

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 - 16/07/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0137-03/15

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**. 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 e 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, na 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 vício 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 defendente 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 defendente 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 pela 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, estatuinto 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 defendente 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 defendente pede que seja afastada a multa aplicada e os acréscimos moratórios, por entender que inexistente 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 do 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, afirma que não existe 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 defendente, o autuante 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 7014/96 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 Nº 0021-11/05 e Acórdão JJF Nº 0285-01/05.

Em relação à solicitação de Perícia, entende que deve ser indeferido o pedido, afirmando 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.

Por meio do Acórdão nº 0218-03/14 esta Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgou prejudicada a defesa em relação ao exame do mérito da infração e procedente a autuação quanto à multa e aos acréscimos moratórios.

O defendente apresentou recurso voluntário requerendo que fosse declarada nula a multa aplicada e afastasse a aplicação dos acréscimos legais, afirmando que agiu de acordo com decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia.

Conforme Parecer às fls. 120 a 124 a PGE/PROFIS opinou pela legalidade da multa e dos acréscimos moratórios e pelo não provimento do recurso voluntário, “devendo a exigibilidade do crédito tributário ficar suspensa, nos termos do art. 151, IV, do CTN, uma vez que não restou comprovado nos autos o depósito judicial integral da quantia em questão”.

Apreciando recurso voluntário, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº 0062-12/15, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, com o entendimento de que “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”. Os autos foram devolvidos a esta Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão.

Na sessão de julgamento, o defendente apresentou Memorial, informando que após a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a referida Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001 transitou em julgado favoravelmente ao autuado, tornando definitiva a ordem judicial que reconheceu o direito do impugnante “ao *creditamento do ICMS correspondente à entrada de energia elétrica empregada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação*”.

Frisa que o Estado da Bahia já foi formalmente intimado “para que se abstenha de autuar a parte Autora e de negar-lhes Certidão Negativa ou lhes infligir qualquer outra sanção pelo exercício regular de seu direito ao *creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica*”.

Conclui que em decorrência, o presente lançamento está definitivamente obstado por decisão judicial transitada em julgado, devendo o Auto de Infração ser desconstituído por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, com a extinção do crédito tributário nele consubstanciado.

VOTO

O defendente alegou que o presente lançamento é nulo por ausência de fundamentação legal. Afirmou que a exigência de ICMS não procede, porque está sendo questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001, na 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. Além disso, 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.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, pela utilização indevida de crédito fiscal do referido imposto, relativo à 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 Escrituração Fiscal Digital – EFD.

O defendente alegou que a exigência do ICMS não procede, porque foi questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001. Informa que em relação à referida Ação Ordinária, 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 após a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a referida Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001 transitou em julgado favoravelmente ao autuado, tornando definitiva a ordem judicial que reconheceu o direito do impugnante “*ao creditamento do ICMS correspondente à entrada de energia elétrica empregada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação*”. Juntou cópia da decisão judicial.

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 o efeito de suspender o ajuizamento de execução fiscal, mas não impede o lançamento do imposto na constituição do crédito tributário.

Vale salientar que apreciando recurso de ofício, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão CJF Nº 0062-12/15, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, com o entendimento de que a “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”. Houve o entendimento de que a decisão recorrida padece de vício incontornável, por isso, retornou-se os autos à instância de base para prolação de novo julgado a salvo de falhas.

Em conformidade com a decisão constante no CJF Nº 0062-12/15, concluo 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, inclusive em relação à multa e acréscimos moratórios.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração em lide, ficando, em consequência, extinto o Processo Administrativo Fiscal, o qual deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração nº **279692.0005/14-4**, lavrado contra **TNL PCS S/A**. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA