

PROCESSO - A.I. Nº 110424.0033/01-3  
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2<sup>a</sup> CJF nº 0243-12/02  
ORIGEM - INFRAZ CALÇADA  
INTERNET - 18/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CJF Nº 0122-21/02

**EMENTA:** ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESUPOSTOS 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 consequente 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 direitos 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. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

**RELATÓRIO**

Trata-se de um Recurso de Revista interposto após Decisão que negou provimento ao Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 1<sup>a</sup> instância que decidiu pela procedência do Auto de Infração que fora lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

1. “Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada 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”.
2. “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;
3. “Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para utilização do crédito fiscal referente a comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.

4. “O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas para a utilização do crédito fiscal referente a energia e comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.

Após julgamento de Recurso Voluntário pela 2<sup>a</sup> CJF que decidiu pelo não provimento do mesmo, em Decisão por maioria, mantendo a Decisão de 1<sup>a</sup> instância, o recorrente apresenta este Recurso de Revista onde se insurge contra o Acórdão ora recorrido alegando que a autuação ofende ao princípio constitucional da não cumulatividade e assevera que tendo sido a energia elétrica considerada, pela Constituição Federal de 1988, como mercadoria requer que se julgue improcedente as exigências fiscais, pois se desconsideram créditos de serviços de comunicação e energia elétrica, utilizados no processo de comercialização de suas mercadorias, sendo esta sua atividade primordial.

Tece comentário sobre a não cumulatividade do ICMS e conclui ter direito à utilização da energia elétrica consumida no seu processo de comercialização, de forma integral, e não limitada como se fez a partir de 1993, através da Alteração 40 ao RICMS/89, argüindo a sua ilegalidade e inconstitucionalidade por restringir norma constitucional. Em relação ao serviço de comunicação, também questiona a sua limitação em 50%, pelos mesmos argumentos esposados no que toca à energia elétrica, e conclui afirmando que a LC nº 86/97 veio confirmar um direito atribuído ao contribuinte desde a Constituição, determinando o uso destes créditos, sem limitações.

Como paradigma cita os Acórdãos nº 2052-01/01 proveniente da 1<sup>a</sup> JJJ o de nº 0128/01 proveniente de Câmara.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo não conhecimento do Recurso de Revista pois considera ausentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, II, do RPAF/99.

#### **VOTO VENCIDO**

Neste Recurso de Revista peço “*venia*” a Douta PROFAZ para divergir integralmente do seu opinativo de folhas 107 a 109.

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 mais sobre serviços de comunicação e energia elétrica”. Se o autuado é estabelecimento comercial ou industrial, entendo razão de mérito e com ele será apreciado.

Entendo que o Acórdão nº 0128/01 proveniente de Câmara serve como Paradigma, estando preenchidos os pressupostos previstos pelo Artigo 169, II, “a”, do RPAF/99. Por este motivo voto pelo CONHECIMENTO do Recurso.

#### **VOTO VENCEDOR**

Com a devida *venia*, divirjo do respeitável entendimento externado no voto proferido pela ilustre Conselheira Relatora do presente PAF, em consonância com o opinativo da Douta PROFAZ às fls. 107 a 109 dos autos e pelas razões que passo a expor.

Nesta mesma sessão da Câmara Superior, tive a oportunidade de participar, na condição de relator, de julgamento anterior em processo idêntico ao presente, lavrado contra o mesmo recorrente, cujas razões recursais ali esposadas também são idênticas as que se examinam nos presentes autos. De maneira que, por não vislumbrar nestes autos razões para que possa alterar meu entendimento e posicionamento reproduzo aqui, meu voto consignado naquele PAF o qual, considero como integrante deste 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. *“Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias. Deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas e não tributadas na utilização do crédito fiscal referente a energia elétrica na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.*
2. *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias”;*
3. *“Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias. Deixou de efetuar a proporcionalidade das saídas de isentas e não tributadas na utilização do crédito fiscal referente aos serviços de comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.*
4. *“O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade de isentas e não tributadas para a utilização do crédito de ICMS referente à aquisição de energia e serviços de comunicação na comercialização de mercadorias com saídas tributadas”.*

*A Decisão recorrida apresenta a seguinte Ementa: “EMENTA : ICMS. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei vedava a utilização do crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Infração confirmada. b) 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 caracterizada. Razões recursais não modificam a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria”.*

*Analisando as Decisões apresentadas em paradigmas e comparando-as com a Decisão recorrida, fica patente que não servem para preencher ao 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, referem-se a energia elétrica consumida por estabelecimentos industriais, as quais, por serem empregados diretamente no processo produtivo foram considerados como*

*insumos e admitidos os créditos. A segunda Decisão, apesar de tratar da mesma questão enfocada nas demais paradigmas, é originária de Junta de Julgamento, logo, não pode ser acolhida como tal, 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 de crédito a mais 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”.*

Em face do acima exposto e mantendo inalterado meu posicionamento acima, acolho o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista, mantendo-se inalterada a Decisão Recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, **NÃO CONHCECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110424.0033/01-3, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.007,60**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos monetários.

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 e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR.DA PROFAZ