

PROCESSO - A.I. Nº 110424.0034/01-0
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1ª CJF nº 0208-11/02
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 12/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0117-21/02

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

Este Recurso de Revista interposto pelo autuado quanto ao Acórdão CJF nº 0208-11/02, que homologou o Acórdão JJF nº 0095-01/02, o qual, julgou Procedente o Auto de Infração nº 110424.0034/01-0, constando do mesmo as seguintes infrações fiscais:

1. Utilização a maior 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 a aquisição de Serviço de Comunicação, utilizado na comercialização de mercadorias (junho de 1996) – R\$80,65;
3. Utilização a maior 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, a saídas com mercadorias tributadas, conforme art.93, caput e parágrafo 1º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (julho a setembro de 1996) – R\$79.40.
4. Utilização a maior 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 (novembro e dezembro de 1996) – R\$626,41.

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 posição, por parte do contribuinte dos créditos 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 infraconstitucional, 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 de folha 118.

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 JF 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 à 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 **110424.0034//01-0**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.858,81**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista, respectivamente, no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42, VII, “a”, 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.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ