

**PROCESSO** - A.I. Nº 206840.0160/00-5  
**RECORRENTE** - BOMPREGO BAHIA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO DE REVISTA – Resolução 2ª CJF nº 0225-12/02  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)  
**INTERNET** - 26/09/02

**CÂMARA SUPERIOR**

**ACÓRDÃO CS Nº 0138-21/02**

**EMENTA:** ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. A apresentação de decisões paradigmas que possuam divergência de interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, com a demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, constitui requisito indispensável para o conhecimento do Recurso de Revista. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

Recurso de Revista interposto pelo recorrente, por discordar da Decisão proferida pela Colenda 2ª Câmara deste CONSEF que NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, em Decisão por maioria, a qual por sua vez, manteve a PROCEDÊNCIA da autuação, prolatada pela Eg. 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0071-03/02.

O Auto de Infração foi lavrado para exigência do imposto no valor de R\$9.550,26, por utilização indevida de crédito fiscal, em decorrência das seguintes infrações:

- 1- utilizou a maior crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviço de energia elétrica utilizada na comercialização de mercadorias, sob o fundamento de descumprir o art. 97, III e X, e art. 99, V, do RICMS/89, e art. 93, *caput* e § 1º, do RICMS/96, que trata da aplicação da proporcionalidade do crédito às operações de saídas tributadas pelo imposto, na hipótese de ocorrerem saídas isentas, no período de janeiro a outubro/96.
- 2- Utilização indevida de crédito relativo à aquisição de serviço de comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, referente ao mês de junho de 1996.
- 3- utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente ao serviço de comunicação, utilizado na comercialização deixando de adotar o critério da proporcionalidade relativo às mercadorias isentas, nos meses de julho, setembro e outubro de 1996.
- 4- utilização indevida de crédito de energia e comunicação na comercialização das mercadorias com saídas tributadas, conforme art. 93, *caput* e parágrafo 1º do RICMS/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 à exceção da Decisão proferida no Auto de Infração nº 02607979/76, as demais decisões são emanadas de JJF, pelo que não devem ser apreciadas.

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.

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 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.

Por conseguinte, entendo que a Decisão apresentada como Paradigma preenche 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, em junho de 1996 em razão da limitação legal, e a partir daí por não ter sido considerada a proporcionalidade com as saídas tributáveis.

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 possui 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 não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206840.0160/00-5**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.550,26**, 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 e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ