

A.I. Nº - 279468.0002/15-8  
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A  
AUTUANTES - ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVIA NOYA  
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS  
PUBLICAÇÃO- INTERNET 22.12.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0216-02/15**

**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, nos termos do art. 122, IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (AI) foi lavrado em 26/06/2015, para exigência de ICMS no valor de R\$7.526.209,14 (sete milhões, quinhentos e vinte e seis mil, duzentos e nove reais e quatorze centavos), em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, código de infração 01.02.51, acrescido da multa de 60% (sessenta por cento), prevista na alínea “a” do inciso VI do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014.

O contribuinte, fls. 21 a 23, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresenta defesa requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

Registra que a autuação diz respeito ao aproveitamento supostamente indevido de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, no exercício de 2014 e que consta do próprio AI que “A matéria está sendo discutida via judicial: Processo nº 0164836-36.2004.8.05.0001, sendo que o AI foi lavrado para preservar o direito do Estado que deve aguardar resultado de julgamento final”.

Aduz que a ação judicial transitou em julgado, nos termos da certidão de trânsito acostada à fl. 56, tendo sido definitivamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o seu direito a apropriação de créditos de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica.

Informa, fl. 22, que nos termos do Mandado e Certidão de Intimação, fl. 58 e 59, 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*.

Entende que por essa razão a presente exigência 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*”, fls. 61 a 65, 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, fl. 22, 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, induvidoso 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).

Conclui 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.

Por fim, afirmando que a impugnação deve ser julgada integralmente procedente, com a desconstituição do Auto de Infração e baixa imediata do crédito tributário nele consubstanciado, solicita as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, sejam 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).

As autuantes, mediante informação fiscal, fls. 68 a 70, fazem um resumo acerca das alegações da defesa e registram que o Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2015, antes da ciência do Estado sobre a decisão judicial pertinente à matéria autuada.

Opinam que se a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia encerra a lide, “*cabe ao Estado da Bahia apurar quanto do valor estornado, através do auto de infração, se este refere a insumo na prestação de serviço de telecomunicação, a fim de que sejam apurados os valores mensais que as apelantes têm direito de creditar-se*”.

Por fim, encaminham o processo ao CONSEF, sugerindo que seja dado conhecimento à Procuradoria Geral do Estado da 2ª Câmara Cível relativo ao Processo nº 0164836-36.2004.8.05.0001 – Apelação Cível.

## VOTO

Da análise das peças processuais, observo que o presente Auto de Infração 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.

Na peça defensória a impugnante sustenta que o seu direito a apropriação de créditos do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica foi definitivamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que, mediante Mandado e Certidão de Intimação, intimou o Estado da Bahia 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.”*

Efetivamente, verifica-se que a matéria é objeto de ação judicial, com decisão favorável ao autuado. Desta forma, fica esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, pois tal propositura importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme se depreende da leitura do art. 117 do RPAF/99, *in verbis*:

*Art. 117. 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.*

Assim, nos termos do art. 122, IV do RPAF/99, transcrito a seguir, deve ser extinto o presente processo administrativo fiscal, em decorrência do ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide.

*Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:*

.....

*IV - 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;*

Ante 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 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração nº **279468.0002/15-8**, lavrado contra **TELEMAR LESTE S/A**, devendo os autos serem remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR