

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0010/14-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TELEFÔNICA BRASIL S/A. (TELESP)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JFJ nº 0040-01/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0219-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. A acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, transferido de forma irregular de empresas incorporadas, não procede, pois, numa incorporação não é o crédito que é transferido, mas todos os direitos e obrigações da empresa incorporada. Igualmente, é incompatível à situação a acusação de falta de estorno de crédito. Não identificada a motivação da autuação. Existência de vícios insanáveis que fulminam o Auto de Infração. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JFJ, através do Acórdão nº 0040-01/15, por ter julgado Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado, em 29/09/2014, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor R\$ 2.822.664,32, transferido de forma irregular de estabelecimentos de outras empresas – créditos originados das empresas ATELECOM e TELEFONICADATA, que foram incorporadas pela autuada.

Consta na descrição do fato que as empresas incorporadas eram prestadoras de serviços de comunicação, adquiriam serviços de comunicação para prestação de serviços da mesma natureza em montante superior ao que foi vendido por “ela mesma”, acumulando indevidamente crédito tributário na conta corrente, e, como serviço de comunicação não é um produto “estocável”, então o crédito remanescente da operação de compra e venda deveria ter sido estornado, uma vez que tal serviço não está amparado em nenhuma das hipóteses de acumulação de crédito.

A Decisão recorrida foi pela nulidade do Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

A acusação fiscal no presente Auto de Infração é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS que teria sido transferido de forma irregular de estabelecimentos de outras empresas – créditos originados das empresas Atelecom e Telefonidata [leia-se: A. Telecom S.A. e Telefônica Data S.A.], que foram incorporadas pela autuada. Consta na descrição do fato que as empresas incorporadas eram prestadoras de serviços de comunicação, adquiriam serviços de comunicação para prestação de serviços da mesma natureza em montante superior ao que foi vendido por “ela mesma” [sic], acumulando indevidamente crédito tributário na conta corrente, e, como serviço de comunicação não é um produto “estocável”, então o crédito remanescente da operação de compra e venda [sic] deveria ter sido estornado, uma vez que tal serviço não está amparado em nenhuma das hipóteses de acumulação de crédito.

A defesa suscita em preliminar a nulidade do lançamento alegando cerceamento de defesa em face da forma como foi feita a descrição do fato, não deixando claro se a acusação é de suposta transferência irregular de créditos ou do suposto creditamento indevido de valores decorrentes da aquisição de serviços de telecomunicação para prestação de serviços da mesma natureza.

Sustenta que a descrição inexistente ou incompleta do fato infringente à lei caracteriza vício formal, o que enseja a nulidade do Auto de Infração, por incorrer em verdadeiro cerceamento de defesa.

Realmente, o fato (ou fatos) foi descrito de forma incompreensível. Começa acusando transferência irregular de créditos originados de empresas que foram incorporadas pela autuada.

Fala de aquisição de serviços de comunicação pelas empresas incorporadas para prestação de serviços da mesma natureza em montante superior ao que foi “vendido”. Acusa acumulação indevida de créditos. Reporta-

se à falta de estorno de crédito.

Além dessa imprecisão na descrição do fato, ou fatos, não foi especificado ao certo qual o real motivo da autuação. Na descrição do fato, ou fatos, os autuantes não indicam o dispositivo legal em que se basearam – os dispositivos legais citados no enquadramento do fato cuidam de situações diversas.

O art. 31 da Lei nº 7.014/96 contém um enunciado genérico, traçando em linhas amplas o direito ao crédito para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido mercadorias ou que tenha utilizado serviços.

Outro dispositivo citado é o art. 311 do RICMS/12. Esse artigo prevê que, salvo disposição em contrário, é vedada a “transferência de crédito fiscal” para estabelecimento de “outro contribuinte”.

Esse art. 311 não se aplica por duas razões. A primeira é que, no caso em lide, conforme consta na descrição do fato, não se trata de “transferência de crédito fiscal”. Segundo a descrição do fato, o crédito glosado pertence às empresas A. Telecom S.A. e Telefônica Data S.A., que foram incorporadas pela autuada. Sendo assim, não se trata de “transferência de crédito”: numa incorporação de empresa detentora de créditos, não é o crédito que é transferido – o que é transferido é o patrimônio da empresa incorporada, que passa a integrar o patrimônio da incorporadora. Ou, em linguagem mais apropriada, uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, nos termos do art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas.

Note-se que o art. 227 da Lei das Sociedades Anônimas prescreve que na incorporação a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos e obrigações. Nesse sentido, conforme sustenta a defesa, seria realmente um contrassenso a sucessora responder por todas as obrigações fiscais das empresas incorporadas, mas não ter direito aos créditos fiscais das incorporadas.

A segunda razão pela qual não se aplica neste caso o referido art. 311 é porque o crédito não foi transferido para “outro estabelecimento”. Na incorporação, a empresa incorporada desaparece, porém permanece com a sua natureza jurídica inalterada no bojo da sociedade incorporadora.

No caso de outras sociedades que não sejam regidas pela Lei das Sociedades Anônimas, as disposições aplicáveis em caso de incorporação encontram-se nos arts. 1.116 a 1.118 do Código Civil (Lei nº 10.406/02).

Foi citado também o § 4º do art. 317 do RICMS/12. Como esse dispositivo se refere a transferências de crédito, não se aplica ao presente caso.

O autuado destacou a possibilidade de compensação de crédito decorrente da aquisição de serviços de comunicação para a prestação de serviços da mesma natureza.

Na informação fiscal, um dos autuantes, comentando esse aspecto, afirmou que, como não se trata de produto estocável, depreende-se que a operação foi feita com prejuízo final para o prestador, ou seja, o serviço adquirido foi vendido por preço inferior ao de compra, devendo dessa forma ter sido feito o estorno do crédito oriundo da operação, não cabendo em nenhuma hipótese a sua acumulação, tendo portanto a utilização do crédito sido feita indevidamente.

Ora, isso muda totalmente o fulcro da autuação. A autuação não foi por falta de estorno de crédito pelo fato de a “venda” dos serviços de comunicação ter sido feita por preço inferior ao de “compra” de tais serviços.

Em suma, não ficou configurada nenhuma infração. Deixo, contudo, de votar pela improcedência, haja vista que a descrição do fato foi feita de forma ininteligível, e foi nesse sentido que a defesa suscitou a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, pois a acusação não deixou claro o que pretendeu a fiscalização, ou seja, não ficou claro por que foram glosados os créditos. Se porventura os créditos eram ilegítimos em sua origem, acumulando-se indevidamente, e deveriam ser estornados, não podendo por isso ser transferidos, teria de ser investigada e demonstrada sua ilegitimidade, não sendo admissível a simples glosa da “transferência”, pois transferência não houve. Considero nulo o lançamento, por falta de certeza.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado de anular o Auto de Infração em epígrafe, pois, conforme bem frisou o Acórdão recorrido:

“... a descrição do fato foi feita de forma ininteligível, e foi nesse sentido que a defesa suscitou a nulidade do lançamento, por cerceamento de defesa, pois a acusação não deixou claro o que pretendeu a fiscalização, ou seja, não ficou claro por que foram glosados os créditos. Se porventura os créditos eram ilegítimos em sua origem, acumulando-se indevidamente, e deveriam ser estornados, não podendo por isso ser transferidos, teria de ser investigada e demonstrada sua ilegitimidade, não sendo admissível a simples glosa da “transferência”, pois transferência não houve. Considero nulo o lançamento, por falta de certeza.”

De uma análise preliminar, depreende-se dos autos que a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, segundo o fisco, transferidos de forma irregular quando da incorporação de empresas, o que não procede, pois, numa incorporação não é o crédito que é transferido, mas, sim, todos os direitos e obrigações da empresa incorporada. Logo, é incompatível à situação a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS transferidos em razão da incorporação entre empresas.

Por sua vez, na acusação fiscal também cabe a interpretação de que os créditos eram ilegítimos em sua origem, conforme entendeu a Decisão recorrida, e por isso deveriam ser estornados. Contudo, tal hipótese não restou sobejamente demonstrada e comprovada pelo fisco.

O fato é que a acusação fiscal foi dúbia e ensejou dúvida do motivo de se considerar indevida a utilização dos créditos fiscais, agravado ainda mais pelo fato de a imputação ser fundamentada em demonstrativo sintético, à fl. 5 dos autos, o qual em nada esclarece sobre o suposto ilícito fiscal, implicando cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, conforme consignado na Decisão recorrida.

Portanto, uma vez não identificada a motivação da autuação, o lançamento de ofício está contaminado de vícios insanáveis que fulminam o Auto de Infração.

Logo, vislumbro que, *in casu*, restou comprovado que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, disso resultando a nulidade do Auto de Infração, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar NULO o Auto de Infração, do que, conforme art. 156 do RPAF, representa-se à autoridade fiscal competente para verificar se existem elementos que justifiquem instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha, atentando-se para o prazo decadencial previsto na legislação pertinente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº **269135.0010/14-8**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S/A. (TELESP)**. Representa-se à autoridade fiscal competente para verificar a necessidade de se instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de falha, dentro do prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS