



Decisão nº 048/2017

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL – CAF.
DIVISÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DPAF
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.**

Decisão nº 048/2017

PROCESSO Nº: 022101.006300/15-57

AUTUADO: TELEFÔNICA BRASIL S/A

C.G.F: 24.010803-5

ENDEREÇO: Av. Capitão Júlio Bezerra, 957 – São Francisco – Boa Vista/RR

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA: Adv. Sacha Calmon Navarro Coelho

Alameda da Serra nº 119, 13º andar, Bairro Vale do Sereno, Nova Lima – MG

Cep: 34.000-000

FISCAL AUTUANTE: Cláudio André de Souza Brito

AI N.º: 680/2015

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO – RECEBIMENTO DE CRÉDITO ORIUNDO DE TRANSFERÊNCIA IRREGULAR, NÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. - APURAÇÃO MEDIANTE LEVANTAMENTO FISCAL. - IMPUGNAÇÃO: QUE OS CRÉDITOS VIERAM DA TELEFÔNICA DATA INCORPORADA PELA AUTUADA, OS MESMOS SÃO LEGÍTIMOS, QUE A T-DATA À ÉPOCA DOS FATOS NÃO ESTAVA SUBMETIDA AO CONVÊNIO ICMS Nº 126/98, QUE A MULTA APLICADA É CONFISCATÓRIA. - DILIGÊNCIA. - OS CRÉDITOS SÃO INDEVIDOS, RESULTANTE DA UTILIZAÇÃO DE MEIOS DE REDES DA EMBRATEL E TELEMAR, QUE O ICMS É DIFERIDO, NÃO GERA CRÉDITO. - ALEGAÇÕES DA IMPUGNAÇÃO INCONSISTENTES. - VEDAÇÃO EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO, VERIFICADO, TAMBÉM, QUE NA ESCRITA FISCAL DAS EMPRESAS FORNECEDORAS NÃO HOUVE LANÇAMENTO A DÉBITO. - INFRAÇÃO CARACTERIZADA. – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

RELATÓRIO

Referem-se os autos sobre a exigência fiscal no valor de R\$ 579.419,14 (quinhentos e setenta e nove mil, quatrocentos e dezenove reais e quatorze centavos), composto de ICMS, multa e juros, lançados por meio do Auto de Infração nº 680/2015, de 29/04/2015, contra o sujeito passivo acima qualificado, em decorrência da constatação da seguinte irregularidade: “*recebimento de crédito indevido decorrente de transferência não prevista na legislação, ou sem atender as exigências nela estabelecida, mês de julho/2013.*”

Como dispositivo infringido foram apontados os artigos 52, 54, 61 e 62, todos do RICMS, aprovado pelo Decreto 4335-E/01.



Decisão nº 048/2017

E aplicada a penalidade prevista no artigo 69, inciso II, alínea “e” da Lei nº 059/93, multa de 200% (duzentos por cento) sobre o valor do crédito indevidamente registrado.

Instrui o processo tributário administrativo (PTA): Auto de Infração (fls. 04); Demonstrativo de atualização monetária (fls. 05); Nota complementar ao Auto de Infração (fls. 06/07); Ordem de serviço (fls. 08); FAC (fls. 09/10); Termo de Início de Fiscalização (fls. 11); Termo de arrecadação de documentos (fls. 12), CD em mídia (fls. 13); E-mail e outros documentos (fls. 17/47); Pedido de prorrogação da ação de ação fiscal (fls. 48); Termo de encerramento de fiscalização (fls. 54); Termo de conclusão de fiscalização e notas explicativas (fls. 55/58) e Termo de devolução de documentos fiscais (fls. 59).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 113/119 , e anexos (fls. 120/162) alegando em síntese que:

Os créditos em exigência são decorrentes da aquisição, pela Telefônica Data S/A , de serviço de telecomunicação para prestação de serviços da mesma natureza , os quais foram transferidos a Telefônica Brasil em razão da incorporação.

A empresa Telefônica Data S/A foi cindida e incorporada a Telefônica Brasil S/A e na incorporação a sociedade incorporadora sucede a incorporada em direitos e obrigações na proporção dos patrimônios transferidos, artigos 227 e 229 da Lei 6.404/76, tendo inclusive jurisprudência pacífica do STJ (anexando extrato) e que seria um contrassenso a autuada não ter direito a se creditar dos valores decorrentes da aquisição de serviços de comunicação para prestação de serviços de mesma natureza em montante superior ao vendido.

Não obstante a Fiscalização vetou o creditamento efetuado sob a única justificativa de que a única modalidade de transferência de crédito acumulado admitida na legislação tributária estadual seria aquela prevista no art. 61 do Decreto nº 4.335-E/2001, que se refere a regra de manutenção de créditos remanescentes das exportações para o exterior.

Que a possibilidade de compensação de créditos em referência foram tomadas pela T Data S/A, porquanto, decorrentes da aquisição de serviços de comunicação para prestação de serviços da mesma natureza, e existe esta previsão disposta no art. 53 , inciso XII do RICMS/RR.

Por fim requer, que seja declarada a nulidade e inexistência do lançamento, com a extinção do crédito e arquivamento do processo.



Decisão nº 048/2017

Os autos foram baixados em diligência (fls. 166), pela julgadora de primeira instância à época Sr^a Luzilena Socorro Fernandes Oliveira, a fim de o fiscal autuante FTE Cláudio André de Sousa Brito, diligencie a Telefônica Brasil responsável pela guarda dos livros e documentos fiscais da incorporada a fim de ratificar existência de saldo credor no valor de R\$ 289.700,57, declarado na Gim do mês de julho/2013 (fls. 29p).

A resposta do fiscal autuante se encontra as fls. 169, esclarece que para comprovar a possível idoneidade dos créditos fiscais da T-Data, buscou os arquivos do Sped Fiscal, Escrituração fiscal Digital ICMS IPI, constatou que os créditos acumulados no período pela Telefônica DATA, refere-se as operações de entradas com CFOP 1301 – Aquisição de serviços de comunicação para execução de serviço da mesma natureza. Nessas operações a empresa Telefônica Data S/A utilizou da cessão dos meios de rede das empresas de telecomunicações : EMBRATEL E TELEMAR NORTE LESTE, essas operações de cessão dos meios de rede são disciplinadas no Convênio ICMS 126/1998, cláusula décima, a qual define que a incidência do imposto será diferida para a operação de fornecimento do serviço ao usuário.

Desta feita o crédito do ICMS no valor de R\$ 289.709,57, declarado na GIM da autuada em junho/2013 é totalmente irregular desde o início do seu acúmulo por não haver previsão legal para o aproveitamento, ou seja, o imposto foi diferido para etapa seguinte, sendo vedado seu creditamento pelo inciso II, do artigo 58 do regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001.

Anexou cópias livros de entrada fls. 171/198 e resumo da GIM (T-Data).

As fls. 207 , consta intimação a empresa autuada para conhecimento e abertura de prazo, querendo se manifestar em relação a resposta da diligência fiscal.

A empresa se manifesta as fls. 242 a 249 em síntese:

Que o fisco alega que a Telefônica Data S/A não teria créditos acumulados decorrentes da aquisição dos serviços prestados pela Embratel e pela Telemar Norte Leste S/A, tendo em vista que supostamente nenhum ICMS foi recolhido nas etapas anteriores da cadeia pelas empresas cedentes do serviço e que, portanto o usuário suportou diretamente todo o imposto.

Ocorre que o regime diferido instituído pelo Convênio ICMS nº 126/98, em vigor a época dos fatos geradores, somente se aplicava às empresas de telecomunicações relacionadas no ATO COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008;

Que à época dos créditos ora discutido a partir de novembro/2011 até o mês de junho/2013, a empresa Telefônica Data não estava relacionada no ATO COTEPE 10/08 (anexo), não estando, a referida empresa submetida ao regime de diferimento. Motivo pelo qual houve recolhimento normal do ICMS na etapa anterior à operação de



Decisão nº 048/2017

fornecimento do serviço ao usuário final, de maneira que o preço do serviço adquirido pela empresa impugnante, prestado pela Embratel e pela Telemar Norte Leste S/A, veio onerado com o valor do tributo por elas pago.

Que a vedação ao crédito referente ao tributo recolhido nas operações anteriores, importa em grave e patente ofensa ao princípio da não cumulatividade, consagrado no art. 155, § 2º, inciso I da CF/88 e no art. 33, IV, “a” da LC 87/96.

As fls. 319, os autos foram novamente baixados em diligência para que o fiscal autuante encaminhasse o SPED Fiscal das empresas EMBRATEL e TELEMAR, a fim de verificar o registro das notas fiscais escrituradas na T- DATA.

Em resposta as fls. 322, o fiscal ratifica que o crédito utilizado é indevido, já pelos argumentos as folhas 260/261 dos autos, e além do mais as notas fiscais que a impugnante alega não foram escrituradas no SPED FISCAL da EMBRATEL E TELEMAR, não onerando o serviço prestado, pois não houve lançamento de débito na escrita das fornecedoras.

Anexou o SPED Fiscal CD em mídia (2011, 2012 e 2013) das empresas Embratel e Telemar Norte Leste.

É, em síntese o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

A irregularidade denunciada na inicial, é que o sujeito passivo recebeu crédito indevido, decorrente de transferência não prevista na legislação, ou sem atender as exigências nela estabelecida, relativo ao mês de julho/2013, infringindo os artigos 52, 54, 61 e 62 todos, do RICMS, aprovado pelo Decreto 4335-E/01.

Vejamos o dispositivo da legislação tributária estadual - RICMS, aprovado pelo Decreto 4.335/01 - que trata sobre a questão em tela:

***Art. 52.** Para a compensação, será assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, nos termos do inciso II do § 1º do artigo anterior, relativamente à mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas.*

***Art. 54.** O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade do documento e, se for o caso, à escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação.*



Decisão nº 048/2017

Art. 61. Entende-se por crédito fiscal acumulado, aquele existente na conta gráfica do estabelecimento, em virtude da regra de manutenção dos créditos remanescentes das exportações para o exterior, ocorridas a partir de 16 de setembro de 1996.

Art. 62. O estabelecimento que tenha realizado operação e prestação de exportação para o exterior, a partir de 16 de setembro de 1996, poderá utilizar o saldo credor acumulado desta data em diante, na proporção que essa saída representar do total das saídas realizadas pelo estabelecimento, para qualquer outro estabelecimento de sua propriedade, neste Estado;

Feitas as considerações iniciais passaremos a análise da impugnação da autuada.

Reconhecemos, a incorporação da empresa Telefônica Data S.A e é fato que na incorporação a incorporada é absorvida completamente pela incorporadora, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações, conforme o Código Civil, artigo 1.116 e a Lei 6.404/76, artigo 227. A sociedade incorporada se extingue, de acordo com o artigo 1.118 do Código Civil, passando o seu patrimônio a pertencer integralmente à incorporadora, que a sucede a título universal.

Lei nº 10.406/02 - NCCB

“Art. 1.116. Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.”

“Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.”

LEI 6.404/76 – LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES

“Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.”

Já, no âmbito tributário, o CTN não se pronunciou expressamente sobre a sucessão da incorporadora em relação aos créditos acumulados pela incorporada. Entretanto no artigo 132, reforça a regra da sucessão universal *verbis*:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.



Decisão nº 048/2017

Por outro lado, a Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), ao disciplinar a incidência do ICMS também, não dispôs expressamente sobre a possibilidade de transferência de saldo credor de ICMS, nas hipóteses de sucessão.

Do exposto, entendemos que apesar da omissão na legislação tributária, não resta dúvida que se a incorporadora sucede a incorporada em todos os direitos este, estender-se-à sobre as obrigações, não se podendo utilizar dois pesos para a mesma situação, assim, são indiscutíveis os créditos de ICMS regularmente escriturados, desde que, respeitados os ditames legais, devendo no entanto, ser analisado a idoneidade dos créditos, oriundos da Telefônica Data

Assim, com base na resposta da diligência fls. 260/261, o autuante esclarece que os créditos transferidos não são legítimos, posto que refere-se as operações de Aquisições de serviços de comunicação para execução de serviços da mesma natureza CFOP 1301, ou seja, nessas operações a empresa TELEFÔNICA DATA S/A utilizou da cessão dos meios de rede das empresas de telecomunicações EMBRATEL E TELEMAR NORTE LESTE S/A, que tais operações estão disciplinadas no Convênio ICMS nº 126/98, que nestas operações o ICMS foi diferido para a etapa seguinte (Cláusula décima do citado Convênio), portanto, vedado seu creditamento nos termos do art. 58, inciso II do Regulamento do ICMS.

Novamente a empresa vem aos autos fls. 242/249, alegando que à época dos fatos geradores a empresa Telefônica Data não fazia parte do ATO COTEPE nº 10/08 e que somente as empresas relacionadas no ATO COTEPE citado, estavam submetido ao regime de diferimento instituído pelo Convênio ICMS nº 126/98. Motivo pelo qual houve recolhimento normal do ICMS na etapa anterior à operação do fornecimento ao usuário final, de maneira que o preço do serviço adquirido pela empresa impugnante, prestado pela EMBRATEL E TELEMAR NORTE LESTE, veio onerado com o valor do tributo pago por elas.

Com vistas a uma melhor análise dos fatos foi solicitado que o fiscal anexasse o SPED FISCAL da EMBRATEL E TELEMAR NORTE LESTE (fls. 325/326), a fim de se verificar a escrituração fiscal, das notas fiscais com CFOP 1301 destas empresas para Telefônica DATA (livro de entrada fls. 171/198), ocorre que as notas fiscais se quer foram escrituradas no SPED FISCAL destas, não havendo oneração do serviço prestado, pois não houve lançamento de débito na escrita das fornecedoras.

Os chamados serviço “meios de rede” prestados pelas empresas de telecomunicações relacionadas no ATO COTEPE nº 10/08 constituem prestação de serviços de comunicação de cessão onerosa de meios de rede. Ocorre o fato gerador, sempre que prestado o serviço. Esta hipótese encontra-se no campo de incidência do ICMS e está alcançado pelo diferimento do imposto, conforme previsto na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98.



Decisão nº 048/2017

A empresa alega que à época dos fatos geradores não estava relacionada no ATO COTEPE nº 10/08, motivo pelo qual houve recolhimento normal do ICMS na etapa anterior à operação do fornecimento ao usuário final, de maneira que o preço do serviço adquirido pela empresa impugnante, prestado pela EMBRATEL E TELEMAR NORTE LESTE, veio onerado com o valor do tributo pago por elas.

No entanto, a EMBRATEL e a TELEMAR NORTE LESTE as quais a Telefônica DATA tomou o serviço destas, por sua vez estão relacionadas no ATO COTEPE 10/08, submetidas ao diferimento. Ademais, pelo SPED FISCAL (fls. 325/326) não há comprovação de lançamento de débito na escrita das fornecedoras, portanto, não implicando em oneração do serviço com o ICMS.

O Regimento do ICMS em seu artigo 654-E, assim dispõe:

Art. 654-E. A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

(...)

III - qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no caput do art. 654-C. “

Do exposto, entendo que não restou comprovado a legalidade do crédito aproveitado pela Telefônica T DATA e transferido para a TELEFÔNICA BRASIL S/A, mediante a incorporação, assim, constatado a irregularidade, o Fisco acertadamente lavrou o Auto de Infração, sujeitando-se o impugnante ao pagamento de penalidade, prevista no art. 69, inciso II, alínea “e” da Lei nº 59/93, multa de 200% (duzentos por cento), aplicável ao valor do crédito indevidamente registrado.

Assim sendo, por tratar-se de matéria de fato devidamente comprovada faz-se necessária a manutenção da exigência fiscal, nos termos propostos na exordial.

CONCLUSÃO

Diante das evidências, conheço da impugnação, negando-lhe provimento e julgo procedente o Auto de Infração nº 00680 de 29/04/2015, decidindo manter a cobrança de multa isolada, decorrente da constatação de recebimento de crédito indevido decorrente de transferência não prevista na legislação, ou sem atender as exigências nela estabelecida, efetuado no mês de julho/2013.



Decisão nº 048/2017

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 2º da Lei nº 72, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto nº 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista – RR, 06 de abril de 2017

Rozinete Araújo de M. Guerra
Julgadora de Primeira Instância.

