

PROCESSO - A. I. N° 279468.0015/14-4
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0020-03/16
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS / DAT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/01/2023

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0354-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. ESTORNO PROPORCIONAL. Em relação à energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações, o trânsito em julgado da sentença tem o condão de reconfigurar o direito, de forma imutável, delimitando um novo quadro normativo, o qual se impõe às partes, sem que se possa, jamais, ignorar. O aproveitamento do crédito fiscal se encontra devidamente certificado pela sentença. Mantida apenas a parcela da exigência fiscal relacionada à ausência de estorno de crédito, decorrente de saídas isentas e não tributadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3^a JJF N° 0020-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/12/2014, para exigir ICMS no valor histórico de R\$12.314.741,83, relativos a “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia, na prestação de serviço de comunicação”.

A 3^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 02/02/2016 (fls. 142 a 148) e decidiu nos termos a seguir.

“VOTO

Preliminarmente, o autuado pede que seja reconhecida a nulidade do presente auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” c/c art. 39, V, “c” do RPAF/BA. Alega que não se sabe qual o fundamento legal ou o critério jurídico adotado pela fiscalização ao lavrar o Auto de Infração, e isso vale tanto para o ICMS exigido quanto para a multa capitulada.

Na informação fiscal as autuantes dizem que, pelas transcrições efetuadas ficou patente o equívoco na digitação do art. 53 e comprovado que não houve prejuízo na identificação da infração cometida, porque também foi indicado o art. 33 da Lei Complementar 87/96.

Quanto aos fundamentos para a lavratura do Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Em relação ao direito, as autuantes reconheceram que houve equívoco no dispositivo legal indicado, mas afirmaram que não houve prejuízo na identificação da infração apurada, na medida em que o autuado entendeu a acusação fiscal. Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma comprehensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos. Portanto, se conclui que não implicou nulidade da autuação o equívoco na indicação de dispositivo legal, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem indevidas, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendant, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o presente lançamento trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de

energia elétrica na prestação de serviço de comunicação, nos meses de agosto de 2012 a dezembro de 2013.

O defensor alegou que o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica empregada como insumo na prestação do serviço de telecomunicação é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, em virtude do seu caráter industrial e da imprescindibilidade da energia elétrica como insumo para a sua prestação.

Ressalta que todo o processo de telecomunicação ocorre a partir da transformação de energia elétrica em ondas eletromagnéticas e som, e a referida transformação (industrialização) a que a energia elétrica se submete está na sua conversão em onda eletromagnética ou radioelétrica,

Dispõe o artigo 155 da Constituição da República:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

(...)

A Lei Complementar nº 87/96 ao disciplinar o regime de compensação do ICMS, estabelece no art. 20 que “é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação”.

Por outro lado, o art. 33 II, “b”, da mencionada Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar 102/2000, leva ao entendimento de que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas em relação a empresas industriais:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

(...)

b) quando consumida no processo de industrialização;

O artigo 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional conceitua o produto industrializado como aquele “que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”.

Conforme prevê a Lei do ICMS no Estado da Bahia, nº 7.014/96, o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir de 1º de novembro de 1996, quando consumida no processo de industrialização (art. 29, inciso III, alínea “a”, item 2).

No caso em exame, o cerne da questão está exatamente no enquadramento, ou não, do serviço de telecomunicação como atividade industrial, considerando a interpretação do contribuinte de que referido serviço seria uma industrialização.

A Lei Federal nº 9.472/97, chamada de Lei Geral de Telecomunicações, acerca da definição de “Serviços de Telecomunicações”, estabelece:

Das Definições

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioelétricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou

informações de qualquer natureza.

§ 2º *Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.*

Observo que se caracteriza como industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para o consumo.

Quanto ao que estabelece a legislação IPI sobre a definição de produto industrializado, constata-se que de acordo com o Regulamento do mencionado imposto fica afastada a natureza industrial aos serviços relacionados a telecomunicações, conforme abaixo transcrito:

Regulamento do IPI

...
Art. 5º Não se considera industrialização:

...
VIII - a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, consistente na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte:

...
b) instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes;

Analisando os dispositivos legais em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS reproduzidos neste voto, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, depende do atendimento a determinados pressupostos.

O art. 33 II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, interpretado à luz do conceito de industrialização dado pelo CTN (art. 46, parágrafo único), além do Regulamento do IPI, da Lei Geral de Telecomunicações, bem como, a Lei 7.014/96 levam à conclusão de que não é permitido o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais. Ou seja, é correto o posicionamento do Fisco, no sentido de que não é possível à empresa de comunicação se creditar do ICMS anteriormente recolhido em relação à energia elétrica, já que não há, neste caso, industrialização e, por decorrência, ela não pode ser caracterizada como insumo.

Quanto ao argumento defensivo de que ingressou no Judiciário com ação ordinária, em razão da possibilidade de se creditar do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica, utilizada na prestação de serviço de telecomunicação, foi informado pela PGE/PROFIS, à fl. 140 do presente PAF que o processo judicial ainda não foi julgado de forma definitiva, pelas instâncias superiores. Em que pese a identidade dos temas versados nas duas defesas, não se vislumbrou identidade de objetos, uma vez que a medida judicial não menciona os fatos geradores descritos no lançamento em apreço.

Portanto, em relação à energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações, é vedada a utilização do respectivo crédito fiscal. A legislação baiana não equipara o serviço de comunicação à atividade industrial para efeito do creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida.

Vale salientar, que este entendimento tem sido prevalente nas Decisões exaradas por Este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0084-11/13; CJF Nº 0117-13/13, CJF Nº 0400-11/14, CJF Nº 0278-11/15 e CJF Nº 0388-12/15.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 158 a 176, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Preliminarmente, suscita a nulidade da autuação ao argumento de deficiência em sua fundamentação legal. Explica que o enquadramento legal do Auto de Infração está errado, pois faz referência ao art. 53, inciso II, alínea “d” da LC 87/96, dispositivo este inexistente. Aponta erros, também, na capitulação legal da multa, pois alega inexistir a demonstração de sua previsão legislativa.

Quanto ao mérito, afirma que o seu direito ao crédito restou definitivamente reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em Acórdão proferido na Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.805.000, o qual teria transitado em julgado, acatando o direito da autuada ao creditamento do ICMS correspondente à entrada de energia elétrica empregada na prestação de serviço de telecomunicações. Revela que tal decisão está em consonância com a jurisprudência dominante sobre a matéria.

Argumenta, ainda, que dada a decisão judicial citada, o fisco somente pode constituir o crédito tributário pelo lançamento, prevenindo a decadência, sem, contudo, a imposição de multas e acréscimos moratórios.

Pede, a exclusão da multa e dos acréscimos moratórios.

Conclui a sua peça recursal, requerendo que seja declarado nulo o lançamento em análise, por deficiência de fundamentação. Pede, também, que seja declarada a insubsistência do crédito tributário exigido, à luz do trânsito em julgado da decisão do TJBA e sucessivamente que sejam excluídas as parcelas de multa e acréscimos moratórios.

Às folhas 179 a 180, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia emitiu parecer opinando pelo não conhecimento do presente Recurso, fundamentado nos termos a seguir.

Reconhece, inicialmente, a existência da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.805.000, a qual reconhece o direito do contribuinte ao aproveitamento do crédito de ICMS nas entradas de energia elétrica empregada na prestação de serviço de telecomunicações, transitada em julgado, conforme certidão à folha 172.

Esboça entendimento no sentido de que o objeto da demanda judicial é idêntico ao da infração apurada no presente lançamento, o que acarreta o esgotamento da instância administrativa, devendo ser considerado prejudicado o presente Recurso Voluntário, não devendo haver qualquer manifestação acerca do seu mérito, por parte do CONSEF.

Com base no art. 117 do do RPAF e considerando a imutabilidade da decisão judicial transitada em julgado, opina pelo não conhecimento do presente recurso.

Considerando que a decisão judicial somente assegurou, à Telemar, o aproveitamento dos créditos relativos à energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicações, e não a energia utilizada na área administrativa, a 1ª CJF, em sessão realizada no dia 13/07/2016, após exames das peças que compõem o presente PAF, e orientada pelo princípio da busca da verdade material, deliberou, em decisão unânime, por encaminhar o presente Auto de Infração em diligência às autuantes, com vistas a atender ao que segue: “*1) Informar se o crédito glosado no presente auto de infração refere-se, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, ou se somente tem relação com a energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicações; e 2) Caso o lançamento se refira, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, pede-se para elaborar dois demonstrativos distintos, de forma que se possa quantificar o valor do ICMS associado à prestação de serviço de telecomunicações, bem como aquele associado às áreas administrativas*”.

Intimado o Contribuinte, apresenta manifestação às folhas 188/190, tecendo as considerações que seguem.

Informa que a própria Empresa segrega a energia elétrica utilizada como insumo de sua atividade-fim (ou atividade de produção, a saber, a prestação do serviço de telecomunicação), daquela utilizada em suas centrais administrativas. Para isso, divide seus estabelecimentos em

Operacionais e Administrativos.

Explica que os estabelecimentos operacionais são locais onde, efetivamente, se desenvolve a prestação do serviço de telecomunicação, com o consumo (e modificação) da energia elétrica. Nesses locais se concentram as centrais telefônicas, com todos os equipamentos a ela inerentes (centrais de comutação telefônica, transformadores, distribuidores, etc.), onde é centralizada a prestação do serviço de telecomunicação.

Já os estabelecimentos administrativos, explica que se trata de sedes administrativas (escritórios, lojas, etc.), que, por não estarem diretamente ligados com a consecução do serviço de telecomunicação, não são abarcados pela decisão judicial supracitada, que declarou, em definitivo, o direito de crédito do contribuinte.

Explica que há, ainda, os estabelecimentos mistos (operacionais e administrativos), cuja energia elétrica também não é creditada pela Empresa.

Informa que o demonstrativo contendo os estabelecimentos da Empresa que consumiram energia elétrica no Estado da Bahia consta da planilha anexa, intitulada “Demonstrativo Estabelecimentos - BA”, constante do CD-ROM anexo (doc. nº 02). Nela encontram-se segregados, inclusive, quais são os estabelecimentos operacionais (que dão direito a crédito, portanto), e quais são administrativos (ou mistos), excluídos do bojo da discussão em voga, já que o ICMS sobre a energia neles consumida não é aproveitado pela Empresa. Do mesmo modo, a planilha intitulada “Arquivo COELBA ago12 a dez13 TLM BA” também constante do CD-ROM (doc. nº 02, cit.), demonstra, nota por nota, a energia elétrica adquirida por cada um dos estabelecimentos da Empresa, no período de agosto de 2012 a dezembro de 2013.

Às folhas 197/201, uma das auditoras presta informação fiscal, tecendo as considerações a seguir.

Quanto à solicitação contida no item “1” (*Informar se o crédito glosado no presente auto de infração refere-se, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, ou se somente tem relação à energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicações*), explica que, em resposta à intimação, o contribuinte informou que segregava a energia elétrica utilizada como insumo de sua atividade-fim, daquela utilizada em suas áreas administrativas conforme entendimento do declarado pelo TJBA nos autos da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, já transitada em julgado. Para isso, divide seus estabelecimentos em Operacionais, Administrativos ou Mistos, porém só aproveitam os créditos na aquisição de energia elétrica utilizada nos estabelecimentos operacionais.

Em que pese a declaração do contribuinte, afirma que não é possível, para o fisco, validar esta informação, tendo em vista que se trata de 6.943 estabelecimentos consumidores de energia, distribuídos em todo Estado da Bahia.

Quanto à solicitação contida no item “2” (*Caso o lançamento se refira, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, pede-se para elaborar dois demonstrativos distintos, de forma que se possa quantificar o valor do ICMS associado à prestação de serviço de telecomunicações, bem como aquele associado às áreas administrativas*), explica que o Contribuinte informou que não são utilizados os créditos na aquisição de energia elétrica consumida nas áreas administrativas e mistas.

Reitera que não é possível, para o fisco, validar a natureza das Unidades Consumidoras, porém, com base nas informações apresentadas pelo contribuinte, o valor remanescente apurado pelo Fisco foi de R\$891.039,11 (oitocentos e noventa e um mil trinta e nove reais e onze centavos), assim compostos, em 2012 o valor de R\$225.098,49 e em 2013 R\$665.940,62, conforme demonstrado nos Anexos 01 e 02 das planilhas “Cálculo do estorno e coeficiente_2012” e “Cálculo do estorno e coeficiente_2013” (disponíveis no CD - ROM, fl. 206, do PAF).

Às folhas 273/277, o Sujeito Passivo apresenta nova manifestação, aduzindo o que segue.

Explica, inicialmente, que a Empresa, em estrito cumprimento à decisão proferida na Ação

Ordinária nº 016486-36.2004.8.05.0001, somente aproveita os créditos de ICMS advindos da energia elétrica utilizada para a realização de sua atividade-fim, destacando que tal assertiva, por si só, é suficiente para afastar a acusação fiscal que foi lavrada pela suposta utilização indevida de “*crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação*” (Infração 01). Assim, uma vez que resta legitimada a regularidade do aproveitamento do crédito pela aquisição de energia elétrica, defende que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente por este e. Conseg.

Entretanto, pontua que a Auditora foi além do propósito da diligência fiscal, e, alterando os critérios jurídicos inicialmente adotados, elaborou cálculo do estorno e coeficiente para os períodos de 2012 e 2013. A partir desse cálculo, concluiu que a Empresa deixou de estornar crédito de ICMS na proporção das saídas isentas e não tributadas. Argumenta, todavia, que a reformulação da autuação fiscal na forma proposta pela Auditora irá acarretar na modificação dos critérios jurídicos adotados no lançamento, o que é vedado nos termos do art. 146 do CTN.

Destaca que, desde a lavratura do Auto de Infração e, consequentemente, na impugnação pela Empresa, na decisão da Junta de Julgamento Fiscal, no Recurso Voluntário e na decisão do CONSEF, sempre se discutiu questões unicamente de direito, concernente à legitimidade do aproveitamento do crédito de ICMS pela aquisição de energia elétrica utilizada na prestação do serviço de comunicação. No entanto, para a surpresa da Empresa, nessa fase processual, a Auditora Fiscal, com base num cálculo que extrapola o objeto da diligência requerida por este e. Conseg, alterou os critérios jurídicos adotados quando da lavratura do Auto de Infração.

Alega ser evidente o prejuízo da Empresa, já que não pôde se defender, desde o início do processo administrativo, da acusação ora proposta pela Auditora. Assim, conclui que a revisão sugerida na diligência fiscal, por alterar os critérios jurídicos analisados no ato de lançamento, não pode ser acatada por este Conselho. Caso contrário, a nulidade ao Auto de Infração será flagrante.

Transcreve ementas de julgados do STJ para apoiar a ideia de que a revisão proposta pela Auditora, caso acolhida, resultará em erro de direito, na medida em que não houve modificação fática, mas sim de critérios jurídicos adotados no momento do ato administrativo de lançamento, pois, inicialmente, glosou-se todo o crédito de ICMS por entender, com base na legislação baiana, que a Empresa não teria direito a creditar-se do ICMS pago na aquisição de energia elétrica. Desconstituída essa premissa, já em Recurso Voluntário, a Auditora Fiscal, altera a infração inicialmente proposta, para acusar a Empresa de deixar de estornar crédito de ICMS na proporção das saídas isentas e não tributadas. Conclui que não há dúvidas que se trata de alteração de critérios jurídicos, expediente vedado pelo CTN.

Pelo exposto, tendo em vista a comprovação da regularidade do aproveitamento do crédito pela aquisição de energia elétrica, conforme autorizado pela decisão proferida na Ação Ordinária nº 016486-36.2004.8.05.0001, e a impossibilidade de revisão dos critérios jurídicos do lançamento inicial, o Auto de Infração deve ser integralmente desconstituído, com a baixa imediata do crédito tributário nele consubstanciado.

Nesses termos, pede deferimento.

Instada a se manifestar, a auditora acosta intimação emitida em face do Sujeito Passivo, solicitando laudo técnico de engenharia, atestando o percentual de uso da energia elétrica nas áreas produtiva e não produtiva. Pede, também, a relação das notas fiscais das Receitas de DETRAF, Serviços LDN, EILD e Financeiro.

Em resposta à intimação, o Sujeito Passivo informa que todo o crédito de ICMS glosado pela fiscalização é decorrente da aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviços de comunicação, cujo creditamento está expressamente autorizado pela decisão proferida nos autos da Ação Ordinária já citada nos autos, a qual não condicionou o aproveitamento dos créditos à apresentação de qualquer laudo técnico. Ademais, informa que o estabelecimento autuado é

exclusivamente operacional, utilizando 100% da energia elétrica na prestação de serviço de comunicação.

Quanto à relação de notas fiscais relativas às receitas, informa que já apresentara à fiscalização, em agosto de 2016, conforme Doc. nº 02.

Às folhas 333/338, a auditora presta nova informação fiscal, aducindo o que segue.

Destaca que a fiscalização não foi além do escopo da diligência fiscal, explicitando que o direito ao crédito na área industrial deve observar a proporcionalidade da energia efetivamente consumida na área administrativa.

Reitera que não é possível, ao fisco, validar as informações prestadas pela empresa, destacando que o contribuinte não empreendeu qualquer medida para viabilizar a quantificação do consumo de energia elétrica na área administrativa.

Considerando a inexistência de elementos para proferir uma decisão de mérito, a 2^a CJF, em sessão suplementar realizada no dia 31/08/2017, deliberou, em decisão unânime, por encaminhar o presente Auto de Infração em diligência à ASTEC, com vistas a atender ao que segue: “1) *Identificar, junto ao sujeito passivo, os documentos fiscais que deram origem ao creditamento no período autuado, informando se se relacionam às unidades operacionais, administrativas ou mistas; e 2) Caso o lançamento se refira, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, pede-se para elaborar dois demonstrativos distintos, de forma que se possa quantificar o valor do ICMS associado à prestação de serviço de telecomunicações, bem como aquele associado às áreas administrativas*”.

Às folhas 345/347, foi prestada informação fiscal pelo preposto da Astec designado, oportunidade em que teceu as considerações que seguem.

Quanto à solicitação contida no item “1”, reconhece que já fora atendida, conforme alega o contribuinte. Contudo, ratifica a limitação e impossibilidade de validar as informações prestadas, por se tratar de informações pertinentes a 6.943 Ucs.

Quanto ao item “2” da solicitação, informa não ter elaborado, por motivos óbrios, os demonstrativos de débito.

Cientificadas do Parecer Astec, as autuantes acatam o seu conteúdo.

Considerando que as duas diligências realizadas não contribuíram para elucidar a questão controvertida nos autos, e não haver, ainda, elementos para proferir uma decisão de mérito, a 2^a CJF, em sessão suplementar realizada no dia 23/02/2018, deliberou por encaminhar, mais uma vez, o presente Auto de Infração em diligência à IFEP SERVIÇOS, com vistas a que o inspetor fazendário designe auditor estranho ao feito para atender ao que segue: “1) *Identificar, junto ao sujeito passivo, os documentos fiscais que deram origem ao creditamento no período autuado, informando se se relacionam às unidades operacionais, administrativas ou mistas; e 2) Caso o lançamento se refira, também, à energia elétrica consumida na área administrativa, pede-se para elaborar dois demonstrativos distintos, de forma que se possa quantificar o valor do ICMS associado à prestação de serviço de telecomunicações, bem como aquele associado às áreas administrativas*”.

Às folhas 370/376, foi apensado processo administrativo, mediante o qual o contribuinte autuado reconhece parcialmente o débito de R\$891.039,11 (do montante total de R\$12.314.741,83), relativo à parcela do ICMS que deixou de ser estornado pela Cia, pelas saídas isentas e não tributadas no período autuado, nos termos no Parecer emitido pela autuante, às folhas 197/201. Declara já haver feito a quitação do montante e acosta comprovante de quitação à folha 375.

Às folhas 379/380, consta informação fiscal emitida pelo Supervisor da IFEP Serviços, mediante o qual declara que examinou a documentação apresentada pela empresa, tendo comparado com os valores autuados, após o que concluiu que, quando da autuação, não houve junção de unidades

OPERACIONAL+ADMINISTRATIVO, portanto, no saldo do PAF de R\$11.423.702,55, não consta valores relativos as unidades Administrativas ou Mista, mas apenas unidades operacionais.

As folhas 471/473, consta manifestação do contribuinte em que informa que valeu-se dos benefícios instituídos pela Lei de Anistia (Lei nº 14.016/18) e pagou, em 21/12/2018, a parcela apontada pelo fisco como devida, qual seja, R\$891.039,11, a título de principal.

À folha 475, o Supervisor da IFEP Serviços tomou ciência da manifestação do Sujeito Passivo, afirmando que mantém o seu parecer na íntegra.

VOTO

A acusação fiscal consiste em “utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia, na prestação de serviço de comunicação”. Em seu recurso, a empresa autuada informa que a sua conduta se encontra amparada por decisão judicial transitada em julgado, exarada no bojo da Ação Ordinária nº 0164836-36.2004.805.000, já transitada em julgado.

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade por erro no enquadramento legal e na capitulação da multa, noto que não merece acolhida, pois o art. 53, inciso II da Lei nº 87/96, guarda correlação, sim, com a conduta infratora, uma vez que dispõe acerca da possibilidade de creditamento nas aquisições de energia elétrica, conforme abaixo.

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

...
II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

...
b) quando consumida no processo de industrialização;
...”
...

Ademais, consta, adicionalmente, referência ao artigo 29 da Lei nº 7.014/96 combinado com o art. 33 da Lei Complementar 87/96 que esgotam o regramento acerca da possibilidade de crédito nas aquisições de energia elétrica.

Embora haja, efetivamente, equívoco na capitulação legal da multa, tal erro não desnatura o lançamento uma vez que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, o que afasta a alegação de nulidade, nos termos do art. 19 do RPAF/99, abaixo reproduzido.

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Assim, rejeito as alegações de nulidade arguidas.

Examinando os autos, é possível constatar que o sujeito passivo propôs, em novembro de 2004, a ação referida, conforme cópia da petição inicial, às folhas 130 a 139. Examinando, ainda, o pedido deduzido, vejo que a empresa Telemar Norte Leste S/A requereu o *reconhecimento, desde o advento da LC nº 102/00, de seu direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica empregada na prestação dos serviços de telecomunicações*”, conforme folha 138.

Nota, ainda, que a 10ª Vara da Fazenda Pública proferiu decisão *reconhecendo o direito da autora ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica utilizada como insumo*”, conforme folha 169.

Examinando a cópia do acórdão proferido pelo TJBA, às folhas 167 a 171, é possível constatar que a corte recursal proferiu decisão, em 18/06/2013, mediante a qual reformou a sentença proferida pela 10ª Vara da Fazenda Pública e deu provimento à apelação interposta pelo sujeito passivo (a própria autora), em face do Estado da Bahia. Por meio do provimento jurisdicional citado, a Segunda Câmara Cível reconheceu o direito ao creditamento do ICMS correspondente à entrada de energia elétrica empregada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação,

superando a limitação imposta pela decisão de primeiro grau, conforme folha 171.

É possível perceber, ainda, a ocorrência do trânsito em julgado da ação citada, conforme cópia da certidão, acostada à folha 172.

À folha 174, consta cópia da certificação expedida por oficial de justiça, atestando que procedeu à intimação do Estado da Bahia (à folha 175).

Assim, é forçoso concluir, a partir das provas carreadas aos autos, que o poder judiciário proferiu decisão imutável relativa à matéria tratada no presente Auto de Infração, com efeitos declaratórios e prospectivos, pois não se limitou a reconhecer o direito empresarial apenas no tempo em que se deram os eventos objetos da autuação, mas desde a vigência da LC 102/00 (ou seja, agosto/00) e enquanto este diploma legal venha a produzir efeitos, em conformidade com o pedido da empresa, deduzido na petição inicial (folha 138).

Estamos, portanto, diante de um dos efeitos da coisa julgada material, consistente em agregar valor ao patrimônio jurídico da parte vencedora, a quem a sentença atribuiu o bem da vida. Veda, por conseguinte, que nova decisão venha a ser proferida acerca da mesma matéria, salvo a ocorrência de fato posterior capaz de alterar o quadro jurídico configurado pela sentença, nos termos do art. 505 do Novo CPC, conforme abaixo.

“Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito (grifo acrescido), caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
...

Note-se que NÃO se trata, aqui, de decisão judicial referida no II do art. 167 do RPAF, abaixo transcrita.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...
II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida (grifo acrescido).
...

De fato, a decisão proferida pelo poder judiciário a que fez referência o legislador (no texto acima transrito) é aquela *ainda não transitada em julgado*, pois tem como consequência imediata, não a extinção do processo, mas o seu encaminhamento para inscrição na Dívida Ativa do Estado, nos termos do art. 117 do RPAF, reproduzido abaixo.

“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.

§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:

I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;
II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.
...

Ora, nenhum sentido faz dar sequência à cobrança judicial de uma exigência contra a qual o poder judiciário já tenha se manifestado, de forma definitiva, considerando que a jurisdição nacional é marcada pela unicidade. Principalmente, quando se imagina que uma das consequências trazidas pela aplicação dos dispositivos citados é a exigência, ao contribuinte, de oferecimento de depósito em seu montante integral para a suspensão da exigibilidade do crédito.

A decisão judicial transitada em julgado, com a vênia daqueles que possam pensar diferentemente, não é hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas de sua extinção, nos termos do art. 122, inciso II do RPAF.

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

...

II - em face de decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal (grifo acrescido);
...

Tal se dá pelo fato de que o comando sentencial referido tem o condão de *reconfigurar* o direito, de forma imutável, delimitando um novo quadro normativo, o qual se impõe às partes, sem que se possa, jamais, ignorar.

Assim, entendo que o ordenamento jurídico posto (e emoldurado pela sentença) aponta no sentido de que a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A possui direito (devidamente certificado) ao aproveitamento do crédito fiscal relativo às entradas de energia elétrica para uso na prestação de serviço de telecomunicações, sendo, por consequência, descabida a exigência fiscal.

Assim, considerando que, do total autuado, o Sujeito Passivo reconheceu a pertinência do montante de R\$891.039,11, referentes à falta de estorno de crédito, acolho o demonstrativo de débito elaborado pela autuante (folha 197/201).

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO para reduzir o valor lançado conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	CRÉD. INDEVIDO
ago/12	R\$ 38.930,20
set/12	R\$ 40.280,14
out/12	R\$ 37.662,72
nov/12	R\$ 42.009,59
dez/12	R\$ 66.215,84
jan/13	R\$ 51.110,21
fev/13	R\$ 56.061,44
mar/13	R\$ 50.299,41
abr/13	R\$ 58.576,93
mai/13	R\$ 59.201,93
jun/13	R\$ 53.556,69
jul/13	R\$ 50.204,89
ago/13	R\$ 36.433,57
set/13	R\$ 53.702,74
out/13	R\$ 59.046,50
nov/13	R\$ 73.092,19
dez/13	R\$ 64.654,12
TOTAL	R\$ 891.039,11

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279468.0015/14-4, lavrado contra TELEMAR NORTE LESTE S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 891.039,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS