

A. I. N° - 269135.0010/14-8
AUTUADO - TELEFÔNICA BRASIL S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 16.04.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0040-01/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA. CRÉDITO FISCAL. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DE FORMA IRREGULAR, ORIGINADOS DE EMPRESAS QUE FORAM INCORPORADAS PELA AUTUADA. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO PELAS EMPRESAS INCORPORADAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DA MESMA NATUREZA EM MONTANTE SUPERIOR AO QUE FOI “VENDIDO”. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITOS. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITOS. Fatos descritos de forma incomprensível. Indicação, no enquadramento legal, de dispositivos que nada têm a ver com os fatos narrados. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.9.14, acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, transferido de forma irregular de estabelecimentos de outras empresas – créditos originados das empresas ATELECOM e TELEFONICADATA [sic], 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. Valor do crédito glosado: R\$ 2.822.664,32. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se (fls. 79/87) transcrevendo inicialmente os dispositivos indicados no enquadramento da infração.

Suscita em preliminar a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, alegando que, na forma como foi lavrado, não permite que o contribuinte identifique claramente o real motivo da autuação, impossibilitando a apresentação de defesa suficientemente embasada. Reclama que a descrição feita no Auto e os dispositivos legais apontados não deixam claro se as ilegalidades atribuídas à empresa decorrem da 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.

Reclama que os autuantes não satisfizeram a exigência legal de descrever, de forma clara e objetiva, os supostos erros que deram origem à autuação, eximindo-se de fazer menção específica às atividades motivadoras dos créditos glosados, limitando-se a fazer afirmações genéricas. Aduz que, sendo genérica e abrangente a descrição, a fiscalização fugiu do dever insculpido no art. 142 do CTN.

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.

Destaca que não é facultado ao agente fiscal autuar com discricionariedade, esquivando-se ao princípio da legalidade, pois as atividades de fiscalização, apuração, lançamento e julgamento são atividades administrativas plenamente vinculadas.

No mérito, que diz adentrar só para argumentar, alega que, apesar de não ser possível identificar o real motivo da autuação, fará a defesa de acordo com a interpretação que lhe foi possível realizar.

Dá destaque ao direito ao creditamento de ICMS incidente sobre serviço de comunicação. Diz que, a partir da análise que foi possível fazer da descrição do Auto e dos dispositivos legais supostamente infringidos, verifica-se que o fisco equivocadamente alega que a empresa teria utilizado créditos transferidos de outro contribuinte de forma irregular, enquadrando a infração no art. 311 do RICMS/12, porém o aproveitamento de créditos das empresas A. Telecom S.A. e Telefônica Data S.A. pela autuada, Telefônica Brasil S.A., não se deu por transferência de créditos para estabelecimento de outro contribuinte, não se aplicando ao caso, portanto, o art. 311 do RICMS/12, haja vista que as empresas A. Telecom S.A. e Telefônica Data S.A. foram cindidas, com as maiores parcelas, em ato contínuo, incorporadas pela Telefônica Brasil S.A., conforme trecho dos atos constitutivos anexos (docs. 1 e 2), que transcreve.

Frisa que na incorporação a sociedade incorporadora sucede a incorporada em todos os seus direitos e obrigações, haja vista que a sociedade que procede com a absorção, ainda que parcial, sucede os direitos e obrigações da empresa cindida na proporção dos patrimônios transferidos. Faz ver que não se trata, portanto, de “outro contribuinte”, como alega o fisco, mas da mesma pessoa jurídica, que continua total ou parcialmente a existir, embora sob outra roupagem institucional.

Diz que seria um contrassenso a empresa responder por todas as obrigações fiscais das empresas incorporadas e cindidas, mas não ter direito a se creditar dos créditos decorrentes da aquisição de serviços de comunicação para prestação de serviços da mesma natureza em montante superior ao vendido. Apela para a jurisprudência do STJ, conforme acórdão cuja ementa transcreve. Aduz que não é outra a conclusão que desponta de uma interpretação conjunta dos dispositivos legais da Lei federal nº 6.404/76 (lei das sociedades anônimas) que versam sobre a incorporação e a cisão: arts. 227 e 229, § 1º.

Diz que, não obstante a clareza do direito, o fisco tenta enquadrar a empresa como “outro contribuinte”, tentando afastar a legitimidade do creditamento realizado, afrontando a própria legislação baiana, haja vista o que dispõe o art. 6º, X, da Lei estadual nº 7.014/96.

Acentua ser legítimo o crédito efetuado, frisando que não há razão para se falar em transferência de créditos para “outro contribuinte”.

Destaca a possibilidade de compensação de crédito decorrente da aquisição de serviços de comunicação para a prestação de serviços da mesma natureza. Diz que, a partir da análise que foi possível fazer da descrição feita no Auto e dos dispositivos legais apontados, se verifica que o fisco alega que o serviço de comunicação prestado pela empresa autuada não está amparado em nenhuma das hipóteses de acumulação de crédito, porém o RICMS prevê expressamente a hipótese de constituição de crédito fiscal quando o valor do imposto cobrado sobre serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza, nos termos do art. 309, III, que reproduz.

Conclui dizendo que a compensação realizada neste caso se subsume exatamente à hipótese contemplada no referido dispositivo regulamentar, razão pela qual é inquestionavelmente legítimo o creditamento feito pela empresa.

Pede que seja declarada a nulidade do lançamento, por não especificar de forma clara e minuciosa onde residem as ilegalidades supostamente cometidas pela empresa, dificultando

sobremaneira a sua defesa, e, alternativamente, que seja declarada a insubsistência do lançamento no mérito, com o consequente cancelamento do Auto de Infração. Requer, cumulativamente, que os autos sejam baixados em diligência para verificação, por fiscal estranho à lide, dos reais motivos ensejadores da autuação.

Um dos fiscais autuantes prestou informação (fls. 148-149) dizendo que, diferentemente do que quer induzir a pensar a defesa do autuado, a infração foi muito bem caracterizada no Auto de Infração.

Considera claro e bem caracterizado que a fiscalização está cobrando a utilização de crédito indevido oriundo de empresas incorporadas pela autuada, e, como foi dito, esses créditos têm origem na aquisição, pelas empresas prestadoras de serviço de telecomunicações, de serviços de telecomunicação para prestação de serviços da mesma natureza, sendo 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.

Conclui opinando pela procedência do lançamento.

VOTO

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 Telefonicadata [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 imprecisa 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269135.0010/14-8**, lavrado contra **TELEFÔNICA BRASIL S.A.** Verificar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento e sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR