



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

PROCESSO N° 081.888.2013-0
Recurso VOL/CRF N.º 370/2015
EMBARGANTE: TNL PCS S.A.
EMBARGADO: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS.
PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA
AUTUANTES: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO
RELATORA: CONS^a. DOMÊNICA COUNTINHO DE SOUZA FURTADO

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA EM PARTE. SUPRIMENTO.
MANTIDA A DECISÃO AD QUEM. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

A alegação de existência de omissão na decisão exarada neste Colendo Tribunal Administrativo foi acolhida em parte para supri-la, sem, contudo, atribuir efeitos modificativos no aresto 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 da relatora, pelo recebimento dos **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL, sem efeito infringente**, para ratificar a decisão exarada no Acordão n° **448/2015**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **93300008.09.00000923/2013-21**, lavrado em 21/6/2013, contra a empresa **TNL PCS S.A.**, inscrita no CCICMS sob n° **16.132.064-3**, 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 29 de janeiro de 2016.

Domênica Coutinho de Souza Furtado

Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante

Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO e PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA .

Assessora Jurídica

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 93300008.09.00000923/2013-21, lavrado em 21/6/2013, denuncia a empresa TNL PCS S.A., inscrição estadual nº. 16.132.064-3, por deixar de recolher aos cofres da Fazenda Estadual a quantia de R\$ 1.757.385,52 (um milhão, setecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e dois

centavos), sendo R\$ 702.954,20 (setecentos e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e vinte centavos) de ICMS e R\$ 1.054.431,32 (um milhão, cinquenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e um reais e trinta 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 448/2015 declarando parcialmente procedente o lançamento tributário conforme transcrição que se segue, litteris:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRELIMINAR. AFASTADA. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A devida compreensão, pela defesa, dos fatos que lhe foram imputados, não configura o cerceamento de defesa, pas de nullité sans grief. A cobrança do ICMS sobre os serviços de comunicação, objeto da autuação, está prevista no Convênio 69/98. O advento de Lei nova mais benéfica ao contribuinte acarretou a sucumbência de parte do crédito tributário.

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

ACORDAMos membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e do voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo DESPROVIMENTO de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000923/2013-21, lavrado em 21/6/2013, contra a empresa TNL PCS S.A., inscrição estadual nº 16.132.064-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.271.890,12 (um milhão, duzentos e setenta e um mil, oitenta e três reais e doze centavos), sendo R\$ 702.954,20 (setecentos e dois mil, novecentos e cinquenta e quatro reais e vinte centavos), de ICMS, nos termos do artigo 13, III, c/c artigo 3º, III; artigo 11, V e 12, VII; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 568.935,92 (quinhentos e sessenta e oito mil, novecentos e trinta e cinco reais e noventa e dois centavos), de multa por infração nos termos dos artigos 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, mantenho cancelado o valor de **R\$ 485.495,40**, referente a multa por infração.

Com a decisão, deste Órgão Revisor, sendo publicada no D.O.E. em 29/9/2015, foi expedida a notificação PAT nº 00072394/2015, por via postal, com AR (fls. 815), constando como recebida em 16/10/2015.

Irresignada com o Acórdão prolatado, a recorrente veio a apresentar o presente Recurso de Embargos de Declaração em 9/10/2015 (fls. 818 a 824).

No recurso alega que a decisão embargada quedou-se omissa quando não teceu comentários sobre a jurisprudência colacionada aos autos no que diz respeito à abrangência do Convênio ICMS 69/98.

É o Relatório.

VOTO

Analisa-se nestes autos o Recurso de **EMBARGOS DECLARATÓRIOS** interposto pela empresa **TNL PCS 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.

Assim, requer que sejam conhecidos e providos os presentes Embargos de Declaração, para sanar as omissões apontadas, retificando-se o acórdão proferido no que couber.

Alega, a embargante, que o acórdão combatido foi omisso ao não levar em consideração a jurisprudência dos tribunais superiores no que diz respeito à incidência do ICMS sobre as receitas de assinatura, habilitação, aluguel de equipamentos e os serviços suplementares e facilidades adicionais, de que trata o Convênio ICMS 68/98.

De início, achamos pertinente reproduzir trecho da ementa do REsp 1264897/PE, de relatoria do Ministro Humberto Martins: “É cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente par fundamentar a decisão, o que de fatos ocorreu”.

Neste sentido, a decisão ora embargada enfrentou tais questões como se pode verificar pelos seguintes trechos do voto:

“Com relação às atividades de assinatura e habilitação, consideradas pela recorrente como atividades meio, nelas se reconhece o caráter preparatório para a execução do serviço de telecomunicação prestado pela recorrente, se configurando como pré-requisito necessário à oferta do serviço.

Ora, reconhecido o seu caráter de essencialidade, se infere que essa atividade é parte integrante do serviço de telecomunicação, conforme definido pelo art. 60, da LGT, devendo, portanto, ser computada na base de cálculo do imposto sobre os serviços de comunicação”.

“Assim, considerando que não há como dissociar o caráter de necessidade e essencialidade desses equipamentos para o serviço de telecomunicação prestado pela recorrente, entendo 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”.

“Com efeito, não visualizamos inconvenientes para classificar os serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicação, haja vista neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem por símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, sendo irrelevante o fato de que o canal de comunicação seja de propriedade do próprio emissor da mensagem”.

No entanto, no propósito de esclarecer pretensas omissões, prestamos os seguintes esclarecimentos adicionais:

Assim, deve-se salientar que o Convênio ICMS 68/98 se encontra em plena vigência, não sendo do conhecimento desta Relatoria, a existência de qualquer decisão superior que lhe restrinja os efeitos.

Ressalte-se que a despeito da jurisprudência apresentada pela embargante, à exceção da Súmula Vinculante, que comentaremos mais adiante, essas decisões não possuem efeito vinculante que possam impedir a aplicação do Convênio ICMS 68/98, que permanece vigente em nosso ordenamento, logo, as eventuais divergências desta Relatoria com essas decisões não constituem omissão nem afronta à legalidade das leis.

Neste sentido, o entendimento deste Colegiado em várias de suas decisões é de que todas as atividades essenciais à prestação do serviço de comunicação com este se confunde, devendo, portanto, sofrer tributação pelo ICMS.

Esclareça-se que tal entendimento, expresso no acórdão vergastado, mantém consonância com a definição de serviço de comunicação expresso no art. 60 da Lei Geral das Telecomunicações, como se segue:

*Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que **possibilita** a oferta de telecomunicação. (grifo nosso).*

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Como se observa, é a essencialidade, traduzida na expressão: “conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação” (grifo nosso), que vem a caracterizar se a atividade é integrante do serviço de comunicação ofertado.

Na mesma linha, o parágrafo 2º diz que todos os meios tecnológicos necessários à realização do serviço se confundem com a estação de telecomunicações.

No caso dos autos, são tributáveis pelo ICMS as receitas provenientes de aluguel de equipamentos atrelados à prestação do serviço de telecomunicação, em face de sua essencialidade ao serviço prestado.

Contrapondo-se à decisão exarada no Acórdão nº 448/2015, a embargante se socorre da Súmula Vinculante nº 31, em que o STF decidiu pela inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre operações de locação de bens móveis.

A despeito da edição da referida súmula, que não tem relação com o ICMS, registre-se o posicionamento da ministra Rosa Weber, na relatoria do Agravo Regimental na Reclamação 14.290 DF: “*Resta evidente inexistir contrariedade ao enunciado da SV 31, que não diz respeito a contratos de locação mista – locação de bens móveis acompanhada da prestação de serviços*”.

Ainda, podemos exemplificar a intervenção do Ministro Marco Aurélio no RE 116121: “*Indago se, no caso, o proprietário do guindaste coloca à disposição daquele que loca também algum serviço.*”

Penso que não. Creio que aí se trata de locação pura e simples, desacompanhada, destarte, da prestação de serviços. Se houvesse o contrato para essa prestação, concluiria pela incidência do tributo”.

Ressalte-se que a decisão sumulada trata de casos de locação pura e simples de coisa, diferentemente do caso em exame, em que o aluguel ocorre concomitantemente com a prestação do serviço, sendo o equipamento locado essencial ao serviço prestado.

No tocante às atividades de assinatura e habilitação, sabemos que as atividades meio são centro de custo da empresa, enquanto a sua fonte de remuneração decorre de sua atividade fim, a prestação de serviço de telecomunicação, que por este deve ser remunerada.

Assim, a embargante, ao remunerar uma atividade meio da empresa, desonerando sua atividade fim, age com idiosincrasia, com o único propósito de fugir da tributação pelo ICMS. Logo, não restam dúvidas de que essas receitas devem ser consideradas como integrantes da prestação do serviço de telecomunicação ofertado pela empresa, devendo, por isso, ser tributado.

Por último, as receitas decorrentes dos serviços suplementares e facilidades adicionais, também, devem sofrer tributação pelo ICMS, respaldado na plena vigência do Convênio ICMS 68/98.

Por tudo o exposto,

VOTO pelo recebimento dos **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, por regular e tempestivo, e no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL, sem efeito infringente**, para ratificar a decisão exarada no Acordão n.º **448/2015**, que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00000923/2013-21, lavrado em 21/6/2013, contra a empresa **TNL PCS S.A.**, inscrita no CCICMS sob n.º **16.132.064-3**, devidamente qualificada nos autos.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 29 de janeiro de 2016.

DOMÊNICA COUNTINHO DE SOUZA FURTADO
Conselheira Relatora