

PROCESSO - A.I. Nº 298574.2125/01-4
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1ª CJF nº 0207-11/02
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 12/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0109-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausência de Decisão de Câmara que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Impossibilidade de acolhimento, a título de paradigma, de Decisão oriunda de Junta de Julgamento, ante a ausência de previsão legal. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista apresentado pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0207-11/02 oriundo da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que, em Decisão unânime, negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente interposto contra o julgamento da 1ª Instância.

A Decisão Recorrida traz em seu bojo a seguinte ementa:

“CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À época dos fatos era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. *Infração confirmada.* **b) UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A lei veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subseqüentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. *Infração confirmada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Fundamentada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.*

Os fatos estão descritos no Auto de Infração na forma abaixo indicada :

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias – junho/96.
2. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação, em razão de ter deixado de efetuar a proporcionalidade prevista no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – novembro e dezembro de 1996;

3. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, pelo fato de não observado a proporcionalidade prevista no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – janeiro/96 e março a outubro de 1996;
4. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, por não ter efetuado a proporcionalidade estabelecida no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – julho a outubro de 1996.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao negar provimento ao Recurso Voluntário o fez que fundamento no seguinte Voto: *“De início, registro que acolho, integralmente, o opinativo da Douta PROFAZ acima mencionado, pelo fato de que, efetivamente, não vislumbro nos argumentos do recorrente elementos suficientes para alterar o julgado.*

No que tange à preliminar de nulidade argüida, vejo que a mesma carece de sustentação na medida em que apesar do artigo 127, do RPAF estabelecer o prazo de 20 dias para que o autuante apresente a informação fiscal, a partir da data da apresentação da defesa, neste caso, trata-se de Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização Especializada, cuja contagem do prazo para apresentação da informação fiscal deverá ser de acordo com o estabelecido § 3º do referido artigo. De qualquer forma, a inobservância do prazo para prestação de informação fiscal, implicará apenas em sanção de ordem administrativa, não acarretando nenhuma consequência ao julgamento da lide (art. 128, do RPAF).

No tocante às questões de direito suscitada pelo recorrente, vejo que a autuação está respaldada na legislação tributária estadual, a qual, no que pertine à matéria sob exame, não existe qualquer sentença oriunda do STF declarando sua inconstitucionalidade.

Entendo que, para que se respeite o princípio da não cumulatividade do imposto, há de ser observado a essência do imposto estadual na medida em que, as vedações de crédito previstas na legislação tributária se aplicam a operações cujas saídas ocorram sem tributação.

Observo que sob o ponto de vista tributário, a questão está corretamente analisada e muito bem fundamentada pela 1ª JJF, conforme pode ser observado no Voto proferido pelo seu ilustre Relator, o qual está transcrito no relatório que precede o presente voto, cuja fundamentação ali esposada acolho sem qualquer restrição, ao tempo em que não alcanço nas razões do Recurso, elementos jurídicos suficientes para modificar o julgamento recorrido já que, o procedimento fiscal está respaldado na legislação tributária estadual vigente à época dos fatos ensejadores da autuação, que contém vedação expressa quanto à utilização do crédito fiscal quando as operações de saídas subseqüentes forem isentas ou não tributadas. Há ainda de ser ressaltado que, tanto nas operações de aquisições de energia elétrica quanto nos serviços de comunicação, a legislação também prevê a proporcionalidade na utilização dos créditos em relação às operações tributáveis.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida”.

Inconformado com o julgamento acima o sujeito passivo ingressou com Recurso de Revista onde, inicialmente, denomina-o como Recurso Voluntário e refere-se a Resolução nº 0097-01/02 da 1ª JJF, tecendo breves comentários a respeito da mesma e cita que os Julgadores basearam-se no Convênio ICMS nº 66/88, anterior a edição da Lei Complementar nº 87/96 e do Decreto nº 1.856/92, uma vez que este concedeu o direito ao contribuinte de creditar-se do equivalente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica por estabelecimento comercial.

Afirma que a autuação é irregular já que, quando da aquisição pelo estabelecimento comercial ou industrial, independente da sua destinação, seja de bens de uso e consumo ou matérias primas ou, ainda, bens destinados ao ativo permanente, havendo destaque de ICMS gera em favor do adquirente um crédito fiscal de natureza mista que deverá ser compensado nas operações de saídas posteriores. Aduz que o creditamento não é apenas um direito, mas, também, um dever do contribuinte e que, nestas circunstâncias, encontram-se aí também inseridas as aquisições tanto de energia elétrica quanto de serviços de comunicações, uma vez que totalmente necessárias e utilizadas no funcionamento regular dos seus estabelecimentos comerciais.

Destaca que a energia elétrica, para fim de tributação pelo ICMS, foi considerada pela Constituição Federal como mercadoria (art. 155, § 3º) e que nada obsta a regular fruição, por parte do contribuinte, dos créditos decorrentes da entrada de energia elétrica consumida, elencando as situações em que considera possível a utilização do crédito.

Objetivando atender ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista estabelecido pelo art. 169, II, “a”, do RPAF/BA em vigor, menciona, inicialmente, no rodapé da petição inicial, que está fazendo juntada, em Anexo, dos Acórdãos JJF nº 0128/01 (Auto de Infração nº 02278045/96) e JJF 2052-01/01 (Auto de Infração nº 2791000002-97/5), os quais, apesar da citação que se referem a decisões oriundas de Juntas de Julgamento Fiscal, não foram juntados aos autos, apenas, parcialmente transcritos.

No bojo do Recurso de Revista, entretanto, transcreve as ementas abaixo:

- **Auto de Infração nº 02278045/96**, citando que se trata do Acórdão CJF nº 0128/01 onde destaca: “**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. (...) c) CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA.** Energia elétrica consumida por estabelecimento industrial constitui produto intermediário apenas no tocante aquela utilizada no processo produtivo. Item **NULO.** (...) Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS.** Decisão unânime”.
- **Auto de Infração nº 2791000002/97-5**, com o seguinte destaque: “**EMENTA : ICMS. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. d) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** É legítimo o crédito do imposto nas aquisições de energia elétrica e outros insumos industriais por parte de estabelecimento industrial. Exigência fiscal Improcedente”.
- **Auto de Infração nº 02607979/76**, com o seguinte destaque: “**EMENTA : ICMS. (...) 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) BENS DO ATIVO PERMANENTE E MATERIAL DE CONSUMO.** Infração não caracterizada. Materiais empregados no processo produtivo constituem insumos industriais, sendo legítima a utilização do crédito. (...) Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime. (...) Recurso **CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE**, para modificar a Decisão recorrida que consagrou procedente o Auto de Infração”.

Em conclusão requer o mesmo tratamento dispensado às Decisões acima transcritas, com o conseqüente Conhecimento e Acolhimento do presente Recurso de Revista.

A Douta PROFAZ manifesta-se nos autos através do Parecer à fl.109, destacando que o Auto de Infração foi lavrado para glosar a utilização de créditos fiscais de serviços de comunicação e de energia elétrica, feita pelo recorrente a maior do que o permitido pela legislação tributária ou sem efetuar a proporcionalidade referente as mercadorias isentas.

Considera que o recorrente embora se refira a diversas Resoluções do CONSEF com o fito de alcançar o conhecimento do Recurso de Revista, não vai lograr êxito já que no entendimento desse órgão essas Resoluções não se prestam a esse caso em julgamento, pois se referem a estabelecimentos industriais, onde o tratamento para a utilização de créditos fiscais é outro, e isto é o que tem a considerar em relação a energia elétrica.

Quanto ao outro item da autuação que se refere a não ter feito a proporcionalidade para as entradas de mercadorias isentas com as saídas tributadas, explica que o recorrente nada anexa como Decisão paradigma, logo, considera-se impossibilitada a efetuar qualquer análise em relação a este tópico. Em conclusão, por entender que estão ausentes pressupostos de admissibilidade previstos no RPAF/BA, opina pelo Não Conhecimento do presente Recurso de Revista.

VOTO

Em se tratando de Recurso de Revista, antes de tudo, deve ser observado se o recorrente atendeu ao requisito para sua admissibilidade, previsto no art. 146, inciso II, “a”, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), com a nova redação dada pela Lei nº 7.438/99. Dos exames efetuados chego as conclusões que passo a expor.

As imputações consignadas no presente Auto de Infração foram :

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias – junho/96.
2. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação, em razão de ter deixado de efetuar a proporcionalidade prevista no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – novembro e dezembro de 1996;
3. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, pelo fato de não observado a proporcionalidade prevista no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – janeiro/96 e março a outubro de 1996;
4. Utilização a mais de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, por não ter efetuado a proporcionalidade estabelecida no *caput* do artigo 93 e seu § 1º, do RICMS/96 – julho a outubro de 1996.

A Decisão Recorrida apresenta a seguinte Ementa: **“CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. À época dos fatos era vedada a utilização de crédito fiscal relativo a serviço de comunicação por estabelecimento comercial. Infração confirmada. b) UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subseqüentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infração confirmada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Fundamentada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”**.

Analisando as Decisões apresentadas em paradigmas e comparando-as com a Decisão Recorrida, fica patente que não servem para preencher o requisito para admissibilidade do Recurso de Revista já que não se referem a divergência de entendimento sobre idêntica questão jurídica

manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior do CONSEF. E este fato se confirma em razão de:

A primeira e a terceira Decisões, oriundas de Câmara de Julgamento, se referem a energia elétrica consumida por estabelecimentos industriais, as quais, por serem empregadas diretamente no processo produtivo foram consideradas como insumos e admitidos os créditos. A segunda Decisão, apesar de tratar da mesma questão, é originária de Junta de Julgamento, logo, não pode ser admitida como paradigma por absoluta falta de previsão legal nesse sentido.

De sorte que as Decisões Paradigmas não se referem à mesma questão jurídica constante na Decisão Recorrida, que diz respeito a utilização indevida e/ou a mais de crédito de ICMS nas aquisições de energia elétrica e serviços de comunicações em razão da ausência da proporcionalidade entre as saídas isentas e tributadas, assim como aquisições de serviços de comunicações para os quais, não foram apresentadas Decisões paradigmas.

Em conclusão, acolho o opinativo da Douta PROFAZ e, com fundamento no art. 146-A, inciso III, do COTEB, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista, ante a falta de preenchimento pelo recorrente dos requisitos legais para sua admissibilidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298574.2125/01-4, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.987,29**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone Oliveira Martins, Sandra Urânia Silva Andrade, Nelson Teixeira Brandão, José Carlos Barros Rodeiro, Ciro Roberto Seifert e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, Verbena Matos Araújo, Max Rodrigues Muniz e José Raimundo Ferreira Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ