



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 891.313 - BA (2016/0079302-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **EDUARDO FRAGA - BA010658**
: **ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017**
: **FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833**
AGRAVADO : **ESTADO DA BAHIA**
PROCURADOR : **LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AO COMANDO DO ARTIGO 535 DO CPC/1973. PRIMEIRA OBSCURIDADE APONTADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. SEGUNDA OBSCURIDADE APONTADA. NATUREZA DAS RUBRICAS INDICADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FORÇOSO O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ABORDAR A MATÉRIA OBSCURA. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Não vislumbro obscuridade a respeito da questão relativa à aplicação do prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN no caso dos autos, que trata de tributo sujeito a lançamento por homologação, uma vez que o Tribunal de origem foi enfático ao reconhecer que não houve recolhimento de ICMS nos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2001.

2. Esclareça-se que não obstante haver a expressão “pagamento a menor” no acórdão recorrido, esse termo não se refere ao recolhimento de ICMS no momento do fato gerador. Refere-se, todavia, ao crédito tributário formalmente constituído após o lançamento de ofício efetuado pelo fisco estadual. Tanto é assim, que o mérito discute se a inclusão do “cálculo por dentro” para a aferição do ICMS é devido naquelas operações desenvolvidas pela contribuinte.

3. Tendo em vista a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares, faz-se necessário o esclarecimento pelo Tribunal de origem quanto à natureza das rubricas que compõe as infrações 02 e 03 do auto de infração, a fim de que seja possível aplicar o direito à espécie.

4. Agravo interno provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira novo julgamento e aborde a matéria obscura.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, realinhando o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu voto no sentido da divergência inaugurada pela Sra. Ministra Assusete Magalhães, porém restringindo seu ponto de vista de que houve obscuridade no acórdão a quo apenas no que se refere ao segundo argumento suscitado pela recorrente, e a retificação, em parte, do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães para acompanhar o voto realinhado do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2018

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0079302-5

AgInt no
AREsp 891.313 / BA

Números Origem: 0038167-30.2007.8.05.0001 00381673020078050001 138549912007 381673020078050001
61902132005 65704822005 81567472005

PAUTA: 18/04/2017

JULGADO: 18/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : EDUARDO FRAGA - BA010658
ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0079302-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 891.313 / BA**

Números Origem: 0038167-30.2007.8.05.0001 00381673020078050001 138549912007 381673020078050001
61902132005 65704822005 81567472005

PAUTA: 18/04/2017

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : EDUARDO FRAGA - BA010658
ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0079302-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 891.313 / BA**

Números Origem: 0038167-30.2007.8.05.0001 00381673020078050001 138549912007 381673020078050001
61902132005 65704822005 81567472005

PAUTA: 23/05/2017

JULGADO: 23/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : EDUARDO FRAGA - BA010658
ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 891.313 - BA (2016/0079302-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **EDUARDO FRAGA - BA010658**
 ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
 FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : **ESTADO DA BAHIA**
PROCURADOR : **LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por Telemar Norte Leste S/A. (fls. 4.578/4.586, e-STJ), contra decisão monocrática assim ementada:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DECADÊNCIA DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. REGRA DO ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. ICMS. INCIDÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. COMPROVAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. AGRADO CONHECIDO PARA SE CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

No arrazoado do agravo interno, a recorrente reafirma a ofensa ao artigo 535, I e II, do CPC/1973 e ao comando do artigo 173, I, do CTN, sustentando que o pagamento parcial do tributo enseja o lançamento residual, cujo prazo são de cinco anos. Por fim, sustenta a inaplicabilidade da Súmula 7/STJ.

Requer a reconsideração do *decisum* ou o provimento do presente agravo.

Impugnação ao agravo interno às fls. 4.589/4.591 (e-STJ).

Em razão dos fundamentos suscitados pela Ministra Assusete Magalhães, no que se refere à violação do art. 535 do CPC/73, pedi vista regimental dos autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 891.313 - BA (2016/0079302-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. OFENSA AO COMANDO DO ARTIGO 535 DO CPC/1973. PRIMEIRA OBSCURIDADE APONTADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, I, DO CTN. PRECEDENTES. SEGUNDA OBSCURIDADE APONTADA. NATUREZA DAS RUBRICAS INDICADAS NO AUTO DE INFRAÇÃO. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. FORÇOSO O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA ABORDAR A MATÉRIA OBSCURA. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Não vislumbro obscuridade a respeito da questão relativa à aplicação do prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN no caso dos autos, que trata de tributo sujeito a lançamento por homologação, uma vez que o Tribunal de origem foi enfático ao reconhecer que não houve recolhimento de ICMS nos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2001.

2. Esclareça-se que não obstante haver a expressão “pagamento a menor” no acórdão recorrido, esse termo não se refere ao recolhimento de ICMS no momento do fato gerador. Refere-se, todavia, ao crédito tributário formalmente constituído após o lançamento de ofício efetuado pelo fisco estadual. Tanto é assim, que o mérito discute se a inclusão do “cálculo por dentro” para a aferição do ICMS é devido naquelas operações desenvolvidas pela contribuinte.

3. Tendo em vista a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares, faz-se necessário o esclarecimento pelo Tribunal de origem quanto à natureza das rubricas que compõe as infrações 02 e 03 do auto de infração, a fim de que seja possível aplicar o direito à espécie.

4. Agravo interno provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que profira novo julgamento e aborde a matéria obscura.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Em preliminar de mérito, a agravante defende o reconhecimento da violação ao artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

535 do Código de Processo Civil de 1973.

A recorrente sustenta que o Tribunal *a quo*, equivocadamente, concluiu pela aplicação do artigo 173, I, do CTN, sob o entendimento de que não houve qualquer recolhimento do tributo por parte do sujeito passivo e, portanto, tratando-se de arrecadação por homologação, o início do prazo decadencial advém no primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador. Segundo a agravante, há nos autos o reconhecimento fático que a empresa autuada recolheu parcela dos tributos ora discutidos, não incidindo, desse modo, a sistemática do artigo 173, I, do CTN, mas sim a exegese do artigo 150, § 4º, do CTN, cujo o termo *a quo* do prazo decadencial inicia-se a partir do fato gerador da exação.

A segunda obscuridade suscitada pela ora agravante cinge-se sobre a incidência de ICMS nas atividades denominadas “identificador de chamadas”, “bloqueio e serviços suplementares” desenvolvidas pela empresa de telecomunicações. Argumenta que houve imprecisão na avaliação fática desses serviços prestados, os quais não permitem a autuação do fisco para exigir o referido tributo, nos termos da Cláusula 1º do Convênio nº 69/1998.

Enfim, são esses os pontos suscitados nesta preliminar.

Inicialmente, cabe estabelecer os fatos lançados pelo acórdão de origem.

Em 07.02.2006, o fisco do Estado da Bahia impôs à agravante autuação tributária em face da incidência de ICMS em serviços de telecomunicações por ela prestada no período de janeiro a dezembro do ano de 2011. Ao todo, imputou-se a empresa ora recorrente, onze infrações fiscais atinentes ao não lançamento e recolhimento de ICMS (fls. 131/143, e-STJ), concernente às seguintes rubricas, *in verbis*:

- Infração 01 – Serviço de 0800;
- Infração 02 – Assinatura, identificador de chamadas, bloqueio, DVI, serviços suplementares, DDC, Intrasetorial, Ligações para celular, etc;
- Infração 03 – Transmissão de dados;
- Infração 04 – Serviços de telecomunicações sob a nomenclatura EILD;
- Infração 05 – Serviço de auxílio à lista 102;
- Infração 06 – Disque Turismo;
- Infração 07 – Disque despertador;
- Infração 08 – Serviço de habilitação
- Infração 09 – Serviço de Instalação
- Infração 10 – Serviços de telecomunicações sob a nomenclatura EILD
- Infração 11 – Aluguel de equipamentos;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sua defesa, a contribuinte alegou a decadência da obrigação tributária ocorrida anteriormente à 07.02.2001, em face do transcurso de cinco anos entre a data do fato gerador e a notificação do lançamento tributário, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN.

O Tribunal de origem afastou a questão preliminar de decadência, ao entender que diante da ausência de recolhimento do ICMS, incidiria na espécie a exegese do artigo 173, I, do CTN, que segundo a jurisprudência desta Corte, pronuncia que a contagem do termo *a quo* do prazo decadencial inicia-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

A propósito, o Tribunal de Justiça da Bahia assim se pronunciou no acórdão, *in verbis*:

De fato, “não sendo efetuado qualquer pagamento, deve incidir a norma prevista no artigo 173, I, do CTN, que estabelece como termo *a quo* da contagem do prazo decadencial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, [...], o supracitado dispositivo somente pode ser invocado quando o contribuinte não faz, até a data do vencimento do tributo, pagamento algum”, como decidido na Apelação Cível nº 5360-1/2008, cuja relatoria coube à Des. Vera Lúcia Freire de Carvalho, em hipótese idêntica à dos presentes autos.

Insta esclarecer que essas conclusões sobreditas estão sedimentadas tanto na ementa do acórdão, como no capítulo que se refere à preliminar de decadência, cujos trechos mencionam não ter havido qualquer recolhimento da citada exação por parte da contribuinte (fls 1.703 e 1.705, e-STJ), *in verbis*:

(Ementa) Preliminar de decadência, que se rejeita, poso que a hipótese do autos não se enquadra na regra do art. 150, §4º, do CTN, e sim na do art. 173 inciso I, do mesmo diploma legal, ante o fato de não ter a apelante oferecido parcelas do tributo ao fisco.

(...)

(Capítulo da Preliminar de decadência) Isto porque, considero correto o posicionamento do Juízo *a quo*, que entendeu que hipótese dos autos não se enquadra na regra do art. 150, §4º, do CTN, e sim na regra do art. 173 inciso I, do mesmo diploma legal, ante o fato de não ter a apelante, oferecido parcelas do tributo ao fisco. [grifo nosso]

Ademais, corrobora nesta mesma conclusão - qual seja, a ausência de recolhimento de ICMS -, o auto de infração tributária acostado às fls. 131/143 (e-STJ), cujo teor relata a descrição: “deixou de recolher o ICMS (...)”. Outrossim, o Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em sua decisão no processo administrativo fiscal, às fls. 899/911 (e-STJ), arrematou que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuinte deixou de lançar e recolher o tributo de ICMS, restando ao fisco a atuação de ofício para se constituir a obrigação tributária, nos termos do artigo 173, I, do CTN.

Neste ponto faço um parêntese em *obiter dictum*. Não obstante o acórdão tenha deixado claro não ter havido o recolhimento de ICMS pelo contribuinte, se faz propedêutico o ingresso ao cabedal dos autos tão somente para reforçar aos ilustres Ministros que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia encontra-se em sintonia com o deslinde dos fatos.

Assim posto, evidencia-se que o acórdão ao afastar a decadência das obrigações tributárias, o fez balizado na perspectiva da incidência do artigo 173, I, do CTN, pois consoante os parâmetros aferidos, não havendo o recolhimento de ICMS pela contribuinte a época da ocorrência do fato gerador, compete à Administração fazendária proceder o lançamento de ofício, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme jurisprudência amplamente consolidada nesta Corte.

Contudo, findado este capítulo preliminar a respeito da decadência, o acórdão prosseguiu com o mérito da demanda, analisando posteriormente os critérios para a aferição do montante de ICMS devido pela contribuinte no lançamento de ofício datado em 07.06.2006, conforme se revela na própria ementa do julgado, *in verbis* (fls. 1.703/1.704, e-STJ):

No mérito, confirma-se a decisão *a quo* no ponto em que entende correta a maneira pela qual a Fazenda Estadual vem aplicando o método dó chamado "cálculo por dentro" a fim de apurar o montante devido a título á ICMS, ante a demonstração, pela prova pericial, de que o método utilizado pelo fisco estadual é o correto para promover tal levantamento.

Ao decidir esta questão de mérito, o Tribunal de origem em seu fundamento fez remissão à prova pericial colhida na instância *a quo*, para justificar que o valores adimplidos pela contribuinte após o lançamento fiscal, foram inferiores ao devido, porquanto não contemplou a inclusão do "cálculo por dentro" no montante pago a título de ICMS, *in verbis* (fls. 1.706, e-STJ):

[...] Portanto, diante dessas análises, concluo que o **crédito fiscal pago pela Telemar de R\$ 1.241.451,31, valor sem encargos, relativo à integralidade das infrações 1 e 4 e a parcialidade das infrações 2, 3, 9 e 11 (DAE de fls. 138) apurado com base na sua planilha de fls. 1021/1022, está a menor**, posto que o ICMS ali calculado não seguiu os ditames do RICMS/97 relativos a incorporação dó ICMS em sua própria base de cálculo, à exceção dos serviços listados na planilha anexa, os quais tiveram a inclusão do ICMS por dentro.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, é nesta questão que reside a alegada obscuridade do acórdão *a quo*, pois, não obstante haver a expressão “pagamento a menor”, esse termo não se refere ao recolhimento de ICMS no momento do fato gerador. Refere-se, todavia, ao crédito tributário formalmente constituído após o lançamento de ofício efetuado pelo fisco estadual. Tanto é assim, que o mérito discute se a inclusão do “cálculo por dentro” para a aferição do ICMS é devido naquelas operações desenvolvidas pela contribuinte.

Nesse sentido, não podemos atribuir ao termo “pagamento a menor” os efeitos jurídicos para a contagem do prazo decadencial do artigo 150, § 4º, do CTN, uma vez que o adimplemento da exação após o lançamento tributário se refere ao crédito fiscal e não ao recolhimento da obrigação tributária.

Logo, o que fora periciado nos autos, conforme consta do acórdão, é a correição do adimplemento do crédito tributário após a lavratura do lançamento fiscal realizado pelo fisco do Estado da Bahia. Nesta toada, é importante não atribuir ao pagamento informado pela perícia, o efeito de substituir o recolhimento de ICMS na ocasião do fato gerador, pois, havido a constituição do crédito fiscal com o lançamento de ofício, não há que se averiguar a decadência tributária, porquanto este instituto somente é aferido no momento que nasce a obrigação tributária com o fato gerador, e não mais a partir da sua constituição formal.

Assim, ao se analisar o acórdão recorrido, verificar-se-á que o trecho do laudo pericial que aponta “pagamento a menor” se refere ao acerto ou desacerto do pagamento do tributo após o lançamento fiscal, e não se refere na averiguação do recolhimento do ICMS quando da ocorrência do fato gerador.

Portanto não há obscuridade a ser sanada, pois, a respeito da questão relativa ao prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o Tribunal de origem foi enfático ao reconhecer que não houve recolhimento de ICMS nos fatos geradores ocorridos entre janeiro e dezembro de 2001 (fls. 1.705, e-STJ), e posteriormente, no mérito, quando da análise do adimplemento do lançamento fiscal, fora observado ainda que o pagamento efetuado pela contribuinte foi a “menor”, sem a inclusão do “cálculo por dentro”.

Em suma, penso que não devemos confundir esses dois momentos no acórdão recorrido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que não atribuamos obscuridade de fatos distintos na cadeia da relação jurídico-tributária.

E, por seguinte, além da preliminar da decadência, a agravante suscita outros argumentos para o reconhecimento da suposta ofensa ao artigo 535 do CPC/1973. Aduz a contribuinte, que a fundamentação do Tribunal de origem foi deficiente para qualificar quais os serviços seriam de comunicação dentre daqueles descritos nas infrações 02 e 03 do auto de infração.

Com efeito, o Tribunal de origem concluiu ser incidente o ICMS nos serviços descritos nas infrações 02 e 03 do Auto de Infração, como se depreende do seguinte excerto do voto condutor do acórdão recorrido:

Quanto a incidência de ICMS sobre os serviços constantes nas infrações 2 e 3 - tenho que a decisão *a quo* deve ser mantida, posto que não se configuram, tais serviços, como de valor adicionado e sim serviço de telecomunicações. Isto porque, a Lei 9.472/1997 define, nos seus artigos 60 e 61, o que é o serviço de telecomunicações e o que serviço de valor adicionado:

"Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

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

§ 2º [...]

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º [...]" Grifei.

Um exemplo desta espécie de serviço é o prestado pelos provedores de acesso à internet que, conforme pacífica jurisprudência do STJ, Súmula 334, não sofrem a incidência do ICMS.

Vejamos, acerca do tema, esclarecedor voto do Ministro Castro Meira, lançado é no Recurso Ordinário em MS nº 11.024 -RO (1999/0062900-0):

"Com apoio no art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 e n art. 60, caput e parágrafo 1º, da Lei 9.472/97, os Estados deram vida a Convênio ICMS 69/98 - CONFAZ, que determina a incidência do imposto sobre os valores pagos a título de habilitação na telefonia móvel celular.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, tem por função precípua conferir uniformidade mínima à legislação do ICMS, sobretudo no campo dos incentivos e benefícios fiscais, objetivando, com isso, impedir ou, pelo menos, reduzir a chamada "Guerra Fiscal". Cumpre também esse Conselho, como bem salientou o órgão do Ministério Público Federal, o ilustre Subprocurador -Geral da República Dr. Miguel Guskow, no parecer d fls. 207/209, elaborar listas de mercadorias e serviços que estejam sob a incidência tributária do ICMS.

O Convênio 69/98, cuja legalidade se põe à proya, diferentemente do que alega a Recorrente, não tipificou uma nova hipótese de incidência do ICMS. Apenas listou um serviço de comunicação que se encontra no campo da tributação do imposto, por força do que preconizam os artigos 21, inciso III, d Lei Complementar nº 87/96 e 60, caput e parágrafo primeiro, da Lei nº 9.472/97, objetivando, com isso, dar uniformidade à legislação tributária do diversos Estados da federação.

Não há, assim, qualquer ilegalidade que possa ser reconhecida relativamente ao Convênio 69/98 - CONFAZ, pelo menos no que pertine à incidência do ICMS sobre a habilitação da telefonia móvel celular. O serviço de habilitação preenche os dois requisitos exigidos pelo art. 2º inciso III, d LC nº 87/96, para que ocorra a incidência tributária: é efetivamente serviço de telecomunicação (enquadramento no conceito do art. 60, caput e parágrafo 1º, da Lei 9.472/97), além de estar marcado pela nota da onerosidade." (RMS 11024/RO, RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA1999/0062900-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA), Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 07/08/2003, Publicação: 08/09/2003, p 261, RSTJ vol. 172 p. 239, RTFP vol. 52 p. 288).

Ante tais premissas, tenho que os serviços constantes nas infrações 2 e 3 sofrem a incidência do ICMS, motivo pelo qual deve ser integralmente mantida, também neste ponto, a decisão *a quo*.

Em embargos de declaração, a recorrente suscitou o pronunciamento a respeito dos serviços considerados tributados, nos seguintes termos:

O acórdão embargado trouxe que os serviços constantes das infrações 02 e 03 do auto de infração (naquilo que ultrapassou o montante pago parcialmente pelo contribuinte) constituíam serviços de comunicação. Todavia, em nenhum momento no acórdão foi feita menção a quais seriam os aludidos serviços.

Ora, tendo-se em vista que a inicial dos embargos à execução transcreveu a literalidade do auto de infração guerreado, onde constam todos serviços objeto de cobrança do imposto estadual, tem-se como essencial para o alcance das instâncias Superiores o adequado prequestionamento da matéria, por meio da menção expressa, no acórdão dessa instância ordinária, dos serviços objeto da decisão.

Infração 02 - O contribuinte não ofereceu à tributação diversas Receitas de Telecomunicações, denominadas SERVIÇOS básicos (Assinatura, Identificador de Chamadas, Bloqueio, DVI, Ligações para celular VC1, VC2, VC3, DDD, 0300, etc.);

Infração 03 - O contribuinte não ofereceu à tributação diversas Receitas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Telecomunicações referentes à Transmissão de DADOS (TC ISDN, TC VOICE NET, ASS WEB HOSTING, ASS FAST INTERNET, ASS. ACCESS FR RELAY, SERV MINAS PAC, ACCESS CIRCUITO VIRTUAL, TC PATA TURBO, CIRC ACCESS INTERNET, TC DIGITRONIC, TC VPN IP, TC IP ACCESS CONECT AS. AC. LC., etc.);

Desse modo, especialmente no que se refere às atividades denominadas "identificador de chamadas, bloqueio e serviços suplementares", que não foram objeto do pagamento parcial feito pela empresa, ter-se-á a possibilidade de evoluir a discussão sob o enfoque da caudalosa jurisprudência do STJ acerca da questão envolvendo a tributação pelo ICMS de atividades previstas no Convênio nº 69/98.

Os embargos de declaração foram rejeitados no ponto, sob o fundamento de que não houve omissões ou obscuridades na decisão embargada.

No tocante a esse tema, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares.

Confiram-se os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. ICMS. TELEFONIA FIXA. ASSINATURA MENSAL. FRANQUIA DE MINUTOS. PREMISSA FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. TEMA 827/STF. REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Depreende-se dos autos que somente em sede de embargos de declaração nos embargos infringentes alegou-se que o acórdão teria sido obscuro no tocante à mudança de critério jurídico das autuações que embasaram o executivo fiscal, e a necessidade de manifestação sobre ofensa ao art. 146 do CTN. Desse modo, o seu não enfrentamento pelo Tribunal *a quo* não configura omissão, uma vez que não arguida no momento oportuno pela parte, sendo vedado inovação em embargos de declaração, conforme pacífico entendimento desta Corte.

2. A jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que 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).

3. A prestação de serviços conexos ao de comunicação (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.

4. O fato de a assinatura básica remunerar franquia mínima de pulsos foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinante para que a Corte de origem concluísse que o ICMS incide sobre os valores cobrados pelas concessionárias de telefonia a esse título.

5. Nesse contexto, eventual reforma do acórdão recorrido para acolher a alegação da recorrente, no sentido de que os valores cobrados dos clientes a título de assinatura mensal, não engloba minutos de conversação, implicaria, necessariamente, em reexame do contexto probatório dos autos, providência vedada em sede de especial em virtude do óbice da Súmula 7/STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

6. Cabe registrar que em 13/10/2016, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 827 da repercussão geral, por unanimidade, fixou tese nos seguintes termos: "O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário."

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1547732/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 01/03/2017)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. ICMS. TELEFONIA CELULAR. SERVIÇOS SUPLEMENTARES AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS." Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 816.512/PI, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 1º/2/10).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no RMS 31.147/RR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/2014)

TRIBUTÁRIO. ICMS. TELEFONIA. INCIDÊNCIA SOMENTE SOBRE O SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO, E NÃO SOBRE ATIVIDADE-MEIO OU SERVIÇOS SUPLEMENTARES. PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 816.512/PI, julgado na sistemática do art. 543-C do CPC, decidiu que o ICMS somente incide sobre o serviço de telecomunicação propriamente dito, e não sobre as atividades-meio e serviços suplementares.

2. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1301934/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 27/09/2010)

Frente a esses precedentes, revela-se imprescindível o esclarecimento do acórdão recorrido quanto à natureza das rubricas que compõe as infrações 02 e 03 do auto de infração, a afim de que seja possível aplicar o direito à espécie, porquanto, repita-se: *"os serviços de habilitação, instalação, disponibilidade, assinatura (enquanto sinônimo de contratação do serviço de comunicação), cadastro de usuário e equipamento, entre outros serviços, que*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurem atividade-meio ou serviços suplementares, não sofrem a incidência do ICMS" (REsp 816.512/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).

Com essas considerações, realinho o meu voto no sentido do voto divergente da ilustre Ministra Assusete Magalhães, porém restringindo meu ponto de vista de que houve obscuridade no acórdão *a quo* apenas no que se refere ao segundo argumento suscitado pela recorrente, atinente à distinção de quais rubricas elencadas nas infrações fiscais 02 e 03 sofreriam incidência de ICMS.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento no que tange a ofensa ao artigo 535 do CPC/1973, a fim de anular o acórdão proferido na origem nos embargos de declaração às fls. 1773/1775 (e-STJ), determinando neste sentido o retorno dos autos ao Egrégio Tribunal *a quo* para que se profira novo julgamento e aborde a matéria obscura.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 891.313 - BA (2016/0079302-5)

VOTO-VOGAL

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra decisão da lavra do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, que conheceu do Agravo em Recurso Especial, para conhecer parcialmente do Recurso Especial, negando-lhe provimento, nessa parte.

Quanto à alegada ofensa ao art. 535, I, do CPC/73, Sua Excelência, o Ministro Relator, acabou por considerar não configuradas as obscuridades apontadas nos Embargos de Declaração, opostos perante o Tribunal de origem.

Entretanto, entendo que houve duas obscuridades, no acórdão recorrido, as quais foram alegadas, no Recurso Especial.

Quanto à questão em torno da decadência, considero que restou configurada a obscuridade apontada, na medida em que, embora o Tribunal de origem haja consignado, no voto condutor do acórdão recorrido, que "a hipótese dos autos não se enquadra na regra do art. 150, § 4º, do CTN, e sim na do art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, ante o fato de não ter a apelante oferecido parcelas do tributo ao Fisco" (fl. 1705e), aquele Tribunal transcreveu, logo em seguida, trecho do laudo pericial, do qual se extrai que "**o crédito fiscal pago pela Telemar** de R\$ 1.241.451,31, valor sem encargos, relativo à integralidade das infrações 1 e 4 e a parcialidade das infrações 2, 3, 9 e 11 (DAE de fls. 138), apurado com base na sua planilha de fls. 1021/1022, **está a menor**, posto que o ICMS ali calculado não seguiu os ditames do RICMS/97 relativos à incorporação do ICMS em sua própria base de cálculo, à exceção dos serviços listados na planilha anexa, os quais tiveram a inclusão do ICMS por dentro" (fl. 1706e).

Por sua vez, quanto à questão em torno da incidência do ICMS sobre os serviços constantes dos autos de infração 2 e 3, de forma genérica e obscura o Tribunal de origem deixou consignado que "Quanto à incidência de ICMS sobre os serviços constantes nas infrações 2 e 3 - tenho que a decisão **a quo** deve ser mantida, posto que não se configuram, tais serviços, como de valor adicionado e sim serviços de telecomunicações" (fl. 1706e).

Em seus Embargos de Declaração (fls. 1724/1733e), a ora agravante apontou obscuridades, de um lado, em relação ao alegado pagamento parcial do tributo, e de outro lado, em relação a quais serviços de telecomunicações, dentre os constantes dos autos de infração 2 e 3, teriam sido considerados tributados, pelo Tribunal de origem.

Contudo, os Declaratórios foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, sem efetivo enfrentamento dos dois pontos indicados como obscuros (fls. 1773/1775e).

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo interno, para conhecer do Agravo em Recurso Especial e dar provimento ao Recurso Especial, por violação ao art. 535, I, do CPC/73, a fim de que o Tribunal de origem esclareça as obscuridades apontadas nos Embargos de Declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0079302-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 891.313 / BA**

Números Origem: 0038167-30.2007.8.05.0001 00381673020078050001 138549912007 381673020078050001
61902132005 65704822005 81567472005

PAUTA: 20/02/2018

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : EDUARDO FRAGA - BA010658
ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo interno, e o voto divergente da Sra. Ministra Assusete Magalhães, dando-lhe provimento, pediu vista regimental dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."

Aguardam os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 891.313 - BA (2016/0079302-5)

RETIFICAÇÃO DE VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra decisão da lavra do Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, que conheceu do Agravo em Recurso Especial, para conhecer parcialmente do Recurso Especial, negando-lhe provimento, nessa parte.

Na decisão monocrática agravada, particularmente em relação à alegada ofensa ao art. 535, I, do CPC/73, Sua Excelência, o Ministro Relator, considerou não configuradas as obscuridades apontadas nos Embargos de Declaração, opostos perante o Tribunal de origem.

Iniciado o julgamento, após o voto do Relator, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, negando provimento ao Agravo interno, e o voto divergente por mim proferido, dando-lhe provimento, o Ministro Relator pediu vista regimental dos autos.

Naquela oportunidade, entendi que haveria duas obscuridades, no acórdão recorrido, as quais foram alegadas, no Recurso Especial.

Quanto à questão em torno da decadência, considerei configurada a obscuridade apontada, na medida em que, embora o Tribunal de origem haja consignado, no voto condutor do acórdão recorrido, que "a hipótese dos autos não se enquadra na regra do art. 150, § 4º, do CTN, e sim na do art. 173, inciso I, do mesmo diploma legal, ante o fato de não ter a apelante oferecido parcelas do tributo ao Fisco" (fl. 1705e), aquele Tribunal transcreveu, logo em seguida, trecho do laudo pericial, do qual se extrai que "**o crédito fiscal pago pela Telemar** de R\$ 1.241.451,31, valor sem encargos, relativo à integralidade das infrações 1 e 4 e a parcialidade das infrações 2, 3, 9 e 11 (DAE de fls. 138), apurado com base na sua planilha de fls. 1021/1022, **está a menor**, posto que o ICMS ali calculado não seguiu os ditames do RICMS/97 relativos à incorporação do ICMS em sua própria base de cálculo, à exceção dos serviços listados na planilha anexa, os quais tiveram a inclusão do ICMS por dentro" (fl. 1706e).

Quanto à questão em torno da incidência do ICMS sobre os serviços constantes dos autos de infração 2 e 3, de forma genérica e obscura o Tribunal de origem deixou consignado que "Quanto à incidência de ICMS sobre os serviços constantes nas infrações 2 e 3 - tenho que a decisão **a quo** deve ser mantida, posto que não se configuram, tais serviços, como de valor adicionado e sim serviços de telecomunicações" (fl. 1706e).

Em seus Embargos de Declaração (fls. 1724/1733e), a ora agravante apontou obscuridades, de um lado, em relação ao alegado pagamento parcial do tributo, e, de outro lado, em relação a quais serviços de telecomunicações, dentre os constantes dos autos de infração 2 e 3, teriam sido considerados tributados, pelo Tribunal de origem.

Considerando que os Declaratórios foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, sem efetivo enfrentamento dos dois pontos indicados como obscuros (fls. 1773/1775e), a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio votei no sentido de dar provimento ao Agravo interno, para conhecer do Agravo em Recurso Especial e dar provimento ao Recurso Especial, por violação ao art. 535, I, do CPC/73, a fim de que o Tribunal de origem esclarecesse as obscuridades apontadas nos Embargos de Declaração.

Após o pedido de vista regimental, Sua Excelência, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, realinhou seu voto, no sentido do voto divergente por mim proferido. Porém, ressalva ele seu ponto de vista, no sentido de que houve obscuridade, no acórdão recorrido, tão somente no que se refere ao segundo ponto suscitado como obscuro, pela parte ora agravante.

Consoante demonstrado pelo Ministro Relator, "ao se analisar o acórdão recorrido, verificar-se-á que o trecho do laudo pericial que aponta 'pagamento a menor' se refere ao acerto ou desacerto do pagamento do tributo após o lançamento fiscal, e não se refere na averiguação do recolhimento do ICMS quando da ocorrência do fato gerador".

Com efeito, o alegado pagamento a menor, a que se refere o trecho do laudo pericial reproduzido no acórdão recorrido, somente ocorreu em 20/02/2006, portanto, após a intimação da contribuinte acerca da lavratura do auto de infração, a qual, por sua vez, deu-se em 08/02/2006, conforme consta dos seguintes excertos da petição inicial e da emenda à inicial:

"Reconhecendo parcialmente a procedência do lançamento, a Embargante realizou o pagamento de parte do débito, correspondente à integralidade das Infrações nºs 01 e 04 e fração das Infrações nºs 02, 03, 09 e 11, conforme guia de recolhimento do imposto em anexo (doc. 06), cuja veracidade é atestada pelos procuradores infra-assinados" (fl. 6e).

"A intimação do Auto de Infração, objeto da execução fiscal ora embargada, relativo a ICMS supostamente devido por fatos geradores havidos entre janeiro e dezembro de 2001, somente ocorreu em 08.02.2006 (...)" (fl. 7e).

"Deste modo, a empresa realizou o pagamento, em 20/02/2006, de R\$ 2.375.950,61 (dois milhões, trezentos e setenta e cinco mil, novecentos e cinquenta reais e sessenta e um centavos), relacionados ao que se resignou como devido de imposto. O referido pagamento foi comprovado quando da interposição do recurso voluntário no processo administrativo (ali indicado como 'doc. nº 01') e reiterado na inicial dos embargos (doc. nº 06 da inicial). Desde a impugnação ao auto de infração, contudo, a empresa informou, por meio de planilha indicada como 'doc. 04' da impugnação, quais seriam os serviços objeto de pagamento."

Ante o exposto, retifico, em parte, o meu anterior voto e acompanho o voto realinhado de Sua Excelência, o Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, para, dando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao Agravo interno, conhecer do Agravo em Recurso Especial e dar parcial provimento ao Recurso Especial, por violação ao art. 535, I, do CPC/73, a fim de que o Tribunal de origem esclareça o segundo ponto indicado como obscuro, nos Embargos de Declaração ali opostos, pela parte ora agravante.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0079302-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt no AREsp 891.313 / BA**

Números Origem: 0038167-30.2007.8.05.0001 00381673020078050001 138549912007 381673020078050001
61902132005 65704822005 81567472005

PAUTA: 06/11/2018

JULGADO: 06/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : ANDRÉ MENDES MOREIRA E OUTRO(S) - MG087017
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : EDUARDO FRAGA - BA010658
ANDRÉ MENDES MOREIRA - MG087017
FLAVIANO BRITTO E OUTRO(S) - BA027833
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA
PROCURADOR : LEONCIO OGANDO DACAL E OUTRO(S) - BA013939

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, realinhando o seu voto no sentido da divergência inaugurada pela Sra. Ministra Assusete Magalhães, porém restringindo seu ponto de vista de que houve obscuridade no acórdão a quo apenas no que se refere ao segundo argumento suscitado pela recorrente, e a retificação, em parte, do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães para acompanhar o voto realinhado do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.