

PROCESSO - A. I. Nº 279692.0005/14-4  
RECORRENTE - TNL PCS S/A. (OI)  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0218-03/14  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
INTERNET - 24/03/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0062-12/15

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO JUDICIAL SOBRESTADA. FALTA DE ELEMENTOS SUBSTANCIAIS PARA CONSTITUIR O ILÍCITO TRIBUTÁRIO. NOVA DECISÃO. Decisão judicial juntada aos autos, evidencia a limitação de constituição do crédito tributário por estar em situação suspensa. A confirmação da matéria *sub judice* da subsistência do ilícito tributário e da multa imposta, há de ser sobrestada - juntamente com a obrigação principal -, por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Não é legítima essa repartição feita no julgado recorrido pela Decisão de piso. Entende-se que a Decisão recorrida padece de vício incontornável. Retorna-se os autos à instância de base para prolação de novo julgado a salvo de falhas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a **Nulidade** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário contra a Decisão de primeiro grau acima referida proferida em face do Auto de Infração lavrado em 05/06/2014 para exigir ICMS no valor de R\$394.146,01 de ICMS, acrescido da multa de 60%, devido à imputação de ter havido 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 acórdão recorrido foi esposado nestes termos, *verbis*:

*“O defendente 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 RPAF/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 defendente 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.*

*Observe 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 defendente.*

*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.”*

Às fls. 111/116 foi colacionado o apelo do contribuinte, que fundamentalmente consta arguição de nulidade da multa no valor de 60% da obrigação principal, cuja razão diz ser absolutamente desconhecida, já que os dispositivos legais que a fundamenta -art. 29, § 1º, III, “b”, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 33, II, “d” da LC nº 87/96) - não são compatíveis com as penalidades, contendo o Auto de Infração dispositivos absolutamente estranhos à capitulação legal de penalidades, concluindo que o Fisco não observou as normas regulamentares ao lavrar o Auto de Infração, o que deve ser prontamente corrigido por este Egrégio Conselho.

Requer, assim, a decretação de nulidade do Auto de Infração nesta parte por violar frontalmente o art. 39, inc. V, alínea “c”, do RPAF/BA, que transcreveu. Faz menção aos requisitos do ato administrativo que é vinculado. Cita doutrina de James Marins.

Adentra no mérito para postular a inaplicabilidade da penalidade e dos acréscimos legais, isto porque ao utilizar os créditos provenientes da aquisição de energia elétrica, diz que o fez conforme o direito que lhe foi reconhecido em Decisão judicial do TJBA, proferido nos autos da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.00.

Assevera, em arremate, que justamente por esta razão, que é impertinente a imposição de penalidades e acréscimos moratórios, considerando que: a) inexistiu mora do contribuinte; b) não há que se falar em descumprimento de preceito legal, diante da Decisão do TJBA.

Repisa que, a despeito do Auto de Infração não conter o fundamento legal da sanção pecuniária que lhe foi imposta, a sua cobrança dos acréscimos moratórios é absolutamente incabível, pois nada mais fez do que cumprir a ordem judicial e, em face dela, ao Fisco somente caberia apenas constituir o crédito tributário pelo lançamento, prevenindo a decadência do direito de fazê-lo, mas, porém, sem imputar ao contribuinte, com a consequente imposição de multas.

Aborda o procedimento no âmbito federal consoante o art. 63 da Lei nº 9.430/96, e o art. 65 do Decreto nº 2.473/79 do Estado do Rio de Janeiro.

Adiante reproduz o seguinte trecho da Decisão guerreada: *“Até porque, conforme expressamente reconhecido pelo próprio acórdão recorrida “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 defendente”*. Ora, este entendimento corrobora exatamente o que se busca presentemente, ao reconhecer ser impossível exigir do Contribuinte conduta diversa da estabelecida pelo TJBA.

Pleiteia a aplicação analógica do art. 62, §2º, inc. II do RPAF/BA para que seja afastada a multa aplicada e a cobrança de acréscimos moratórios.

Por derradeiro, pede a nulidade da multa e a inaplicação dos acréscimos legais e da multa, caso esta não seja declarada nula, porquanto o contribuinte agiu de acordo com decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia; e que após o julgamento, estes autos devem manter-se suspensos, até o trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, em curso na Justiça baiana; que sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (art. 236, § 1º, do CPC).

Instada a PGE/PROFIS, considera: a legalidade da multa e dos acréscimos moratórios impostos ao sujeito passivo; que conforme entendimento pacificado nos tribunais superiores, os procedimentos necessários à constituição do crédito tributário não são obstados por ações judiciais, pois à luz do art. 151, V do CTN, a concessão de tutela antecipada ou medida liminar tem apenas o efeito de suspender o ajuizamento da execução fiscal, mas não impede o lançamento do imposto na constituição do respectivo crédito; que a multa tem previsão legal no art. 42, II, f da Lei nº 7014/96, não havendo dúvidas quanto à sua aplicabilidade; inaplicável o art. 63 da Lei nº 9430/96 para afastar a multa por se tratar de legislação federal, e que o art. 101, § 3º do COTEB determina com clareza que a correção monetária abrangerá o período em que a exigibilidade do crédito estiver suspensa. Idem os acréscimos moratórios nos termos do art. 102, § 1º.

Por fim, opinou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do julgado de base que deliberou pela procedência parcial do lançamento tributário contendo arguições de nulidade conforme o relato

supra.

Por uma questão de ordem, devo inicialmente ressaltar que desse julgamento houve a desoneração do sujeito passivo, hipótese que forçosamente conduz à aplicação da regra do art. 169, I do RPAF, ou seja, a remessa obrigatória a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, o que, inocorreu, ensejando vício de nulidade pelo descumprimento das normas regulamentares que dão conformação ao processo administrativo no âmbito deste Colegiado, razão pela qual, de ofício, decreto a nulidade da Decisão de primeiro grau que padece de outros vícios por ser contraditória em seus termos como adiante aduzo.

Com efeito, extrai-se do julgado uma incongruência, a saber:

*“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.” ( grifos não originais ).*

Dessa transcrição, constata-se que a JJF, em que pese ter julgado prejudicada a defesa e extinto o PAF, manteve, incongruentemente, a exigência da multa aplicada sobre um ilícito tributário, ou seja, decorrente do descumprimento da obrigação principal.

É dizer, aplicou a multa como consequência da falta de recolhimento do imposto. Idem quanto aos acréscimos moratórios, conquanto o contribuinte estivesse cumprindo uma ordem judicial proferida nos autos da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, cujas cópias residem às fls. 77/85, não tendo, destarte, se limitado a constituir o crédito tributário para prevenir a decadência já que a exigibilidade dessa obrigação principal estava suspensa.

Noutras palavras, estando a matéria *sub judice* para que seja proferida Decisão confirmando ou não a subsistência do ilícito tributário, a pertinência ou não da multa imposta justamente sobre infração a esse mesmo fato impositivo, há de ser sobrestada- juntamente com a obrigação principal -, por força da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

E assim sendo, não é legítima essa repartição feita no julgado recorrido, extinguindo o feito quanto à obrigação principal e mantendo quanto à multa decorrente que lhe é acessória., tanto que na Resolução não foi determinado, a título de “imposto”, o valor exigido, assim como o percentual da multa acrescida, como corretamente, vale destacar, foi determinado no Acórdão CJF nº 0329-12/14.

Por tais fundamentos, com a devida vênia, entendo que a Decisão recorrida padece de vício incontornável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntario apresentado e, de ofício, cumpre retornar à instância de base para prolação de novo julgado a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício decreta **NULA** Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **279692.0005/14-4**, lavrado contra **TNL PCS S/A. (OI)**., devendo retornar à instância de base para prolação de novo julgado a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS