

PROCESSO - A. I. Nº 281228.0034/01-1
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão nº 2ª CJF nº 0257-12-02
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 12/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0116-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa da decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. A decisão invocada trata de situação diversa do caso em análise. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Recurso de Revista interposto pelo recorrente, por discordar da Decisão proferida pela Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF que NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, em Decisão por maioria, vencido o voto do Conselheiro Relator, José Boulhosa Baqueiro o qual por sua vez, manteve a PROCEDÊNCIA da autuação, prolatada pela Eg.4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0150-04/02.

1. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica na comercialização de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal, referente a energia elétrica na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, conforme determinam o art. 97, II e X e art. 99, V, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89; além do artigo 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (janeiro a outubro de 1996) – R\$2.071,35;
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de Serviço de Comunicação, utilizado na comercialização de mercadorias;
3. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade, referente às mercadorias isentas para utilização de crédito fiscal de comunicação, referente a saídas com mercadorias tributadas, conforme art. 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96;
4. Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica e de Comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, tendo em vista a falta da proporcionalidade das mercadorias isentas, conforme determina o art. 93, *caput* e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96.

Inconformado com o resultado do julgamento realizado, argúi que os julgadores fundamentaram os seus entendimentos no Convênio ICMS nº 66/88, anterior a edição da Lei Complementar nº 87/96 e no Decreto nº 1856/92 uma vez que este teria concedido o direito de crédito ao contribuinte, equivalente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica do estabelecimento comercial.

Comenta o entendimento do direito ao crédito do imposto, sobre aquisição de energia elétrica, pelos estabelecimentos comerciais e industriais independente das suas destinações. Cita também o direito ao crédito sobre serviços de comunicação, uma vez que totalmente necessária e utilizada para o funcionamento regular do estabelecimento comercial.

Afirma que a energia elétrica foi considerada pela C.F., uma mercadoria, nada obstando a regular decorrentes do seu consumo.

Contesta a limitação do percentual de 50% sobre os créditos inerentes ao ICMS sobre consumo de energia elétrica, pois ilegal, em razão de que o imposto está adstrito ao princípio constitucional da não cumulatividade, não podendo o legislador infra-constitucional, ou o administrador público pretender-lhe aumentar ou diminuir sua eficácia.

Transcreve as decisões inerentes aos Autos de Infrações de nºs 02278045/96, 2791000002/97-5 e 02607979/76, como paradigmas para conhecimento do Recurso, e julgamento de mérito da Decisão Recorrida.

Espera o conhecimento e provimento deste Recurso.

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que as Resoluções paradigmas apresentadas não se prestam para o conhecimento do mesmo, pois, referem-se a créditos fiscais sobre consumo de energia elétrica por estabelecimentos industriais, onde o tratamento fiscal é outro.

Quanto ao item inerente a proporcionalidade para as entradas de mercadorias isentas, com as saídas tributadas, não apresenta Decisão Paradigma, logo impossibilitada a sua análise.

Opina pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso.

VOTO VENCIDO

Neste Recurso de Revista peço “*venia*” a Douta PROFAZ para divergir integralmente do seu opinativo.

O artigo 169, II, do RPAF/99 prevê que caberá Recurso de Revista para a Câmara Superior do CONSEF quando: “a Decisão de qualquer Câmara divergir do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior”.

Neste caso em apreço, a questão jurídica é: “crédito a maior sobre serviços de comunicação e energia elétrica”. Se o autuado é estabelecimento comercial ou industrial, entendo razão de mérito e com ele será apreciado.

Por conseguinte, entendo que as decisões apresentadas como Paradigmas preenchem os pressupostos previstos pelo Artigo 169, II, “a”, do RPAF/99, e voto pelo CONHECIMENTO do Recurso.

VOTO VENCEDOR

Analisando a admissibilidade do Recurso de Revista, constato que a Decisão ora guerreada se reportou à exigência de imposto e multa, em razão da utilização a mais e indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de energia elétrica e de serviço de comunicação utilizada na comercialização de mercadorias por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis (somente no mês de junho de 1996 foi glosada a totalidade do crédito fiscal de ICMS relativo aos serviços de comunicação).

A Primeira Decisão trazida como paradigma (Acórdão JJF nº 2052-01/01) não se presta para tal, porque é oriunda de Junta de Julgamento Fiscal.

Na Decisão Paradigma, de nº 0128/01, a questão é a possibilidade ou não da utilização do crédito referente à energia elétrica, havendo a sustentação da tese que energia é insumo no processo industrial.

Ocorre que o estabelecimento do Recorrente é comercial, que efetua vendas de produtos isentos e não tributados dentre aqueles com tributação normal, e num determinado momento a legislação admitia, somente, a possibilidade de utilização de parte do crédito fiscal sobre energia elétrica, e noutro momento determinava o estorno proporcional do crédito fiscal sobre a aquisição de energia elétrica, o que deixou de ser efetuado.

Verifica-se, então, que o objeto das decisões ora cotejadas não possuem identidade jurídica, e a Decisão Recorrida não diverge da interpretação da legislação feita na Decisão Paradigma apresentada, além do que o Recorrente não demonstrou o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, o que impede o conhecimento do Recurso de Revista, conforme determina o art. 173, III, do RPAF/99.

Assim, ante o exposto, meu voto é pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO CONHECER** o Recurso Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281228.0034/01-1**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.126,34**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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

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

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

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVCALCANTE - REPR. DA PROFZ