



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	074/2020
PROCESSO Nº:	2016/6040/504254
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	4.021
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/004042
RECORRIDA:	EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.032.744-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO SEM IDENTIFICAÇÃO E REGISTRADA COMO OUTROS. PROCEDÊNCIA - É procedente a reclamação tributária que exige ICMS sobre prestação de serviço de telecomunicação, quando constatado que não houve recolhimento do tributo devido.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente às exigências de ICMS sobre prestações de serviços de telecomunicações onerosos não oferecidos a tributação decorrente da emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações (arquivos do Convênio 115/2003) sem a identificação dos serviços, registrados nos livros próprios, como “outros”, nas importâncias de R\$ 6.545,57 (seis mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos) R\$ 6.160,55 (seis mil, cento e sessenta reais e cinquenta e cinco centavos) e R\$ 4.931,24 (quatro mil, novecentos e trinta e um reais e vinte e quatro centavos) campos 4.11, 5.11 e 6.11, períodos 2012, 2013 e 2014, respectivamente.

Foram anexados ao presente processo os levantamentos fiscais, notas fiscais de serviços de telecomunicações, notas de esclarecimentos sobre as exigências, recibos de entregas dos arquivos Convênio ICMS nº 115/2003, correspondências da empresa, intimações, procuração, comunicação, mídia eletrônica contendo os arquivos e solicitação para envio do auto de infração por via postal (fls. 05/217).





**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

A autuada foi intimada por via postal e por meio de advogado devidamente constituído apresentou impugnação tempestiva arguindo preliminar de nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, com fundamento no inciso III, do art. 28, da Lei nº 1.288/2001; pede a redução da multa de 150% pelo caráter confiscatório; requer a realização de diligência para comprovar a improcedência da autuação, e que a intimação seja dirigida aos representantes legais e respectivos endereços informados na impugnação, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa e em suas razões de mérito esclarece que os valores não oferecidos a tributação se referem a juros e multas indicados na coluna “outro no momento da transmissão conjunta do Convênio 115/2003, não havendo incidência de ICMS e ao final pede a improcedência do auto infração e o processo foi remetido para julgamento. (fls. 218/277).

Por sua vez o julgador devolveu o processo ao autor do lançamento para manifestação e revisão dos levantamentos e alterações, se for o caso (fls. 278/280).

O autor do lançamento, em atenção ao solicitado, manifesta pela manutenção do auto de infração, fls. 282/285, pelo fato de que não houve erro na identificação do sujeito passivo, pois sua baixa cadastral só foi solicitada em 2017, e quanto aos serviços prestados a autuada não só efetuou os registros em outros, mas também a descrição na Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicações – NFST, não foi de “juros e multas” mas como “diversos”, contrariando o disposto no anexo único do Convênio 115/2003.

O sujeito passivo foi notificado por via postal da manifestação do autuante, comparece ao feito, reafirmando que os valores não oferecidos a tributação se referem a juros e multas de contas, não havendo incidência de ICMS, conforme comprovam os documentos apresentados e mídia eletrônica, ao final pede a improcedência integral do auto de infração e pugna pela realização de diligência para avaliação dos documentos. Assim, o processo foi remetido para julgamento.

A Julgadora de primeira instância, em sua sentença às fls. 312/319 nos fundamentos de fato e de direito pronunciou que todos os requisitos mínimos e necessários, previstos no art. 35 da Lei nº 1.288/2001, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/2011 devem ser observados na lavratura do presente auto de infração.

Que os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o que preceitua o art. 26 da Lei nº 1.288/2001, com redação dada pela Lei nº 2.598/2012.





**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

A autuante identificada no campo 7 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário.

A presente lide é referente às exigências de ICMS sobre prestações de serviços de telecomunicações onerosos não oferecidos a tributação decorrente de emissão de notas fiscais de telecomunicações (arquivos do Convenio 115/2003), registrados nos livros fiscais próprios, como diversos, sem identificação do fornecimento ou serviços nos períodos de 01/01 a 31/12/2012, 01/01 a 31/12/2013 e 01/01 a 31/12/2014, totalizando o valor de R\$ 17.637,36, conforme auto de infração (fls. 02/04).

A pretensão fiscal do campo 4.1 está tipificada e fundamentada no inciso III, do art. 44 c/c inciso II, do art. 44 e inciso III, do art. 3º da Lei nº 1.287/01.

O sujeito passivo em sede de impugnação pugna por diligência para que os documentos sejam pormenorizadamente avaliados pelo fisco, sob pena de grave ofensa ao princípio da verdade material.

Pois bem, a diligência, nos termos do item 1, da alínea “d”, do inciso III, do art. 35, da lei 1.287/2001, deve ser justificada e no presente caso, o sujeito passivo justifica a sua necessidade apenas com o propósito de esclarecer as questões de fato e também para comprovar que os valores se referem a juros e multa incidentes sobre as contas.

Sabe-se que é um direito e uma obrigação do sujeito passivo ver reconhecida a litude de suas prestações, no entanto, considerando que apesar de se tratar de matéria complexa, entendo que com a manifestação proferida pelo próprio autor do lançamento (fls. 282/285) fundamentada na legislação específica e as provas documentais são suficientes para constatação da veracidade do ilícito, bastando para tanto que se confirmem se estão presentes nos autos. Desta forma, verifico que o próprio autor do lançamento muito bem esclareceu em relação aos documentos apresentados pelo sujeito passivo, não deixando dúvidas, sendo assim indefiro o pedido de diligência e passo a análise das preliminares.

O sujeito Passivo arguiu preliminar de nulidade do auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, com fundamento no inciso III, do art. 28, da Lei nº 1.288/01, sob a alegação de que a ora impugnante CLARO S.A, com estabelecimento filial na Quadra 201 Sul, Lote 03, nº 08, ACSU-SO 20, Plano Diretor Sul, no Município de Palmas, Estado do Tocantins, com inscrição estadual nº 29.032.744-0 e inscrita no CNPJ nº 33.530.486/0422-04 em dezembro de 2014





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

incorporou a EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A – EMBRATEL e ora autuada, conforme documentos juntados (fls. 243/276).

A meu ver a Impugnante está correta. A incorporação ocorre quando uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, havendo, assim, sucessão dos direitos e obrigações, nos termos do art. 1.116 do Código Civil e também do art. 227 da Lei da S.A, senão, vejamos:

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. 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.

Desta forma a Impugnante CLARO S.A ao incorporar a EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A – EMBRATEL e ora autuada sucedeu-a nos direitos e obrigações e ao sucedê-la em todos os direitos e obrigações, a incorporada deixou de existir, assim como comprovado que sua inscrição junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica na Receita Federal se encontra baixada desde 31/12/2014.

O presente auto de infração foi lavrado em 14/09/2016 e o art. 132 do CTN é bastante claro em relação à sucessão societária e conforme dispõe ocorrendo uma incorporação, o sucessor será responsável pelos tributos devidos até a data do ato pela empresa incorporada, vejamos:

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 à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Portanto, é certo concluir que o presente auto de infração não identificou corretamente o sujeito passivo, pois autuou a EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A – EMBRATEL que desde 31/12/2014 se encontra





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

extinta e foi incorporada pela empresa CLARO S.A, ora Impugnante. Desta forma, acolho a preliminar de nulidade do presente auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, com fundamento no inciso III, do art. 28, da Lei nº 1.288/2001 e declaro nulo o auto de infração às fls. 02/04, conforme disposto no artigo 29 da Lei nº 1.288/2001:

Art. 28. É nulo o ato praticado:

[...]

III – por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária, nos casos de formalização do crédito tributário.

Art. 29. A nulidade é declarada de ofício pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

E em virtude da nulidade declarada deixa de analisar o mérito deste contencioso. No entanto, acrescenta que:

se faz necessário ressaltar que apesar do equívoco cometido no lançamento de ofício realizado, o qual determinou o comprometimento do feito fiscal, a decisão de nulidade não decide em definitivo em favor do sujeito passivo, resultando apenas absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida por meio do presente auto de infração, cuja consequência desse fato é a abertura de nova oportunidade para que se proceda à lavratura de novo auto de infração para cobrança dos créditos tributários, na forma como determina o art. 35 da Lei nº 1.288/2001 e a legislação pertinente.

A Representação Fazendária, em seu parecer às fls. 320/322, entende, que tantos os créditos tributários já constituídos ou pendentes de constituição em nome de pessoa jurídica que venha a ser incorporada não precisam ser invalidados e/ou novamente constituídos em nome da empresa incorporadora.

A legislação palmilhada pela julgadora apenas diz que estes créditos ficarão sob a responsabilidade de mesma, tenham sido constituídos em seu nome ou em nome da pessoa incorporada.

Não fosse assim os créditos constituídos em nome de pessoa jurídica à posteriori incorporada por outra não precisaria ser cobrado e/ou executado”. Cita o art. 129 da Lei 5.172/1966, Código Tributário Nacional – CTN.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Desta forma, como não houve erro na identificação do sujeito passivo, recomenda a reforma da decisão de primeira instância, a fim de que a autuada seja condenada ao pagamento dos valores tal como lançados.

É o Relatório (Adotado em parte).

VOTO

A presente lide se configura na autuação por emissão de Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicação, sem identificação dos serviços prestados, e registrados nos livros próprios como outros, sem tributação.

A infração tipificada como infringida foi o art. 44, inciso III da Lei 1.287/2001, combinado com art. 44, inciso II e art. 3º. Inciso III da Lei 1287/2001.

Em impugnação, o sujeito passivo argui preliminares de nulidade do auto de infração e no mérito, alega que tratar-se de receitas decorrentes de juros e multas e que não são tributadas.

A julgadora de primeira instância, em sua decisão, acatou a preliminar de nulidade arguida pela impugnante, por erro na identificação do sujeito passivo, tendo em vista que na época da autuação já havia sido incorporada e quem deveria ser autuada era a incorporadora, e não a incorporada, cita legislação inerente ao caso, e julga nulo o auto de infração sem análise de mérito.

Analizando os documentos anexados aos autos, bem como as alegações da autuada, que resultaram na decisão de primeira instância, e a manifestação do Representante Fazendário. Observa-se o seguinte:

A princípio, quanto a alegação de nulidade arguida pela impugnante, por erro na identificação do sujeito passivo pelo fato de que a autuada, Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel, fora incorporada pela empresa CLARO S/A, alegação esta, acatada pela julgadora singular, julgando nula o auto de infração por erro na identificação do sujeito passivo, ao passo que a Representação Fazendária, em sua manifestação, discorda da decisão de primeira instância e pede sua reforma, tendo como escopo a Lei 5.172/1966 – Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 129:

Lei 5.172/1966 (CTN)





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Responsabilidade dos Sucessores

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e os constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Assim, pela ocorrência dos fatos, entendo que razão assiste à Representação Fazendária, pois a legislação não desobriga a empresa incorporada a responder pelos atos praticados até a data da sua incorporação, nem desonera a incorporadora destes atos, não havendo necessariamente que os mesmos tenham que ser constituídos em seu nome, da mesma forma, se por ventura tivesse ocorrido, esta poderia a título de argumento, alegar erro ao ser identificada na autuação, no período em que os atos foram praticados pela incorporada.

Somando a isso, a impugnante ao suscitar que ela é que deveria ter sido autuada, está reconhecendo sua participação no polo passivo da obrigação tributária, tanto é que foi a promotora da impugnação apresentada.

Desta forma, a julgadora singular está equivocada e sua decisão deve ser reformada. Quanto ao mérito, o autuante, com intuito de demonstrar os valores verificados e a diferença constatada, elaborou pormenorizado levantamento, identificando a ocorrência dos fatos, respaldado em documentos emitidos pela autuada.

Instado a se manifestar nos autos, o autuante alega que os documentos apresentados pela autuada não estão em conformidade com as exigências previstas em convênio, o que motivou a autuação, reclamando o imposto devido na operação, pelo não oferecimento à tributação de valores identificados como diversos no documento fiscal.

Há de se ressaltar, que a emissão dos documentos fiscais dos serviços de telecomunicações deve-se observar as normas contidas no Convênio 115/2003, que disciplina o procedimento a ser adotado, a saber:

CONVÊNIO ICMS 115/03

ANEXO ÚNICO.

1. Apresentação.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

[...]

c) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22;

6.Arquivo tipo ITEM DE DOCUMENTO FISCAL

6.2.3.4 Campo 13 – Informar a descrição do fornecimento ou serviço do item. A descrição deverá ser sucinta e clara de forma que seja possível a correta identificação do fornecimento ou serviço.

Nota-se que a legislação é precisa quanto às normas procedimentais, e a autuada ao alegar que a descrição “diversos” trata-se de juros e multas recebidos, anexa como prova algumas faturas. Acontece que, em análise aos mesmos, tais documentos (faturas), não constam no levantamento efetuado pelo autuante, portanto fica fragilizada a alegação e provas apresentadas pela defesa, a própria julgadora, em sua decisão, ao indeferir pedido de perícia arguido pela impugnante, assim concluiu: “que com base na legislação específica e as provas documentais, são suficientes para constatação da veracidade do ilícito”. Portanto, resta claro que a autuada com o procedimento adotado descumpriu a Legislação Estadual em especial o art. 44, inciso III da lei 1287/2001, conforme a seguir:

Art. 44 - São obrigações do contribuinte e do responsável:

[...]

III - emitir, com fidedignidade, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Nestes termos, entendo que a Representação Fazendária está correta em sua manifestação, e a decisão de primeira instância está equivocada, pois a nulidade arguida pela impugnante, além de incabível no presente caso, implica em refazimento dos trabalhos, o que em nada modificará o mérito desta contenda, assim, a decisão monocrática deve ser retificada.

Diante do exposto, em reexame necessário voto reformando a decisão de primeira instância, que em preliminar decidiu pela nulidade da exigência fiscal, e no mérito, voto pela procedência da reclamação tributária, campos 4.11, 5.11 e 6.11 do auto de infração nº 2016/004042.

É como voto.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, em reexame necessário, reformar a decisão de primeira instância, rejeitando a preliminar de nulidade do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo. E no mérito, por unanimidade, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: campo 4.11 R\$ 6.545,57 (seis mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e cinquenta e sete centavos), campo 5.11 R\$ 6.160,55 (seis mil, cento e sessenta reais e cinquenta e cinco centavos), e campo 6.11 R\$ 4.931,24 (quatro mil, novecentos e trinta e um reais e vinte e quatro centavos), mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz e Marcélio Rodrigues Lima. Presidiu a sessão de julgamento aos doze dias do mês de dezembro de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos trinta dias do mês de junho de 2020.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Sani Jair Garay Naimayer
Conselheiro Relator

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Autor do Voto Vencedor

