

PROCESSO - A.I. Nº 281228.0038/01-7
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1ª CJF nº 0204-11/02
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 18/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0126-21/02

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 0204-11/02 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. UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda a utilização de crédito de serviços de comunicação e de energia elétrica, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. 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 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\$10.717,69;
2. 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 (julho, agosto e outubro de 1996) – R\$9.475,32;

3. 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 (novembro e dezembro de 1996) – R\$4.904,17.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal ao negar provimento ao Recurso Voluntário o fez que fundamento no seguinte Voto: “*Neste Recurso Voluntário o autuado repete toda a argumentação já trazida na defesa, e em outros Recursos acerca da mesma matéria, peço “venia” para transcrever o voto da competente Conselheira Sandra Urânia, proferido em Auto de Infração lavrado contra a mesma empresa e sobre a mesma matéria.*

“*Quanto à preliminar levantada, de logo devemos rechaçá-la, posto que, a apresentação da informação fiscal pelo autuante a destempo não traz nenhum prejuízo ao contribuinte, pois tal informação não vincula o julgador - inclusive, no caso presente, a Decisão Recorrida fundamentou-se na legislação, e ainda que em alguns pontos coincida com os argumentos expendidos pelo autuante, tal fato deriva da adequação das exigências às normas legais postas, e não de parcialidade do Julgador, daí porque não vemos nenhuma razão para atender ao pedido do recorrente de desentranhamento desta peça.*

Quanto à Decisão Recorrida, entendemos que agiu corretamente o julgador de Primeira Instância ao julgar procedentes as exigências fiscais. Em relação ao item 1, onde se glosa crédito de serviço de comunicação no período de junho de 1996, de fato a legislação então em vigor – Convênio ICM nº 66/88 – vedava integralmente o uso deste crédito, e a legislação ordinária deste Estado estava em consonância com esta determinação. Em que pese a alegação do recorrente de ilegalidade ou constitucionalidade destas normas, até o momento não houve qualquer pronunciamento judicial definitivo neste sentido, e não cabe ao julgador administrativo deixar de aplicar a legislação sob a qual não recaiu nenhuma pecha de constitucionalidade pelo poder competente, no caso o Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal.

No que toca aos itens 2 a 4 da autuação, melhor sorte não encontra o recorrente, sendo inatacável a Decisão Recorrida. Olvidou o recorrente que o pressuposto basilar da admissibilidade do crédito fiscal do ICMS é o vínculo com a atividade posterior tributada. A ocorrência de operação ou prestação subsequentes desoneradas do imposto, importa em estorno do crédito utilizado nas entradas. Esta regra estava presente no Convênio ICMS nº 66/8, bem como está presente na Lei Complementar nº 87/96, e encontra amparo no próprio texto constitucional, no art. 155, §2º, inciso II, alínea “b”. Portanto, falece de amparo a alegação do contribuinte de que o crédito deve ser mantido integralmente, sem que se atente para este pressuposto central para a sua admissibilidade.

Frise-se que o recorrente em nenhum momento contestou os cálculos efetuados para embasar as referidas exigências fiscais, resultantes de dados extraídos da própria escrita do estabelecimento, bem como a glosa foi proporcional, e não integral como quer fazer crer o recorrente, pois levou-se em consideração a proporção entre as saídas tributadas e as saídas não tributadas.

Assim, diante das razões acima aduzidas, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso

Voluntário, mantendo-se, assim, inalterada a Decisão Recorrida”.

Assim, tomando como meus os fundamentos apresentados acima, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão da 1ª Instância”.

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 nºs 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, 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 consequente Conhecimento e Acolhimento do presente Recurso de Revista.

A Douta PROFAZ manifesta-se nos autos através do Parecer à fl. 158, 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 às 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 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\$10.717,69;
2. 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 (julho, agosto e outubro de 1996) – R\$9.475,32;
3. 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 (novembro e dezembro de 1996) – R\$4.904,17.

A Decisão Recorrida apresenta a seguinte Ementa: “**CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A lei veda a utilização de crédito de serviços de comunicação e de energia elétrica, quando as operações subsequentes forem isentas ou não tributadas. Não efetuado o estorno proporcional às saídas não tributadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Fundamentada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime”.

Analizando 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 de Julgamento Fiscal 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, referirem-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, é originária de Junta de Julgamento, logo, não pode ser acolhida 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 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.

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 281228.0038/01-7, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.097,18**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e 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, 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 agosto de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ