

A. I. N° - 279692.0005/14-4
AUTUADO - TNL PCS S/A
AUTUANTES - PAULO ROBERTO S. MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 10/10/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N°0218-03/14

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESISTÊNCIA DE DEFESA. Extingue-se o processo administrativo fiscal com a desistência da defesa, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Defesa **PREJUDICADA**, em relação ao exame do mérito desta infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**, quanto à multa e aos acréscimos moratórios. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/06/2014, refere-se à exigência de R\$394.146,01 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2012. Tudo apurado conforme livros registro de entradas e apuração apresentados pelo contribuinte via EFD – Escrituração Fiscal Digital.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 26 a 43 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e faz uma síntese dos fatos. Apresenta o entendimento de que o presente lançamento é nulo por ausência de fundamentação legal; a exigência de ICMS não procede, porque está sendo questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001, no qual foi assegurado ao contribuinte o direito ao creditamento autuado. Diz que está pacificado pelo STJ que é assegurado às empresas de telefonia os créditos provenientes da aquisição da energia elétrica utilizada como insumo para suas atividades.

Preliminarmente, o autuado comenta sobre a multa aplicada, transcreve o art. 29, § 1º, III, “b” da Lei 7.014/96 e art. 33, II, “a”, “b”, “c” e “d” da Lei Complementar 87/96 e afirma que os mencionados dispositivos, de modo algum, justificam a aplicação da sanção pecuniária, sequer mencionam qualquer penalidade. Diz que o prejuízo causado ao contribuinte pelo víncio apontado é incontestável, considerando que a inexistência de fundamentação compatível com o ato administrativo em questão não apenas compromete a compreensão, pelo contribuinte, da suposta ilicitude do seu comportamento e dificulta a defesa contra a referida cobrança, colocando seu patrimônio em risco.

Ressalta que o lançamento de ofício é atividade vinculada que exige do Fisco a especificação precisa do que se está autuando. Entende que o presente Auto de Infração revela-se nulo, porque lavrado em desconformidade com os preceitos do art. 142 do CTN e com os princípios da legalidade e da fundamentação dos atos administrativos, previstos no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988.

O defendente alega que ao aproveitar, nos meses de agosto, outubro, novembro e dezembro de 2012, os créditos provenientes da aquisição de energia elétrica utilizada como insumo em seu processo produtivo, nada mais fez do que fruir de direito que lhe foi reconhecido em decisão judicial plenamente eficaz. Informa que na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001, que tramita na Justiça Estadual baiana, foi publicada, em 02/09/2011, sentença reconhecendo o direito da TNL PCS S/A ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica utilizada como insumo.

Também informa que o TJBA deu provimento à apelação do autuado e reformou a sentença tão somente para sanar a contradição de que padecia a decisão primeva que, embora tivesse deferido parcialmente o pedido das empresas demandantes, em sua fundamentação deixa claro que o provimento foi integral. Como o creditamento do autuado está sendo debatido em processo judicial, a exigibilidade da exação realizada pela Fiscalização está suspensa, nos termos do art. 151, V, do CTN.

Afirma que embora o Auto de Infração não esclareça qual o fundamento legal da sanção pecuniária aplicada, é certo que a cobrança de multa e acréscimos é incabível, porque o contribuinte agiu de boa-fé e com amparo em decisão judicial. Como não há, na legislação baiana, norma específica acerca da lavratura de auto referente a débito em discussão judicial, entende que deve ser aplicada ao presente caso, por analogia, a previsão do art. 62, III e § 2º, I e II do RPAF/BA, Decreto 7.629/99.

O defensor entende que deve ser afastada a multa aplicada e a cobrança de acréscimos moratórios, além de suspensa a exigibilidade do lançamento, que deverá aguardar o trânsito em julgado da ação ordinária.

No mérito, o defensor comenta sobre o caráter industrial dos serviços de telecomunicação. Afirma que o aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica empregada como insumo da prestação de serviço de telecomunicação é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência. Frisa que, para viabilizar o serviço de telecomunicação é realizada a conversão da energia em onda eletromagnética ou radioelétrica, bem como a conversão da corrente alternada fornecida pelas empresas de energia e a explicação de todo o processo poderá ser feita pela perícia técnica.

Cita decisão do STJ e diz que o regime da não-cumulatividade foi instituído com a edição da Lei Complementar nº 87/96, estatuindo que todos os bens e serviços adquiridos ensejam o direito ao crédito de ICMS, bastando para isso que sejam inerentes à atividade do contribuinte. Informa que no caso em discussão, a energia elétrica apresenta-se como bem essencial adquirido para a realização do objeto social da empresa prestadora do serviço de telecomunicação. É insumo sem o qual é impossível o dito serviço.

Caso seja dado seguimento ao presente processo, o que o defensor diz admitir apenas por precaução, pretende comprovar suas alegações mediante perícia contábil, apresentando os assistentes técnicos para a referida prova pericial e os quesitos a serem respondidos.

Por fim, o defensor pede que seja afastada a multa aplicada e os acréscimos moratórios, por entender que inexiste ilícito e mora que as justifiquem. Que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário até trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0164836-36.2004.8.05.001. Subsidiariamente, pede que seja cancelado o presente Auto de Infração e extinto o crédito tributário nele consubstanciado.

Requer o cadastramento do nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658 para fins de recebimento das intimações no presente PAF, sob pena de nulidade.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 87 a 91 dos autos. Transcreve o art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, e informa que se pode constatar no auto de infração, que todos os elementos exigidos pela legislação existem, sendo improcedente a alegação da impugnante.

Sobre a reclamação da multa aplicada informa que a mesma é legalmente prevista na Lei 7.014/96, no seu art. 29, § 1º, Inciso III, alínea "b", c/c o Art. 33, Inciso II, alínea "d" da Lei complementar 87/96, e a fiscalização segue as normas legais vigentes, inclusive o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Em relação à alegação do autuado de que ingressou com o Mandado de Segurança nº 0164836-36.2004.8.05.001, e que este lhe assegura o direito ao creditamento do ICMS sobre aquisições de energia elétrica, informa que este mandado de segurança não impede a fiscalização de lavrar auto

de infração para constituir o crédito tributário, pois em momento algum versa sobre esta impossibilidade. Além disso, não existe nenhuma norma legal impeditiva desta cobrança dentro da legislação em vigor no Estado da Bahia.

Diz que o impugnante também alega que prestação de serviço de comunicação se equipara à atividade de industrialização e tem o direito ao crédito do imposto pago pela energia elétrica utilizada como insumo consumido neste processo, portanto teria direito ao crédito fiscal do ICMS, citando decisões do STJ e STF sobre tema, e também alega o princípio da não cumulatividade.

Em relação às questões constitucionais alegadas pelo defensor, o autuado informa que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional posto que deve obediência ao RICMS/BA, por responsabilidade funcional.

Ressalta que já é pacífico o entendimento de que prestação de serviço de comunicação não é um processo de industrialização, portanto não faz jus ao crédito conforme art. 93, II, "b" do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, art. 29, §1º, III, "b" da Lei 7.014/96 e art. 33, II, "d" da Lei Complementar 87/96. Esclarece que no âmbito administrativo existe o Parecer Fiscal do Processo nº 127594/2005-1, segundo o qual empresa prestadora de serviço de telecomunicação não efetua operação de industrialização, não sendo cabível também o crédito fiscal pelo disposto no art. 29, §1º, III, "a", item 2, da Lei 7.014/96.

Também salienta que existem decisões administrativas do CONSEF sobre a matéria em discussão, conforme Acórdãos CJF N° 0021-11/05 e Acórdão JJF N° 0285-01/05.

Em relação a solicitação de Perícia, entende que deve ser indeferido o pedido, afirmado que além de ser descabida, não há nenhum amparo legal para sua concessão, conforme Artigo 147 Inciso II, do RPPAF/BA. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defensor alegou que o presente lançamento é nulo por ausência de fundamentação legal. Que a exigência de ICMS não procede, porque está sendo questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001, no qual foi assegurado ao contribuinte o direito ao creditamento autuado. Entende que o presente Auto de Infração revela-se nulo, porque lavrado em desconformidade com os preceitos do art. 142 do CTN e com os princípios da legalidade e da fundamentação dos atos administrativos, previstos no art. 37, caput da Constituição Federal de 1988.

Sobre a alegação de que falta fundamentação do Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos do RICMS/BA, e isto não significa que o referido Regulamento que instituiu a obrigação tributária, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, o autuado entendeu e apresentou defesa tratando dos mencionados fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal do referido imposto, relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de agosto, outubro a dezembro de 2012. Tudo apurado conforme livros registro de entradas e apuração apresentados pelo contribuinte via EFD – Escrituração Fiscal Digital.

O defensor alegou que a exigência de ICMS não procede, porque está sendo questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001. Informa que referida na Ação Ordinária, que tramita na Justiça Estadual baiana, foi publicada, em 02/09/2011, sentença reconhecendo o direito da TNL PCS S/A ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica utilizada como insumo.

Também informa que o TJBA deu provimento à apelação do autuado e reformou a sentença tão somente para sanar a contradição de que padecia a decisão primeva que, embora tivesse deferido parcialmente o pedido das empresas demandantes, em sua fundamentação deixa claro que o provimento foi integral. Como o creditamento do autuado está sendo debatido em processo judicial, a exigibilidade da exação realizada pela Fiscalização está suspensa, nos termos do art. 151, V, do CTN. Juntou cópia da decisão judicial às fls. 13 a 17.

Entendo que não há motivo para obstaculizar a lavratura de Auto de Infração em razão da existência de medidas judiciais, haja vista que de acordo com o entendimento já pacificado nos Tribunais Superiores do nosso País, os procedimentos necessários à constituição do crédito tributário não são obstados por ações judiciais. Ou seja, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente de concessão de medida liminar ou tutela antecipada (art. 151, V do CTN), tem apenas o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede o lançamento do imposto na constituição do crédito tributário.

Observo que sendo a matéria objeto de Ação Judicial, com decisão favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99.

Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, e o presente PAF deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Quanto à multa por descumprimento de obrigação principal, e à exigência de acréscimos moratórios decorrentes da autuação, o autuado aduz que, estando amparado por ordem judicial, não pode ser apenado e requer que os mesmos sejam excluídos da exigência fiscal.

Contudo, estando esta decisão sujeita ao duplo grau de jurisdição, só haverá infração se a mesma não for confirmada em definitivo pelo Poder Judiciário. A contrário senso, caso ocorra sentença pelo Tribunal de Justiça favorável à Fazenda Estadual, haverá infração e multa a ser cobrada.

O RPAF/BA, no seu artigo 39, determina que o Auto de Infração conterá, dentre outros requisitos, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, a alíquota, o percentual da multa cabível, os dispositivos tidos como infringidos em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente. Dessa forma, o Fisco estadual não pode efetuar o lançamento do crédito tributário, com a lavratura do Auto de Infração, sem a imposição da multa correspondente.

Portanto, em relação à multa, acréscimos moratórios, e atualização monetária decorrentes do débito objeto da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração.

Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, e esses acréscimos moratórios devem ser calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento do tributo, consoante a regra do artigo 101, § 3º e 102, § 1º, ambos da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, concedendo-se prazo, sem incidência da multa por descumprimento de obrigação principal, caso a decisão final do Poder Judiciário não seja favorável ao defensor.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa, e Auto de Infração PROCEDENTE, quanto à multa e acréscimos moratórios, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada no que tange à obrigação tributária principal e **PROCEDENTE** em relação e às penalidades e acréscimos legais concernentes ao Auto de Infração nº **279692.0005/14-4**, lavrado contra **TNL PCS S/A**, no valor de **R\$ 394.146,01**, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final da lide pelo Poder Judiciário. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA