



Recurso Especial Cível nº 0470066-49.2011.8.19.0001

Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A

Recorrido: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial tempestivo, id. 1296, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interposto contra acórdãos da Terceira Câmara de Direito Público, id. 1239 e 1284, assim ementados:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS E FECF. CONVÊNIO ICMS Nº 126/98. CESSÃO DE MEIOS DE REDE. NÃO CUMPRIMENTO DE REQUISITOS PARA DIFERIMENTO DO RECOLHIMENTO. NULIDADE PARCIAL DA CDA. POSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COM AJUSTE POR SIMPLES CÁLCULOS ARITMÉTICOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS.”

“Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ICMS. CESSÃO DE MEIOS DE REDE. CONVÊNIOS ICMS Nº 126/1998 E 115/2003. OMISSÃO PARCIAL NO ACÓRDÃO. CRITÉRIOS JURÍDICOS DO LANÇAMENTO. PREQUESTIONAMENTO.

EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDOS. I. CASO EM EXAME Embargos de declaração opostos por contribuinte em face de acórdão que deu parcial provimento à apelação do Estado, reconhecendo a validade da autuação fiscal quanto à maior parte das notas fiscais emitidas a partir de 01.05.2008, por suposto descumprimento dos requisitos formais dos Convênios ICMS nº 126/1998 e 115/2003, que tratam do diferimento do imposto em operações de cessão de meios de rede. II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO A questão em discussão consiste em definir se o acórdão embargado incorreu em omissão ao deixar de enfrentar fundamentos jurídicos relevantes suscitados pela embargante, especialmente no tocante (i) à alteração dos critérios jurídicos do lançamento; (ii) à distinção entre obrigação principal e acessória; (iii) à ocorrência de preclusão lógica pelo Fisco; e (iv) à majoração da base de cálculo da FECP. III. RAZÕES DE DECIDIR Os embargos de declaração são cabíveis para sanar obscuridade, contradição, omissão ou erro material, bem como para fins de prequestionamento, nos termos do art. 1.022 do CPC e da Súmula nº 98 do STJ. Verifica-se omissão parcial quanto ao primeiro fundamento alegado, consistente na análise do auto de infração à luz da vedação à alteração dos critérios jurídicos do lançamento tributário, prevista nos arts. 142 e 146 do CTN. Ainda que o auto de infração não mencione expressamente o descumprimento dos Convênios como causa da autuação, o acórdão embargado não inovou na

fundamentação jurídica, mas exerceu controle judicial sobre a validade do lançamento, dentro dos limites legais e probatórios, notadamente à luz do laudo pericial. Não se reconhece omissão quanto aos demais pontos: (i) a distinção entre obrigação principal e acessória não foi determinante para a sujeição passiva, sendo o ICMS exigido por descaracterização do diferimento; (ii) não houve violação ao princípio da não surpresa, pois o fundamento foi debatido e decorre de prova pericial analisada pelas partes; (iii) a alegação relativa à base de cálculo da FECP não foi objeto da sentença nem das peças recursais, sendo incabível inovar em sede de embargos. O provimento parcial limita-se a sanar omissão e a explicitar o enfrentamento de teses para fins de prequestionamento, sem modificação do resultado do julgamento. IV. DISPOSITIVO E TESE Embargos parcialmente providos."

Na origem, cuida-se de embargos à execução interpostos pelo executado a fim de declarar a nulidade do auto de infração que originou da Certidão de Dívida Ativa. O pedido foi julgado procedente na origem, sendo extinta a execução fiscal. O Colegiado deu parcial provimento ao recurso, anulando em parte a CDA, notadamente a autuação das notas fiscais referentes ao período de 01/01/2008 até 30/04/2008, prosseguindo-se a execução quanto a parcela não anulada, na forma das ementas acima transcritas.

Inconformado, em suas razões recursais, o recorrente alega **violação aos artigos 1.022, inciso II, c/c o art. 489, §1º, incisos III e IV, bem como os artigos 371 e 479, todos do CPC, além dos artigos 113, 142 e 146 do CTN.**

Contrarrazões, id. 1359.

É o brevíssimo relatório.

De início, verifica-se que o acórdão recorrido não demonstra **violação aos artigos apontados**. A leitura atenta dos acórdãos revela que foram apreciadas e devidamente fundamentadas as questões debatidas pelas partes durante o desenrolar do processo, tendo o órgão julgador firmado seu convencimento de forma clara e transparente.

Já o detido exame das razões recursais revela que o recorrente pretende, por via transversa, a revisão de matéria de fato, apreciada e julgada com base nas provas produzidas nos autos, que não perfaz questão de direito, mas tão somente reanálise fático-probatória, inadequada para interposição de recurso especial.

Oportuno realçar, a esse respeito, o consignado no julgamento do REsp 336.741/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 07/04/2003, "(...) *se, nos moldes em que delineada a questão federal, há necessidade de se incursionar na seara fático-probatória, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, não merece trânsito o recurso especial, ante o veto da súmula 7-STJ*".

Vejamos o que consta da fundamentação do acórdão recorrido:

“Cinge-se a controvérsia em determinar se o apelado, luz do Convênio nº 126/98, era o responsável por efetuar o recolhimento do tributo, cuja ausência de pagamento levou à formação de Certidão de Dívida Ativa (oriunda da autuação administrativa). Realizada a prova pericial, foi adotada pelo perito a seguinte conclusão: (...). Não obstante, após a conclusão colacionada acima, o perito afirmou que: (...). Verifica-se, portanto, que foi constatado pelo perito quando da análise do Convênio, a necessidade de serem cumpridas algumas exigências (a partir de 01/05/2008) para que fosse possível diferir o recolhimento do tributo. À fl. 1062 do laudo acostado no processo, o perito verificou que: (...). Após efetuar a análise acerca do cumprimento dos requisitos exigidos pelo Convênio, bem como de quando estes passaram a ser exigidos, o perito conclui o seguinte: “a única exigência que este Perito conseguiu verificar seu cumprimento foi a indicação do número do contrato de interconexão no corpo das notas fiscais. As demais exigências não puderam ser verificadas, pois conforme informado pela Autora, às fls. 1.034 a 1.038, não conseguiu localizar os documentos solicitados por este Perito às fls. 1.025.” É possível concluir, à luz dos esclarecimentos prestados e da análise do Convênio 126/98, o equívoco do perito em sua conclusão adotada. Isto porque, os requisitos descritos no Convênio impõem condição sine qua non para que haja o diferimento do pagamento do tributo. Logo, acaso não cumpridos todos os requisitos estipulados, não será o cessionário dos meios de

rede o responsável pelo recolhimento do ICMS. Ao serem determinados requisitos para que haja tal tratamento (diferimento), o Convênio impele o cumprimento de todos eles. Sem o cumprimento total, não há como se conceder tal tratamento. É o que diz a sua cláusula décima: (...). O perito afirma que somente um requisito pode ser verificado, em virtude da ausência de apresentação dos demais documentos requeridos para elaboração do laudo. Portanto, assiste razão ao apelante neste ponto, havendo dissonância entre a conclusão do perito e os fatos apurados no laudo pericial, haja vista que a parte autora não apresentou os documentos necessários para ser verificado o cumprimento das demais condições. Contudo, em virtude de alterações no Convênio ao longo do tempo, há que se ponderar acerca de quais notas fiscais podem ser objeto da autuação. Isso porque, tais requisitos só passaram a vigor na data de 01.05.08, salientando-se que, até o dia 30.09.08, somente dois requisitos eram exigidos, quais sejam: A elaboração do DETRAF contendo detalhamento do tráfego cursado e a indicação do número do contrato de interconexão no corpo da nota fiscal relativo ao faturamento destes serviços. A partir de 01.01.09, quatro requisitos passaram a ser exigidos: a apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio, a declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede,

a utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, no arquivo previsto no Convênio ICMS 115/03, de 12 de dezembro de 2003, a indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade. Dentre as notas fiscais autuadas, é possível deduzir que somente as notas emitidas a partir de 01.05.2008 sujeitam-se aos requisitos do Convênio, pelo que resta demonstrada a parcial razão do Estado em seu apelo. As notas emitidas e período anterior à essa data, isto é, antes da implementação de requisitos, não se sujeitam às exigências indicadas, levando à conclusão de que a apelada não é a responsável pelo recolhimento do ICMS exclusivamente nesse período. Assim, está estampada a nulidade do auto de infração no que diz respeito às notas fiscais emitidas anteriormente à implementação dos requisitos. Cabe analisar a possibilidade de que a execução prossiga, à luz dos fundamentos adotados anteriormente, notadamente acerca da declaração de nulidade parcial do auto de infração, a qual consequentemente ocasiona a nulidade parcial da CDA. Conforme o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 e no art. 203 do CTN, é permitido que, até a prolação da sentença de primeira instância, a CDA seja corrigida ou substituída, garantindo ao devedor um novo prazo para apresentar embargos. Inicialmente, ressalta-se que os embargos à execução já foram julgados, motivo pelo qual não seria cabível a aplicação desses dispositivos legais.

É consolidado o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de autorizar a continuidade da execução fiscal quando a parte anulada puder ser ajustada mediante simples cálculos aritméticos. Esse entendimento foi, inclusive, consolidado sob o regime dos recursos repetitivos, conforme o seguinte precedente: (...).A jurisprudência desta E. Corte entende no mesmo sentido: (...).Da análise dos autos, observa-se que o auto de infração possui valores devidamente discriminados nas certidões de dívida ativa, haja vista que é possível efetuar o cálculo do valor devido retirando as notas fiscais que não deveriam ter sido autuadas pelo fisco, viabilizando o desconto da parcela anulada, permitindo a continuidade da cobrança referente aos créditos remanescentes."

Assim, pelo que se depreende da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que eventual modificação da conclusão do Colegiado passaria pela seara fático-probatória, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, de modo que não merece trânsito o recurso especial, face ao óbice do **Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça**, já acima transcrito.

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1.030, V, do Código de Processo Civil, **INADMITO** o recurso especial interposto.

Intime-se

Rio de Janeiro, 9 de setembro de 2025.



Desembargador **HELENO NUNES**

Terceiro Vice-Presidente