

PROCESSO - A.I. N° 298574.2122/01-5
RECORRENTE - BOMPREÇO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1^a CJF n° 0193-11/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 10/10/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0152-21/02

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 da identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. A decisão apresentada como paradigma não guarda relação direta com a submetida a reexame. Recurso. **NÃO CONHECIDO.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso de Revista foi impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1^a.Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão n° 0193-11/02, que negou provimento ao Recurso Voluntário relativo ao lançamento de ofício em epígrafe, Auto de Infração n° .298574.2122/01-5.

Acreditamos ser importante para o deslinde deste pedido que retomemos ao conteúdo do lançamento inicial que imputou o recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de Serviço de Comunicação, utilizado na comercialização de mercadorias (junho de 1996) – R\$602,00;*
2. *Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica e de Comunicação na venda de mercadorias. O contribuinte deixou de efetuar a proporcionalidade, para utilização de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica e de comunicação, referente a saídas com mercadorias tributadas, conforme art. 93, caput e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto n° 5.444.96 (novembro e dezembro de 1996) – R\$1.2204,45;*
3. *Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Energia Elétrica na comercialização de mercadorias. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior pela não observância da Legislação em vigor à época, no que diz respeito à proporcionalidade, referente a saídas tributadas, conforme determinam os artigos 97, incisos II e X e 99, inciso V, do RICMS aprovado pelo Decreto n° 2.460/89; além do artigo 93, caput e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto n° 5.444.96 (janeiro a outubro de 1996) – R\$8.186,12;*
4. *Utilização a mais de crédito fiscal relativo nas aquisições de Serviço de Comunicação na comercialização de mercadorias. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior pela não observância da Legislação em vigor à época, no que diz respeito à proporcionalidade,*

referente a saídas tributadas, conforme determina o artigo 93, caput e parágrafo 1º, do RAICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444.96 (julho a outubro de 1996) – R\$574,60.

O Cons. Relator do Recurso Voluntário expediu o seu voto entendendo 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 ICMS 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 inconstitucionalidade 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 inconstitucionalidade 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 |subseqüentes desoneradas do imposto, importa em estorno do crédito utilizado nas entradas. Esta regra estava presente no Convênio ICMS nº 66/88, 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 se levou 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.

Não conformado com o julgamento impetra o presente Recurso de Revista onde comenta em seu arrazoado 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 teria concedido o direito de crédito direito ao contribuinte equivalente a 50% do imposto relativo ao consumo de energia elétrica por estabelecimento comercial*”. E acrescenta que sendo a energia elétrica mercadoria, nada obsta a regular fruição dos créditos decorrentes da entrada relacionando situações em que considera possível a utilização do crédito. Diz ainda que “*foi seguido o entendimento acima esposado que o Estado da Bahia passou a conceder o crédito de 50% do ICMS, relativo ao consumo de energia elétrica dos estabelecimentos comerciais, por meio da alteração n. 40 , ao Decreto 1856, apenas a partir de 01/01/1993*”.

Apresenta como requisito de admissibilidade do Recurso as seguintes ementas:

- *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”.

Requer o conhecimento e acolhimento do presente Recurso de Revista.

A Douta PROFAZ manifesta-se nos autos através do Parecer à fl. 106, destacando que o recorrente “embora se refira a diversas Resoluções deste Conselho para tentar ver seu Recurso de Revista conhecido, não vai lograr êxito pois no nosso entendimento 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, isto é o que tem a considerar em relação aos créditos relativos a energia elétrica. Em relação ao outro item da autuação que se refere a não ter feito a proporcionalidade para as entradas de mercadorias isentas com as saídas tributadas, nada anexa como Decisão paradigma, logo impossibilitada está a nossa análise” Opina pelo Não Conhecimento do presente Recurso.

VOTO

A análise comparativa entre as Decisões apresentadas como paradigmas e a Recorrida nos leva ao entendimento da imprestabilidade das mesmas para atender o requisito de admissibilidade exigido para o conhecimento do Recurso de Revista.

Não há nas referidas Decisões divergência sobre idêntica questão jurídica manifestada por Câmara de Julgamento Fiscal ou por esta Câmara Superior.

A constatação deste fato se dá 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 outra 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.

Desta forma 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. Nesta mesma linha observamos que em relação as aquisições de serviços de comunicações não foram apresentadas Decisões Paradigmas.

Voto portanto de acordo com o opinativo da PROFAZ e, com fundamento no art. 146-A, inciso III, do COTEB, no sentido do 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 298574.2122/01-5, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.567,17**, 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”, 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, José Raimundo F. Santos, Verbena Matos Araújo e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ