

A.I. Nº - 279692.0002/15-3  
AUTUADO - TNL PCS S/A  
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.11.2015

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0195-01/15**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. AÇÃO JUDICIAL. 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 em lide, lavrado em 02/06/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$1.026.074,39, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013.

A empresa OI MÓVEL S/A, inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob nº 105634920, CNPJ nº 05.423.963/0153-05, sucessora, por incorporação, da TNL PCS S/A, apresentou defesa (fl. 22 a 24) requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

Consigna que a autuação diz respeito ao aproveitamento supostamente indevido de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, no exercício de 2013. Alega, no entanto, que o seu direito a apropriação de créditos de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica restou definitivamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por meio do trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, nos termos da certidão de trânsito anexada aos autos às fls. , (doc. 04).

Esclarece que nos autos da referida ação, o Estado da Bahia já foi intimado, em 29.06.2015, a se abster de *autuar a Impugnante e de negar-lhe Certidão Negativa ou lhe infligir qualquer outra sanção pelo exercício regular de seu direito ao creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica*, nos termos do Mandado e Certidão de Intimação, anexados às fls. (doc. 05).

Sustenta que por essa razão a autuação está definitivamente obstada por determinação judicial, não tendo condições de o PAF prosseguir, na esteira do art. 122, I e II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 - devendo, de pronto, ser reconhecida sua extinção.

Ressalta que o acórdão do TJBA que reconheceu “*o direito ao creditamento do ICMS correspondente à entrada de energia elétrica empregada como insumo na prestação do serviço de telecomunicação*” (doc. 06), está em total consonância com o entendimento da PRIMEIRA SEÇÃO do STJ, pacificado em sede de recursos repetitivos (art. 543-C, CPC), ao apreciar o RESP nº 1.201.635/MG.

Registra que na ocasião desse julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, reafirmando o posicionamento que já havia sido pacificado pela apreciação do REsp 842.270/RS, consignou, em síntese, que “*em virtude da essencialidade da energia elétrica, enquanto insumo, para o exercício da atividade de telecomunicações, indubioso se revela o direito ao creditamento de ICMS, em*

*atendimento ao princípio da não-cumulatividade.”* (REsp 1.201.635/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, PRIMEIRA SEÇÃO, jul. 12.06.2013, DJe 21.10.2013).

Conclusivamente, diz que, seja pelos efeitos específicos da referida ação ordinária transitada em julgado em seu favor, seja pela jurisprudência pacificada pelas Cortes Superiores, a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração em questão não tem qualquer condição de prosseguir, devendo ser cancelado por este CONSEF.

Finaliza afirmando que a impugnação deve ser julgada integralmente procedente, com a desconstituição do Auto de Infração e baixa imediata do crédito tributário nele consubstanciado. Requer 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).

O autuante que prestou a informação fiscal (fls. 69 a 72) registrou a existência de jurisprudência deste CONSEF sobre a utilização de crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações. Nesse sentido, aponta os Acórdãos JJF Nº 0298-01/02, 0344-04/04, 0218-03/14, 0137-03/15 e CJF Nº 0062-12/15.

No tocante a alegação do impugnante de que a Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001 assegura o direito ao creditamento do ICMS sobre aquisições de energia elétrica, contesta a argumentação defensiva, por entender que o 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. Acrescenta que, além disso, inexiste norma legal impeditiva desta cobrança na legislação vigente no Estado da Bahia.

Observa que o Auto de Infração foi lavrado em 02/06/2015, registrado em 09/06/2015, sendo que o contribuinte tomou ciência também em 09/06/2015 e a intimação foi entregue ao Estado da Bahia em 29/06/2015 (doc. 05 folha 58), ou seja, 20 dias após o registro do Auto de Infração e a ciência ao contribuinte.

No tocante aos argumentos defensivos que versam sobre aspectos constitucionais, consigna que não lhe cabe no âmbito de suas atribuições a discussão sobre entendimento constitucional, haja vista que deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional. Sugere que em face de o Estado da Bahia ter sido intimado que o CONSEF remeta o PAF a PGE para pronunciamento.

Salienta que na ação ordinária o impugnante alega que o serviço de prestação 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, mencionando decisões do STJ e STF sobre tema, assim como, invocando o princípio da não cumulatividade.

No que concerne ao mérito da autuação, registra que também já é pacífico o entendimento 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.

Assinala que no âmbito administrativo existe o Parecer no 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. Reproduz parte do texto do referido parecer.

Informa, ainda, a existência de decisões no âmbito do CONSEF acerca da matéria, no caso Acórdão CJF Nº 0021-11/05 e Acórdão JJF Nº 0285-01/05.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação.

Sustenta o impugnante que a exigência do ICMS não procede, haja vista que a glosa do crédito fiscal de que cuida o lançamento de ofício em tela fora questionada na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.001, sendo que, em 02/09/2011, foi publicada sentença reconhecendo o direito da TNL PCS S/A ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica utilizada como insumo.

Efetivamente, verifica-se que o autuado, em momento anterior à lavratura do Auto de Infração em exame, ajuizou ação mandamental, sendo que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por meio do trânsito em julgado da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, determinou que o Estado da Bahia se abstivesse de *autuar a Impugnante e de negar-lhe Certidão Negativa ou lhe infligir qualquer outra sanção pelo exercício regular de seu direito ao creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica*, nos termos do Mandado e Certidão de Intimação, anexados aos autos.

O artigo 117 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.

Já o art. 122, inciso IV, do mesmo RPAF/99, determina que o processo administrativo fiscal se extingue com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorribel a decisão administrativa.

Assim sendo, com fulcro nos artigos 117 e 122, inciso IV, do RPAF/99, considero extinto o processo administrativo fiscal em tela, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, inclusive em relação à multa e acréscimos moratórios.

Dante do 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 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração nº 279692.0002/15-3, lavrado contra TNL PCS S/A, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR