

PROCESSO Nº 1515502015-8

ACÓRDÃO Nº 0302/2022

TRIBUNAL PLENO

Autuada: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A.

Embargante: CLARO S. A.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA / FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

Relator do voto divergente: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA JULGADA - IMPOSSIBILIDADE - 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 recorrente foram insuficientes para demonstrar a existência de quaisquer vícios no acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais capazes de correção via aclaratórios.

- Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão de mérito.

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

A C O R D A M à maioria e de acordo com o voto do relator do voto divergente, pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter, em sua integralidade, a decisão promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 204/2021, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, lavrado em 29 de outubro de 2015 contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de junho de 2022.

SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro Relator Voto Divergente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ALEX TAVEIRA DOS SANTOS (Suplente), JOSÉ ERIELSON ALMEIDA DO NASCIMENTO (Suplente), ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LEONARDO DO EGITO PESSOA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.



SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 1515502015-8

TRIBUNAL PLENO

Autuada: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A.

Embargante: CLARO S. A.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA / FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

Relator do voto divergente: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS NÃO EVIDENCIADOS - REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA JULGADA - IMPOSSIBILIDADE - 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 recorrente foram insuficientes para demonstrar a existência de quaisquer vícios no acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais capazes de correção via aclaratórios.

- Os embargos de declaração não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão de mérito.

RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, lavrado em 29 de outubro de 2015 contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, as auditoras fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00005949/2014-05 denunciam o sujeito passivo de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

0314 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO >> O contribuinte acima qualificado, deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS

DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC MODELO 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Documentos instrutórios juntados às fls. 7 a 19.

Cientificada da autuação em 18 de novembro de 2015, a CLARO S. A., na qualidade de sucessora por incorporação do sujeito passivo, apresentou, em 17 de dezembro de 2015, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração.

Aportando os autos na Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, o julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, após análise do caderno processual, decidiu pela procedência da exação fiscal, nos termos da ementa abaixo reproduzida:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – REINCIDÊNCIA – DENÚNCIA CONFIGURADA

- As prestações de serviços de assistência técnica e instalação estão no campo de incidência do ICMS, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.
- Aplicação da multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Após haver sido cientificada da decisão proferida pela instância prima em 19 de março de 2019, a CLARO S. A. interpôs recurso voluntário tempestivo em 15 de abril de 2019.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, observando-se os critérios regimentais, os autos foram distribuídos à conselheira Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões.

Apreciado o recurso voluntário na 92ª sessão ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 27 de abril de 2021, os conselheiros, à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, desproveram o recurso e mantiveram a decisão singular, declarando a procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 204/2021 com a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- 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 nº 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.

Em 29 de junho de 2021, a CLARO S. A. opôs recurso de embargos de declaração, por meio do qual pontua que:

- a) O Conselho de Recursos Fiscais, por ocasião do julgamento do recurso voluntário, em decisão unânime, entendeu que as atividades autuadas seriam meios necessários para possibilitar a prestação do serviço de comunicação, razão pela qual estariam sujeitas à incidência do ICMS, nos termos do que dispõe a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98;
- b) O acórdão foi omissivo quanto aos inúmeros precedentes apresentados pela embargante, inclusive exarados sob o rito dos recursos repetitivos;
- c) O entendimento externado pelo CRF-PB é absolutamente contrário ao que foi consolidado pelo E. Superior Tribunal de Justiça;
- d) Após a conclusão do julgamento sob o rito dos recursos repetitivos, foi firmado o Tema 427 - STJ;
- e) A decisão embargada também deixou de mencionar o acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal (RE 572020), que também reconhece a não incidência do ICMS sobre os serviços preparatórios aos serviços de comunicação;
- f) Houve omissão ainda quanto aos outros precedentes ventilados pela embargante;
- g) Também não foram mencionadas as decisões pronunciadas pelo E. STJ que expressamente reconhecem a ilegalidade do Convênio ICMS nº 69/98, por alargar a hipótese de incidência do ICMS sem autorização constitucional;
- h) Os pagamentos realizados pelo contribuinte a título de ISS sobre as atividades autuadas não foram tratados no acórdão ora embargado.

Com arrimo nas considerações acima, o contribuinte requereu fossem recebidos e acolhidos os embargos de declaração, com fulcro nos artigos 86 e 87 da Portaria

SEFAZ nº 248, de 20/8/2019, bem como no artigo 1.022, II, do Código de Processo Civil, para que fossem sanadas as omissões apontadas.

Na 119ª sessão ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 24/5/2022, a ilustre conselheira relatora, acatando as razões apresentadas pela defesa, votou pelo provimento do recurso de embargos de declaração, para reformar o Acórdão nº 204/2021, cancelando integralmente o crédito tributário lançado por intermédio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28.

Pronunciado o voto da relatora, o assessor jurídico do CRF-PB, Dr. Sérgio Roberto Félix Lima, fez uso da palavra.

Com o intuito de melhor analisar o assunto, com fulcro no artigo 50 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, pedi vista do processo.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame nesta corte o recurso de embargos declaratórios oposto pela empresa CLARO S. A., sucessora por incorporação da NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, contra a decisão proferida no Acórdão nº 204/2021.

Segundo a embargante, a decisão exarada pelo CRF-PB teria sido omissa quanto aos inúmeros precedentes apresentados pelo contribuinte em seu recurso voluntário - inclusive sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 427 – STJ) -, bem como quanto ao acórdão do STF (RE 572020), que afasta a incidência do ICMS sobre os serviços preparatórios aos serviços de comunicação.

Diante destes argumentos, a relatora originária, no voto proclamado na 119ª sessão ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, reconheceu as omissões apontadas pela embargante, *in verbis*:

“Verifico, da leitura do Acórdão nº 204/2021, que não houve manifestação expressa quanto ao argumento da recorrente, de que seria necessária a observância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recursos repetitivos no julgamento do REsp 1176753/RJ, de 28/11/2012.” (g. n.)

Superado o exame inicial, a nobre conselheira faz uma análise da matéria à luz do que determina o parágrafo único do artigo 1º do Regimento Interno desta egrégia corte, discorre sobre o teor do artigo 927 do Código de Processo Civil e conclui ao final que:

“Por este motivo, em que pese a inexistência de vinculação constitucional nesses casos, (sua aplicação configura ato discricionário da administração), os pronunciamentos administrativos também devem se pautar nas decisões de

eficácia persuasiva, comportamento que melhor atende ao princípio da eficiência e ao sobreprincípio da segurança jurídica.

Antes de tudo, aplicar a jurisprudência dos tribunais superiores, neste caso, constitui medida de cautela com o erário público, evitando-se a movimentação desnecessária da máquina administrativa na persecução de obrigação já declarada ilegal ou inconstitucional que, necessariamente, converter-se-á em despesa para o ente público.”

Não obstante os abalizados fundamentos esposados pela insigne relatora originária em voto digno de nota, entendo que o caso comporta solução distinta. Senão vejamos.

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do Regimento Interno do CRF-PB, os embargos de declaração têm, como finalidade, corrigir defeitos da decisão proferida quanto à ocorrência de *omissão, contradição e obscuridade*.

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.

Com fulcro no dispositivo acima reproduzido, a CLARO S. A. defende que houve omissão na decisão deste colegiado, em razão de não terem sido considerados (analisados) os inúmeros precedentes por ela exibidos.

Noutras palavras, em apertada síntese, a embargante reclama a falta de pronunciamento explícito quanto aos precedentes dos Tribunais Superiores acerca dos serviços objeto da autuação, os quais, segundo afirma, estariam fora do campo de incidência do ICMS.

O fato de o Acórdão nº 204/2021 não conter referência expressa aos precedentes indicados pela defesa, por si só, não configura omissão. Isto porque, caso a matéria por eles abarcada tenha sido contemplada na decisão embargada, não há que se falar em omissão.

Para justificar esta assertiva, recorro às palavras do eminente conselheiro Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon que, nos autos do Processo nº 0272352016-1 - que trata de temática de mesma natureza da que está sendo discutida no presente caso -, de forma didática e precisa, nos apresenta valorosa lição (Acórdão nº 170/2022):

“Pois bem, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a questão da fundamentação das decisões judiciais também foi enfrentada nos Tribunais Superiores, sendo investigado o alcance do inciso IV do § 1º do art. 489, in verbis:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (grifos acrescidos).

Sobreleva notar que o inciso IV do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil impõe a necessidade de enfrentamento pelo julgador dos argumentos que possuam aptidão para infirmar a fundamentação do julgado embargado.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, tal disposição significa que “o julgador não está obrigado a responder todas as questões suscitadas pelas partes”, conforme é possível verificar o resultado do debate judicial que estabeleceu o verdadeiro conteúdo da norma:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016) (grifos acrescidos)

Ora, se no âmbito judicial tal posicionamento é válido, é legítimo concluir que tal premissa deve ser adotada também na esfera administrativa, até mesmo pelo simples motivo de não existir determinação legal que exija que todos os pontos sejam abordados, mas os fundamentos de fato e de direito que influenciaram o resultado do julgamento.

Ademais, o Decreto nº 9.830, de 10 de Junho de 2019, que regulamenta o disposto nos [art. 20 ao art. 30](#) da denominada Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, estabelece no § 3º do seu art. 2º o seguinte comando:

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

(...)

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. (grifos acrescidos)”

Do fragmento supra, é possível inferirmos que é dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida, não sendo imprescindível responder (ou se posicionar) sobre todos os pontos suscitados pelas partes.

Aplicando este raciocínio ao caso concreto, restará configurada a omissão destacada pela recorrente se, no acórdão embargado, não tiverem sido enfrentados os

argumentos e apresentados os fundamentos capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

Neste norte, para que se configure a suposta omissão no Acórdão nº 204/2021, faz-se necessário verificarmos se, no referido *decisum*, tais questões foram devidamente apreciadas.

Ainda que não tenha havido referência direta aos precedentes ofertados pela recorrente, o tema por eles tratado foi claramente enfrentado por esta corte administrativa, conforme demonstra, inequivocamente, a passagem abaixo transcrita:

“Assim, um serviço de telecomunicação consiste na disponibilização onerosa dos meios necessários a viabilizar a oferta de comunicação entre os usuários. Com isso, são partes integrantes do serviço de telecomunicação os equipamentos e atividades operacionais essenciais ao funcionamento dessa rede de equipamentos.

Logo, todas as atividades, sejam de instalação, manutenção ou controle, necessárias para prover e manter o serviço dentro de padrões definidos nos acordos de nível de serviços, aí compreendidas a disponibilização de equipamentos, na medida em que demonstrem serem essenciais para prover a estrutura e as atividades necessárias mantendo o seu funcionamento, configuram partes indissociáveis do serviço de telecomunicação, devendo seus custos serem computados na base de cálculo do ICMS sobre o serviço.

Neste sentido, as receitas decorrentes das atividades denominadas como serviços suplementares ou facilidades adicionais, que são fornecidos com utilização da estrutura de telecomunicação da empresa, devem compor a base de cálculo do ICMS – Comunicação, por força da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, que se encontra em pleno vigor, portanto, produzindo os efeitos que lhes são próprios, verbis:

Convênio ICMS nº 69/98.

CLÁUSULA PRIMEIRA. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g.n.).

Ressalte-se, que a classificação dos serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicação decorre de neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem, em consonância com as ponderações da recorrente no recurso.

Após minuciosa análise acerca da matéria, o julgador monocrático, apoiado em precedentes desta Casa, confirmou as acusações imputadas pela fiscalização, restando caracterizado o ilícito tributário quanto às matérias elencadas pela fiscalização.

Por sua vez, a autuada impetrou o presente recurso voluntário alegando a ilegitimidade da exigência do ICMS sobre as atividades de assistência técnica e instalação, não sujeito à incidência do imposto, por se tratar de atividades acessórias ao serviço de comunicação.

Examinaremos a seguir as receitas descritas pela recorrente como fora do campo de incidência do ICMS.

Descreve os referidos serviços como:

- i) Taxa Instalação Virtua;*
- ii) Taxa de Serviços Técnicos;*
- iii) Taxa Mudança de Endereço, Local de TV e Seleção;*
- iv) Plano de Assistência Técnica;*
- v) NET Antivírus + Backup;*
- vi) Instalação de Conexão Opcional;*
- vii) Serviço NET LAR;*
- viii) Taxa de Habilitação.*

De plano, já é possível observar que os serviços acima elencados, tratam de serviços próprios de comunicação, não havendo dúvidas quanto à legalidade do feito. Ou seja, as receitas decorrentes dessas atividades, situadas na categoria dos serviços suplementares ou facilidades adicionais, são fornecidos com utilização da estrutura de telecomunicação da empresa.

Resta demonstrado, portanto, que estes serviços prestados pela autuada não têm como ser dissociado do serviço de comunicação, pois não se trata de serviço independente. Em outras palavras, são meios necessários para que o serviço de comunicação seja possível.

Neste diapasão, tais serviços encontram-se dentro do campo de incidência do ICMS, haja vista a total subsunção do fato ao comando normativo insculpido na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, já transcrita anteriormente.

Ou seja, 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.” (g. n.)

É incontroverso que o tema objeto das decisões judiciais destacadas pela defesa fora devidamente (e pormenorizadamente) enfrentado no Acórdão nº 204/2021, o que demonstra a inexistência da omissão ventilada pela embargante, em que pese a relatora originária haver reconhecido “*que não houve manifestação expressa quanto ao argumento da recorrente, de que seria necessária a observância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recursos repetitivos no julgamento do REsp 1176753/RJ, de 28/11/2012.*”

Com efeito, na decisão embargada, restou claramente registrado que todos os serviços elencados no recurso voluntário (sobre os quais se exige o recolhimento do crédito tributário lançado na inicial) estão no campo de incidência do ICMS, por força do que estabelece a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98, o que motivou a declaração da procedência da autuação.

O que se vislumbra, no voto que motivou o pedido de vista - ainda que indiretamente -, é a rediscussão da matéria a partir do entendimento de que “*a vedação*

regimental não se estende à aplicação da jurisprudência que declara ilegalidade ou inconstitucionalidade ao caso concreto”, matéria esta, convém reprimir, devidamente superada no acórdão recorrido.

Outra suposta omissão levantada pela embargante está relacionada à ausência de manifestação quanto aos pagamentos realizados a título de ISS sobre as atividades autuadas.

Este assunto também não foi negligenciado pelo CRF-PB, conforme atesta o trecho do Acórdão nº 204/2021 a seguir reproduzido:

“Observe-se, ainda, que inserção na lista de serviços tributados pelo ISS da disponibilização de conteúdo por meio da internet, só veio a ocorrer no bojo da Lei Complementar nº 157/2016, portanto, em nada afeta os fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015, de que trata a presente exação fiscal.”

Diante de todo o exposto, o que se observa é o estrito cumprimento da legalidade e coerência na decisão embargada, não havendo justificativas para que sejam acolhidas as razões recursais externadas, dada a não caracterização de quaisquer defeitos previstos no art. 86 do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, ou mesmo os admissíveis pela jurisprudência, capazes de modificar os termos do Acórdão nº 204/2021.

O fato é que, em verdade, a peça recursal tem o nítido e específico intuito de reexaminar o tema. Tanto é assim que a recorrente apenas reapresenta temáticas claramente tratadas no acórdão recorrido, sobre as quais este tribunal administrativo consignou entendimento contrário ao da autuada, conforme demonstrado alhures.

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 na decisão embargada.

Com estas considerações,

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 promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 204/2021, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, lavrado em 29 de outubro de 2015 contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 14 de junho de 2022.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Voto Divergente

PROCESSO Nº 1515502015-8

TRIBUNAL PLENO

Autuada: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A.

Embargante: CLARO S.A.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA

Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ.

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS EVIDENCIADOS - REFORMADA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDO.

- 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 eficazes para modificar a decisão recorrida.

- As decisões definitivas do STF e STJ lavradas em julgamento de recursos repetitivos e de repercussão geral possuem eficácia persuasiva em relação a administração pública direta e indireta. A aplicação destes precedentes no processo administrativo fiscal não implica na análise de mérito de ilegalidade e inconstitucionalidade pelo órgão administrativo.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração interposto pela empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A., inscrição estadual nº 16.138.497-8, contra a decisão proferida no Acórdão nº 531/2020, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento 93300008.09.00001409/2017-37, lavrado em 13 de junho de 2017, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICSM 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto no artigo o art. 13, III c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, além dos dispositivos elencados na Nota Explicativa do Auto de Infração em tela, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 1.504.522,92 (um milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos) sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil, dez reais e setenta centavos), de ICMS, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil, oito reais e nove centavos) de multa por infração e R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa por reincidência.

Como parte integrante do auto de infração, foram anexados aos autos, os seguintes documentos: a) *Quadro Resumo (fls. 07)*; b) *Demonstrativo das prestações de serviços de comunicação sujeitas à tributação do ICMS indevidamente indicadas como isentas ou não tributadas pelo contribuinte – Exercício 2012 a 2014 (fls. 08 a 16)*; c) *Mídia Digital (DVD) contendo demonstrativo das NFSC (fls.17)*; d) *Memorial Auxiliar de acusação (fls. 18)*; e) *Termo de Antecedentes Fiscais (fls.19)*.

Cientificada, da ação fiscal, por via postal, em 18/11/2015, conforme AR (fls. 21), a Claro S/A, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos, apresentou Reclamação tempestiva, em 17/12/2015 (fls. 24-74)., por meio do qual, argui, em preliminar, a nulidade do auto de infração, pela deficiência de sua motivação e afirma, em síntese, que:

Depois de cientificada por via postal em 18 de novembro de 2015, a autuada, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos, apresentou Reclamação tempestiva, em 17/12/2015 (fls. 24-74), contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração.

Remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela procedência da exigência fiscal.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 19/03/2019 – AR (fl. 359), a empresa interpôs Recurso Voluntário, tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio de advogado habilitado, perante este Colegiado, em 15/04/2019 (fls. 361/411).

Em julgamento realizado na 92ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 27 de abril de 2021, os conselheiros, à unanimidade, desproveram o recurso voluntário mantendo a decisão monocrática, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ R\$ 1.504.522,92 (um

milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos) sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil, dez reais e setenta centavos), de ICMS, nos termos art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil, oito reais e nove centavos), de multa por infração, e, R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa recidiva, nos termos dos artigos 82, IV e da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, este colegiado promulgou o Acórdão nº 204/2021, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. - 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 nº 69/98. - Independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimize ou agilize 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.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte, nos termos do artigo 11, § 3º, III, “a”, da Lei nº 10.094/13 (fls. 484), foi notificado da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 23 de junho de 2021.

Irresignado com a decisão consignada no Acórdão nº 204/2021, o sujeito passivo opôs, no dia 29/06/2021, o presente recurso de embargos de declaração, por meio do qual, após discorrer sobre a tempestividade da peça recursal, assevera que o acórdão embargado teria sido omissivo em relação aos seguintes pontos:

- a) As atividades autuadas não poderiam ser dissociadas do serviço de comunicação, pois não configurariam serviço independente. Matéria que foi consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos;
- b) Que o acórdão ora embargado deixou de mencionar o v. Acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal Federal (RE 572020) do Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, que também reconhece a não incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação. Omitiu-se, ainda, sobre os inúmeros outros precedentes ventilados pela embargante;
- c) Outrossim, não foram mencionadas as decisões proferidas pelo E. STJ que expressamente reconhecem a ilegalidade do Convênio 69/98 por alargar a hipótese de incidência do ICMS sem autorização constitucional;
- d) Alega ainda, que não foi abordado o pagamento realizado pela embargante, a título de ISS, sobre as atividades autuadas.

Diante de todo o exposto, a embargante requer sejam os presentes embargos de declaração providos para que, sanadas as omissões apontadas.

Em sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios apresentado pela empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 204/2021.

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.

Verificadas as formalidades legais, inclusive no que tange à tempestividade do recurso, passo à análise das razões ventiladas pelo recorrente.

Inicialmente, o sujeito passivo defende que o acórdão embargado teria sido omissivo por ter deixado de “*mencionar o v. Acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal Federal (RE 572020) do Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, que também reconhece a não incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação. Omitiu-se, ainda, sobre os inúmeros outros precedentes ventilados pela embargante.*” Outrossim, não foram mencionadas as decisões proferidas pelo E. STJ que expressamente reconhecem a ilegalidade do Convênio 69/98 por alargar a hipótese de incidência do ICMS sem autorização constitucional.

Verifico, da leitura do Acórdão nº 204/2021, que não houve manifestação expressa quanto ao argumento da recorrente, de que seria necessária a observância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recursos repetitivos no julgamento do REsp 1176753/RJ, de 28/11/2012.

O entendimento foi consolidado no sentido da não incidência do ICMS sobre serviços suplementares ao de comunicação (telefonia móvel), resultando na redação do Tema 427 do STJ que segue transcrito:

TEMA 427: “A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96). A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.”

Ainda, a embargante aduz que o Acórdão foi omissis quanto ao entendimento fixado no STJ no sentido da impossibilidade de o Convênio ICMS nº 69/98 ampliar o campo de incidência do tributo para alcançar serviços conexos ao de comunicação em sentido estrito, como resultado do julgamento do REsp 754.393/DF a seguir transcrito:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. ASSINATURA MENSAL. ATIVIDADE-MEIO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONCEITO. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE A ATIVIDADE-FIM. COMUNICAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO. PRECEDENTES. I - "Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. **Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar.**" (REsp nº 601.056/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/04/2006). No mesmo sentido: REsp nº 418.594/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 402.047/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 09/12/2003. II - Ante a evidência de que não se trata de serviço de comunicação em sentido estrito, inviável a inclusão no seu conceito do serviço de "assinatura mensal", para fins de incidência do ICMS. III - Recurso Especial provido. (REsp n. 754.393/DF, relator Ministro Francisco Falcão, relator p/ o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 16/2/2009.)

Reconhecida a omissão no Acórdão embargado.

Passo ao enfrentamento do tema.

Primeiramente, faz-se necessária a análise da matéria à luz do que determina o art. 1º, Parágrafo Único do Regimento Interno do CRF/PB, (Portaria 80/2021/SEFAZ/PB), que prevê, ao dispor sobre a competência do órgão, o seguinte:

Art. 1º O Conselho de Recursos Fiscais - CRF, a que se refere o art. 142 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, a quem compete, em segunda instância administrativa, julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos administrativos tributários contenciosos ou de consultas, é o órgão colegiado da Justiça Fiscal Administrativa, com autonomia funcional, sede na Capital e alçada em todo território do Estado, representado, paritariamente, pelas entidades e pela Fazenda Estadual.

Parágrafo único. É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A norma em destaque aplica-se aos casos em que o contribuinte pleiteia ao colegiado administrativo o afastamento de dispositivo legal expresso sob o argumento de sua ilegalidade ou de sua inconstitucionalidade.

O dispositivo, em síntese, veda ao CRF a análise direta da ilegalidade ou da inconstitucionalidade de determinada matéria, de forma que não se admitirá tal debate no julgamento dos recursos administrativos fiscais.

Por outro lado, tal vedação não implica na impossibilidade da observância e da aplicação da jurisprudência firmada nos tribunais superiores que, no exercício da jurisdição, *declaram* a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo. É que àqueles órgãos jurisdicionais a Constituição Federal de 1988 atribuiu tal competência, em última instância.

Portanto, resta claro que a vedação regimental não se estende à aplicação da jurisprudência que declara ilegalidade ou inconstitucionalidade ao caso concreto, considerando que o debate do tema pelo órgão administrativo não constituirá em definitivo o direito em disputa, senão somente após o crivo dos órgãos jurisdicionais.

Significa dizer por fim, que caso o conselho administrativo constitua crédito tributário oriundo de norma legal inconstitucional, tal crédito não poderá ser objeto de execução fiscal, sob pena de indeferimento da petição inicial pelo órgão jurisdicional, que deverá observar a jurisprudência do STF.

Isso por que o Código de Processo Civil, em seu art. 927, determina que os magistrados observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os entendimentos firmados em resolução de demandas repetitivas pelo STF e pelo STJ, abaixo reproduzido.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Assim, bastaria ao contribuinte, ao impugnar eventual execução fiscal, demonstrar o ajuste do caso concreto aos fundamentos determinantes do precedente invocado para que o juiz, por ordem do art. 489, §1º, incisos V e VI, julgue improcedente a execução.

Por este motivo, em que pese a inexistência de vinculação constitucional nesses casos, (sua aplicação configura ato discricionário da administração), os pronunciamentos administrativos também devem se pautar nas decisões de *eficácia persuasiva*, comportamento que melhor atende ao princípio da eficiência e ao sobreprincípio da segurança jurídica.

Antes de tudo, aplicar a jurisprudência dos tribunais superiores, neste caso, constitui medida de cautela com o erário público, evitando-se a movimentação desnecessária da máquina administrativa na persecução de obrigação já declarada ilegal ou inconstitucional que, necessariamente, converter-se-á em despesa para o ente público.

Por conseguinte, faz-se mister aferir se os precedentes invocados pela embargante têm como fundamento a mesma matéria que justificou a autuação fiscal em análise.

Assim, compulsando os autos, verifica-se que a acusação fiscal tem como objeto a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre serviços de comunicação, tendo o contribuinte indicado as operações como isentas ou não tributadas, cuja ementa segue transcrita:

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

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICSM 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

A acusação lastreia-se, portanto, no Convênio ICMS 69/98, que ampliou a incidência do imposto, nos termos do seu art. 1º, aos serviços conexos ao de comunicação em sentido estrito, a seguir:

Cláusula primeira. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Com efeito, das planilhas de fls. 08 a 16, que instruem o Auto de Infração, extrai-se que todos os serviços listados na acusação estão entre aqueles que foram denominados *preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação*, na redação do Tema 427 dos Recursos Repetitivos do STJ.

Tais serviços, conforme determinou o STJ, não podem ser considerados serviços de comunicação em sentido estrito, motivo pelo qual não constituem hipótese de incidência do imposto estadual.

Dessa forma, ficou demonstrada a coincidência entre o fundamento dos precedentes invocados pela embargante e o caso dos autos.

Assim sendo, pelos motivos já expostos, considerando a competência do Superior Tribunal de Justiça para decidir sobre a matéria, em última instância, entendo pela necessidade da aplicação da jurisprudência específica, considerando sua *eficácia persuasiva* em relação à administração pública direta ou indireta.

Assim sendo, considero prejudicadas as demais matérias alegadas pela embargante para atacar o Acórdão 204/2021.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, com efeitos infringentes, para reformar integralmente o Acórdão 204/2021, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A.

Assim, dever-se-á aplicar o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, com redação dada no julgamento do Tema 427, para cancelar o crédito tributário no valor de R\$ 1.504.522,92 (um milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil e dez reais e setenta centavos), de ICMS, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil e oito reais e nove centavos), de multa por infração e R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa por reincidência.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 24 de maio de 2022.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora



PROCESSO Nº 1515502015-8
TRIBUNAL PLENO
Autuada: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S.A.

Embargante: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A.
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ – JOÃO PESSOA
Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ.
Relatora: Cons.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - VÍCIOS EVIDENCIADOS - REFORMADA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDO.

- 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 eficazes para modificar a decisão recorrida.

- As decisões definitivas do STF e STJ lavradas em julgamento de recursos repetitivos e de repercussão geral possuem eficácia persuasiva em relação a administração pública direta e indireta. A aplicação destes precedentes no processo administrativo fiscal não implica na análise de mérito de ilegalidade e inconstitucionalidade pelo órgão administrativo.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração interposto pela empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A., inscrição estadual nº 16.138.497-8, contra a decisão proferida no Acórdão nº 531/2020, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento 93300008.09.00001409/2017-37, lavrado em 13 de junho de 2017, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

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

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU

NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICSM 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte afrontado o disposto no artigo o art. 13, III c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, além dos dispositivos elencados na Nota Explicativa do Auto de Infração em tela, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 1.504.522,92 (um milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos) sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil, dez reais e setenta centavos), de ICMS, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil, oito reais e nove centavos) de multa por infração e R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa por reincidência.

Como parte integrante do auto de infração, foram anexados aos autos, os seguintes documentos: a) *Quadro Resumo (fls. 07)*; b) *Demonstrativo das prestações de serviços de comunicação sujeitas à tributação do ICMS indevidamente indicadas como isentas ou não tributadas pelo contribuinte – Exercício 2012 a 2014 (fls. 08 a 16)*; c) *Mídia Digital (DVD) contendo demonstrativo das NFSC (fls.17)*; d) *Memorial Auxiliar de acusação (fls. 18)*; e) *Termo de Antecedentes Fiscais (fls.19)*.

Cientificada, da ação fiscal, por via postal, em 18/11/2015, conforme AR (fls. 21), a Claro S/A, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos, apresentou Reclamação tempestiva, em 17/12/2015 (fls. 24-74)., por meio do qual, argui, em preliminar, a nulidade do auto de infração, pela deficiência de sua motivação e afirma, em síntese, que:

Depois de cientificada por via postal em 18 de novembro de 2015, a autuada, por intermédio de seus advogados devidamente constituídos, apresentou Reclamação tempestiva, em 17/12/2015 (fls. 24-74), contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no Auto de Infração.

Remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon, que decidiu pela procedência da exigência fiscal.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 19/03/2019 – AR (fl. 359), a empresa interpôs Recurso Voluntário, tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por meio de advogado habilitado, perante este Colegiado, em 15/04/2019 (fls. 361/411).

Em julgamento realizado na 92ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do CRF-PB, realizada em 27 de abril de 2021, os conselheiros, à unanimidade, desproveram o recurso voluntário mantendo a decisão monocrática, declarando procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ R\$ 1.504.522,92 (um milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos) sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil, dez reais e setenta centavos), de ICMS, nos termos art. 13, III, c/c art. 3º, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil, oito reais e nove centavos), de multa por infração,

e, R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa recidiva, nos termos dos artigos 82, IV e da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, este colegiado promulgou o Acórdão nº 204/2021, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. - 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 nº 69/98. - Independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimize ou agilize 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.

Seguindo a marcha processual, o contribuinte, nos termos do artigo 11, § 3º, III, “a”, da Lei nº 10.094/13 (fls. 484), foi notificado da decisão proferida pelo Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais em 23 de junho de 2021.

Irresignado com a decisão consignada no Acórdão nº 204/2021, o sujeito passivo opôs, no dia 29/06/2021, o presente recurso de embargos de declaração, por meio do qual, após discorrer sobre a tempestividade da peça recursal, assevera que o acórdão embargado teria sido omissivo em relação aos seguintes pontos:

- e) As atividades autuadas não poderiam ser dissociadas do serviço de comunicação, pois não configurariam serviço independente. Matéria que foi consolidada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos;
- f) Que o acórdão ora embargado deixou de mencionar o v. Acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal Federal (RE 572020) do Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, que também reconhece a não incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação. Omitiu-se, ainda, sobre os inúmeros outros precedentes ventilados pela embargante;
- g) Outrossim, não foram mencionadas as decisões proferidas pelo E. STJ que expressamente reconhecem a ilegalidade do Convênio 69/98 por alargar a hipótese de incidência do ICMS sem autorização constitucional;
- h) Alega ainda, que não foi abordado o pagamento realizado pela embargante, a título de ISS, sobre as atividades autuadas.

Diante de todo o exposto, a embargante requer sejam os presentes embargos de declaração providos para que, sanadas as omissões apontadas.

Em sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise, o recurso de embargos declaratórios apresentado pela empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 204/2021.

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.

Verificadas as formalidades legais, inclusive no que tange à tempestividade do recurso, passo à análise das razões ventiladas pelo recorrente.

Inicialmente, o sujeito passivo defende que o acórdão embargado teria sido omisso por ter deixado de “*mencionar o v. Acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal Federal (RE 572020) do Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2014, que também reconhece a não incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação. Omitiu-se, ainda, sobre os inúmeros outros precedentes ventilados pela embargante.*” Outrossim, não foram mencionadas as decisões proferidas pelo E. STJ que expressamente reconhecem a ilegalidade do Convênio 69/98 por alargar a hipótese de incidência do ICMS sem autorização constitucional.

Verifico, da leitura do Acórdão nº 204/2021, que não houve manifestação expressa quanto ao argumento da recorrente, de que seria necessária a observância ao entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recursos repetitivos no julgamento do REsp 1176753/RJ, de 28/11/2012.

O entendimento foi consolidado no sentido da não incidência do ICMS sobre serviços suplementares ao de comunicação (telefonia móvel), resultando na redação do Tema 427 do STJ que segue transcrito:

TEMA 427: “A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96). A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza, esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.”

Ainda, a embargante aduz que o Acórdão foi omissivo quanto ao entendimento fixado no STJ no sentido da impossibilidade de o Convênio ICMS nº 69/98 ampliar o campo de incidência do tributo para alcançar serviços conexos ao de comunicação em sentido estrito, como resultado do julgamento do REsp 754.393/DF a seguir transcrito:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO 69/98. ASSINATURA MENSAL. ATIVIDADE-MEIO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. CONCEITO. INCIDÊNCIA APENAS SOBRE A ATIVIDADE-FIM. COMUNICAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO. PRECEDENTES. I - "Este Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de analisar o conteúdo desse convênio, concluindo, em síntese, que: (a) a interpretação conjunta dos arts. 2º, III, e 12, VI, da Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir) leva ao entendimento de que o ICMS somente pode incidir sobre os serviços de comunicação propriamente ditos, no momento em que são prestados, ou seja, apenas pode incidir sobre a atividade-fim, que é o serviço de comunicação, e não sobre a atividade-meio ou intermediária, que é, por exemplo, a habilitação, a instalação, a disponibilidade, a assinatura, o cadastro de usuário e de equipamento, entre outros serviços. Isso porque, nesse caso, o serviço é considerado preparatório para a consumação do ato de comunicação; (b) o serviço de comunicação propriamente dito, consoante previsto no art. 60 da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), para fins de incidência de ICMS, é aquele que transmite mensagens, idéias, de modo oneroso; (c) o Direito Tributário consagra o princípio da tipicidade fechada, de maneira que, sem lei expressa, não se pode ampliar os elementos que formam o fato gerador, sob pena de violar o disposto no art. 108, § 1º, do CTN. Assim, não pode o Convênio 69/98 aumentar o campo de incidência do ICMS, porquanto isso somente poderia ser realizado por meio de lei complementar." (REsp nº 601.056/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 03/04/2006). No mesmo sentido: REsp nº 418.594/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21/03/2005 e REsp nº 402.047/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 09/12/2003. II - Ante a evidência de que não se trata de serviço de comunicação em sentido estrito, inviável a inclusão no seu conceito do serviço de "assinatura mensal", para fins de incidência do ICMS. III - Recurso Especial provido. (REsp n. 754.393/DF, relator Ministro Francisco Falcão, relator p/ o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 16/2/2009.)

Reconhecida a omissão no Acórdão embargado.

Passo ao enfrentamento do tema.

Primeiramente, faz-se necessária a análise da matéria à luz do que determina o art. 1º, Parágrafo Único do Regimento Interno do CRF/PB, (Portaria 80/2021/SEFAZ/PB), que prevê, ao dispor sobre a competência do órgão, o seguinte:

Art. 1º O Conselho de Recursos Fiscais - CRF, a que se refere o art. 142 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ, a quem compete, em segunda instância administrativa, julgar os recursos interpostos contra decisões proferidas em processos administrativos tributários contenciosos ou de consultas, é o órgão colegiado da Justiça Fiscal Administrativa, com autonomia funcional, sede na Capital e alçada em todo território do Estado, representado, paritariamente, pelas entidades e pela Fazenda Estadual.

Parágrafo único. É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.

A norma em destaque aplica-se aos casos em que o contribuinte pleiteia ao colegiado administrativo o afastamento de dispositivo legal expresso sob o argumento de sua ilegalidade ou de sua inconstitucionalidade.

O dispositivo, em síntese, veda ao CRF a análise direta da ilegalidade ou da inconstitucionalidade de determinada matéria, de forma que não se admitirá tal debate no julgamento dos recursos administrativos fiscais.

Por outro lado, tal vedação não implica na impossibilidade da observância e da aplicação da jurisprudência firmada nos tribunais superiores que, no exercício da jurisdição, *declaram* a ilegalidade ou a inconstitucionalidade do ato normativo. É que àqueles órgãos jurisdicionais a Constituição Federal de 1988 atribuiu tal competência, em última instância.

Portanto, resta claro que a vedação regimental não se estende à aplicação da jurisprudência que declara ilegalidade ou inconstitucionalidade ao caso concreto, considerando que o debate do tema pelo órgão administrativo não constituirá em definitivo o direito em disputa, senão somente após o crivo dos órgãos jurisdicionais.

Significa dizer por fim, que caso o conselho administrativo constitua crédito tributário oriundo de norma legal inconstitucional, tal crédito não poderá ser objeto de execução fiscal, sob pena de indeferimento da petição inicial pelo órgão jurisdicional, que deverá observar a jurisprudência do STF.

Isso por que o Código de Processo Civil, em seu art. 927, determina que os magistrados observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como os entendimentos firmados em resolução de demandas repetitivas pelo STF e pelo STJ, abaixo reproduzido.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

Assim, bastaria ao contribuinte, ao impugnar eventual execução fiscal, demonstrar o ajuste do caso concreto aos fundamentos determinantes do precedente invocado para que o juiz, por ordem do art. 489, §1º, incisos V e VI, julgue improcedente a execução.

Por este motivo, em que pese a inexistência de vinculação constitucional nesses casos, (sua aplicação configura ato discricionário da administração), os pronunciamentos administrativos também devem se pautar nas decisões de *eficácia persuasiva*, comportamento que melhor atende ao princípio da eficiência e ao sobreprincípio da segurança jurídica.

Antes de tudo, aplicar a jurisprudência dos tribunais superiores, neste caso, constitui medida de cautela com o erário público, evitando-se a movimentação desnecessária da máquina administrativa na persecução de obrigação já declarada ilegal ou inconstitucional que, necessariamente, converter-se-á em despesa para o ente público.

Por conseguinte, faz-se mister aferir se os precedentes invocados pela embargante têm como fundamento a mesma matéria que justificou a autuação fiscal em análise.

Assim, compulsando os autos, verifica-se que a acusação fiscal tem como objeto a falta de recolhimento do ICMS incidente sobre serviços de comunicação, tendo o contribuinte indicado as operações como isentas ou não tributadas, cuja ementa segue transcrita:

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

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE OS SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICSM 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

A acusação lastreia-se, portanto, no Convênio ICMS 69/98, que ampliou a incidência do imposto, nos termos do seu art. 1º, aos serviços conexos ao de comunicação em sentido estrito, a seguir:

Cláusula primeira. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação,

disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Com efeito, das planilhas de fls. 08 a 16, que instruem o Auto de Infração, extrai-se que todos os serviços listados na acusação estão entre aqueles que foram denominados *preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação*, na redação do Tema 427 dos Recursos Repetitivos do STJ.

Tais serviços, conforme determinou o STJ, não podem ser considerados serviços de comunicação em sentido estrito, motivo pelo qual não constituem hipótese de incidência do imposto estadual.

Dessa forma, ficou demonstrada a coincidência entre o fundamento dos precedentes invocados pela embargante e o caso dos autos.

Assim sendo, pelos motivos já expostos, considerando a competência do Superior Tribunal de Justiça para decidir sobre a matéria, em última instância, entendo pela necessidade da aplicação da jurisprudência específica, considerando sua *eficácia persuasiva* em relação à administração pública direta ou indireta.

Assim sendo, considero prejudicadas as demais matérias alegadas pela embargante para atacar o Acórdão 204/2021.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, com efeitos infringentes, para reformar integralmente o Acórdão 204/2021, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001951/2015-28, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A.

Assim, dever-se-á aplicar o *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, com redação dada no julgamento do Tema 427, para cancelar o crédito tributário no valor de R\$ 1.504.522,92 (um milhão, quinhentos e quatro mil, quinhentos e vinte e dois reais e noventa e dois centavos), sendo R\$ 708.010,70 (setecentos e oito mil e dez reais e setenta centavos), de ICMS, R\$ 531.008,09 (quinhentos e trinta e um mil e oito reais e nove centavos), de multa por infração e R\$ 265.504,13 (duzentos e sessenta e cinco mil, quinhentos e quatro reais e treze centavos) de multa por reincidência.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 14 de junho de 2022.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora