



PROCESSO Nº 0135682019-0

ACÓRDÃO Nº 232/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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 pela Primeira Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, por meio do **Acórdão nº 635/2023**, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000048/2019-73**, 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 do art. 4º- A da Lei nº 10.094/2013, c/c os artigos 1º, 2º e 4º do Decreto nº 37.276/2017.

P.R.I.



Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 08 de maio de 2024.

HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0135682019-0
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
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 635/2023**, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento **93300008.09.00000048/2019-73**, lavrado em 28/01/2019, no qual consta a acusação de:

0465 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> O contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Nota Explicativa: A EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - FUNCEP/PB, REFERENTE AO PERÍODO DE JANEIRO/2014 A DEZEMBRO/2015, DECORRENTE DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00000046/2019-84, EM RAZÃO 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 MENSIS DAS AQUISIÇÕES DE CESSÃO DE MEIOS DECLARADOS NO SPED/efd SOB OS CFOP 1301/2301 (ANEXO 2);

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

C) OS VALORES TOTAIS MENSIS 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, interpôs petição reclamatória tempestiva (fl. 204 a 222), apresentando os seguintes argumentos em sua defesa:

- 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 que possam vir a falsear a proporção, como o caso de ajustes financeiros, serviços 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 pré-pagos), bem como nas séries “A” e “3” (que tratam da cessão de meios de rede da impugnante para outras operadoras de telefonia);

- Que fez 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 inclusive objeto do auto de infração nº 933.000009000004732015-39;

- Defende que, após refazer os cálculos com os ajustes devidos, não há qualquer valor a pagar por parte da autuada 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 em momento algum esclarece o motivo desses valores terem sido por ele excluídos do denominador da fração;

- Constatou-se existência de notas fiscais 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 de 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 933.00000900000473/2015-39.

- Requer a produção de prova pericial, afim de que sejam refeitos os cálculos nos moldes da cláusula terceira do Convênio ICMS 17/13 e sejam respondidos os seguintes quesitos:

- Estão corretos os valores indicados na “Coluna A”, dos quais se excluiu determinadas notas fiscais que, embora tenham sido registradas nos CFOP’s 1301 e 2301, não possuem natureza de cessão de meio de rede;

- Os valores registrados na coluna “outros” do SPED podem ser considerados como isentos, não tributados, beneficiados como redução de base de cálculo ou alvo de auto consumo por parte da empresa para fins de inclusão no Numerador da fração;

- Estão corretos os valores mensais indicados no Numerador da fração, dos quais se excluiu os valores dos clientes erroneamente classificados pela empresa como isentos (parcela já devidamente quitada no auto de infração nº 933.000009000004732015-39;

- Os valores registrados nas séries “B14” e “B15” e nas séries “A” e “3” podem ser considerados como decorrentes da atividade de cessão de meios de rede e deveriam ser excluídos do denominador como pretendeu o fiscal autuante.

- Ao final requer que seja dado provimento à Impugnação, para que seja cancelado o crédito tributário lançado.

Na instância prima, a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda, decidiu pela *procedência parcial* da exigência fiscal, recorrendo de sua decisão, conforme ementa que abaixo reproduzo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). DECADÊNCIA PARCIAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre as aquisições de meios de rede. Derrocada de parte dos créditos tributários em decorrência da decadência e ajustes necessários no levantamento fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE



Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 28/03/2023 (fl. 281), a autuada apresentou, através de seus representantes, recurso voluntário tempestivo (fl. 283 a 303), trazendo em síntese, os mesmos argumentos apresentados na impugnação:

- 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 317ª Sessão de julgamento da Primeira Câmara do CRF-PB, realizada no dia 13 de dezembro de 2023, os conselheiros, à unanimidade, 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 93300008.09.00000048/2019-73, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 504.999,90** (quinhentos e quatro mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa centavos), **sendo R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e **R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) a **título de multa por infração**, com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, mantendo cancelado o valor de R\$ R\$ 71.349,20, sendo R\$ 35.674,60 de FUNCEP e R\$ 35.674,60 de multa por infração.



Na sequência, foi promulgado o Acórdão nº 635/2023, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. 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.

- Constatada a falta de recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) Incidência do ICMS sobre as aquisições de meios de rede, CFOP's 1301 e 2301.

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

- Ajustes necessários no levantamento fiscal após procedimento de Diligência realizado pela Fiscalização, resultaram na sucumbência de parte do crédito tributário exigido na exordial por ser indevido.

Seguindo a marcha processual, o sujeito passivo foi cientificado acerca da decisão proferida pela Primeira Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, em 23/02/2024 (fl. 345).

Irresignado com a decisão consignada no Acórdão nº 635/2023, o sujeito passivo opôs, no dia 26/02/2024, o presente recurso de embargos de declaração (fl. 346 a 353), por meio do qual afirma que o acórdão embargado teria **omissão e contradição**, em relação aos seguintes pontos:

OMISSÃO:

-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/FUNCEP, como as receitas financeiras.

CONTRADIÇÃO:

- 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 foram a mim distribuídos para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios 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 635/2023**.

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



26/02/2024 e a ciência do acórdão ocorreu em 23/02/2024, 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, pela Primeira Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, a embargante vem aos autos apontando suposta **omissão e contradição no Acórdão nº 635/2023**, 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 de trecho do Acórdão nº 635/2023, 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/FUNCEP, 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 de trecho do Acórdão nº 635/2023, 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 pela Primeira Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, por meio do **Acórdão nº 635/2023**, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000048/2019-73**, 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.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 08 de maio de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator