÃO, alega que a decisão embargada desconsiderou a extensa documentação colacionada aos autos, de forma a manter os valores declarados na coluna “OUTROS” do SPED da empresa, os quais acabam por majorar indevidamente o NUMERADOR do cálculo do coeficiente.

Da leitura do Acórdão nº 510/2023, extrai-se que o tema ventilado pela defesa foi devidamente justificado e explicitado, em conformidade com os trabalhos de revisão de auditoria realizados em diligência fiscal, conforme a própria embargante demonstra em trecho de sua peça recursal, não havendo motivos que justifiquem a alegação promovida pela embargante. Vejamos:

“Em sua Informação Fiscal, fls. 281 a 294, a Fiscalização esclarece que embora a empresa tenha alegado que foram incluídas incorretamente no Numerador do fator valores da coluna “OUTROS” (SPED), solicitou que essa especificasse, mensalmente, as séries com a respectiva destinação das NFST dos valores constantes na coluna “OUTROS” (item 2 da notificação nº 00119994/2021), e que, embora a empresa tenha respondido à solicitação (arquivos contidos no DVD, às fls. 273), não foi possível fazer a análise pretendida, pois os valores totais relativos as séries das NFST são diferentes dos informados pela empresa à época da fiscalização.

Ainda, a Fiscalização relata que no DOC. 02 (fls. 262/264), citado pela empresa, existem apenas cópias refeitas pela empresa dos Demonstrativos (Anexo 01 e Anexo 4) partes integrantes do Auto de Infração, porem são planilhas sem comprovação da procedência ou composição dos dados nelas inseridos, ainda, nas planilhas (DOC 02) constam valores totais mensais sem dado sobre a formação desses valores e sem vinculação com os itens das NFST, ou seja, as planilhas não tem lastro documental para comprovação dos valores informados.

Considerando a análise efetuada pela Fiscalização, de fato, vislumbra-se que **a autuada não apresentou provas da natureza das operações conforme por ela alegado. A apresentação de planilhas com indicação de valores e receitas não relacionadas a efetiva prestação de serviço de telecomunicação não faz prova inequívoca do tipo da natureza dos serviços como alega a autuada, sobretudo, se tais valores não têm vinculação com os itens constantes das NFST.**”

Conforme se depreende do trecho acima, o acórdão embargado tratou o assunto, restando demonstrada a inexistência de vícios de omissão no acórdão embargado de forma a justificar o provimento dos embargos declaratórios.



2 – Quanto à CONTRADIÇÃO a embargante alega que o Acórdão manteve o entendimento de retirar do DENOMINADOR do coeficiente, valores de cessão de meios de rede (valores das séries “B14” e “ B15” - faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos e das séries “A” e “3” - cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) em que a embargante atuou como cedente. Afirma que se tais operações de cessão de meios de rede são tributadas pelo ICMS e o denominador deve ser composto pelo total das prestações do período, não se justifica a exclusão destas prestações do DENOMINADOR da fração.

Da leitura do Acórdão nº 510/2023, extrai-se que o tema foi devidamente justificado e explicitado, conforme a própria embargante demonstra em trecho de sua peça recursal, não havendo motivos que justifiquem a alegação de contradição promovida pela embargante. Vejamos trecho da decisão embargada, que trata do tema:

“Quanto aos valores das séries “B14” e “ B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos) e nas séries “A” e “3” (cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) que a autuada entende que deveriam ser consideradas no Denominador do fator, concordo com entendimento apresentado pela Fiscalização de que o Convênio ICMS 17/2013 determina que o ICMS é devido exclusivamente sobre a aquisição de meios de rede, não existindo respaldo legal para incluir no cálculo do ICMS vendas de cessão de meios a outras operadoras, portanto, as séries B14, B15, A, 3 das NFST não utilizam meios adquiridos de outras operações com diferimento de ICMS, não devendo fazer parte do Denominador. Também equivocado o entendimento da autuada de que as operações foram tributadas, pois a cessão de rede não é tributada, sendo o ICMS exigido apenas sobre o preço do serviço cobrado ao usuário final. Não há como considerar estas operações de cessão de rede como tributadas pela autuada, porque de fato não são. A única operação tributada é a prestação do serviço ao usuário final pela cessionária.

No tocante aos valores incluídos no total de aquisições de cessão de meios de rede que não possuem essa natureza, a Fiscalização intimou a empresa para disponibilizar as cópias das notas fiscais que não possuem natureza de cessão de meios de rede e que foram registradas indevidamente no CFOP 1.301/2.301, onde, após feito o confronto mensal entre NFST e arquivo *excel* das NFST de entradas fornecido pela empresa, resultou na exclusão das NFST que não representam aquisição de meios de rede.”

Assim, como explicitado no acórdão embargado, a cessão de meios de rede entre operadoras é beneficiada por diferimento, não sofrendo tributação, sendo atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede a outra operadora, que presta o serviço ao usuário final.

Novamente, conforme se depreende do acórdão embargado, esta demonstrada a inexistência de vícios de contradição que possam justificar o provimento dos embargos declaratórios.



O fato é que, em verdade, a peça recursal tem o nítido e específico intuito de reexaminar o mérito. A mera discordância com o teor da decisão recorrida não é motivo suficiente para que seja dado provimento aos embargos de declaração. Para tanto, faz-se necessária a comprovação de ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão proferido.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão proferida por esta egrégia corte fiscal por meio do **Acórdão nº 510/2023**, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000046/2019-84**, lavrado em 28 de janeiro de 2019 contra a empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA).

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 16 de abril de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator