

PROCESSO - A.I. Nº 180462.0011/01-6
RECORRENTE - BOMPREGO BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 0228-12/02
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 30/10/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0154-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTENCIA 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 interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0228-12/02 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que, em Decisão por maioria, Negou Provimento ao Recurso Voluntário apresentado anteriormente, mantendo-se inalterada a Decisão de 1ª Instância administrativa.

O Acórdão pertinente a Decisão recorrida traz em seu bojo a Ementa abaixo :

“EMENTA : ICMS. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO A MAIS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A lei veda 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”.**

O Auto de Infração, lavrado para exigir pagamento do ICMS na quantia de R\$9.416,53, apurou às infrações abaixo, com repercussão no ICMS:

1. “Utilizou a mais 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”.

Em Decisão por maioria, a 2ª CJF manteve o julgamento levado a efeito pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal. Para tanto foram proferidos os Votos abaixo destacados:

“VOTO VENCIDO : Inicialmente há que se analisar a questão levantada pela Empresa quanto à intempestividade da Informação Fiscal prestada pelo autuante. Realmente o artigo 127 do RPAF diz que o prazo que o autuante dispõe, para prestar a Informação Fiscal, é de 20 dias contados da apresentação da Defesa e o autuante apresentou sua informação após decorrido o prazo regulamentar. No entanto esse descumprimento não traz consequências ao julgamento do processo, como consta do artigo 128 do mesmo RPAF. Não há, no referido diploma legal, norma que exija o desentranhamento, do processo, da Informação Fiscal, por intempestividade da mesma.

Quanto ao mérito, sempre entendi que a Lei nº 4.825/89, e posteriormente a Lei nº 7.014/96, deram, aos contribuintes, o direito ao crédito relativo ao imposto incidente, tanto sobre a energia elétrica quanto aos serviços de comunicação. A atitude da Secretaria da Fazenda de possibilitar o uso, como crédito, do imposto incidente sobre energia elétrica, a partir de 1993, limitando-o a 50% e o imposto incidente sobre comunicações, posteriormente, me parece, prejudicou os contribuintes pois a Lei nº 4.825/89 permitia, como já disse, através dos seus artigos 2º, VI; 10º, parágrafo 1º, VIII; 11; 13, III; 49, parágrafo 3º, e, artigos 2º, X; 10º, parágrafo 1º, II, VIII; 11; 49,V; 49, parágrafo 3º; 51, IV, o uso, como crédito, do imposto incidente sobre a energia elétrica e sobre as comunicações. Do mesmo modo, a Lei nº 7.014/96, permite o crédito, tanto do imposto incidente sobre a energia elétrica, quanto ao do incidente sobre comunicações, como se pode verificar do contido nos artigos 2º, parágrafo 2º; 5º, IV; 8º, III; 29; 29, ”b”, relativos à energia elétrica e nos artigos 1º, III; 2º, VII; 5º, III; 29 e 29, ”c”, relativos às comunicações. Sendo assim, pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração é IMPROCEDENTE”.

“VOTO VENCEDOR : *Discordo do voto do Ilustre Relator que entendeu Provido o Recurso e julgou Improcedente o Auto de Infração.*

Quanto ao mérito, o cerne da demanda resulta da utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica e à aquisição de serviço de comunicação, sendo que referente à energia elétrica não foi feita a proporcionalidade ao utilizar o crédito fiscal, concernente às mercadorias isentas.

Tendo o contribuinte procedido em colisão ao Regulamento do ICMS que no art. 97, inciso III, veda o crédito relativo às entradas cujas saídas não estejam tributadas ou estejam isentas do imposto, e na hipótese de utilizar o crédito das mercadorias, inclusive os serviços a elas relacionados forem objeto de saída não sujeita ao ICMS, por isenção, não incidência ou imunidade, sendo essa circunstância imprevisível à data da entrada, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito (art. 99, V, do RICMS/89 e art. 93, § 1º, do RICMS/96).

Quanto ao crédito utilizado referente a comunicação, à época do fato gerador, a legislação estadual vedava a utilização do crédito pelos estabelecimentos comerciais quando estes serviços não estivessem vinculados a operações de comercialização tributadas, conforme dispõe o parágrafo único, do art. 97, do RICMS/89.

Somente com RICMS/96 (Dec. nº 5.444/96) que entrou em vigor em 1º de julho de 1996, no § 9º, inciso I, art. 93, estabeleceu-se o percentual de 50% do serviço de comunicação, verbis:

Art. 93 – Constitui (...)

(...)

§ 9º – Para os efeitos do inciso II deste artigo, quando não for possível mensurar, com precisão, o serviço de comunicação utilizado ou a quantidade de energia elétrica consumida, efetivamente vinculados a operações ou prestações seguintes da mesma natureza, tributados pelo imposto ou a operações de comercialização tributadas, ou a processos de extração, geração ou industrialização dos quais resultem saídas tributadas, o contribuinte poderá apropriar-se do valor resultante da aplicação, sobre o valor do imposto destacado no documento fiscal, dos seguintes percentuais:

Inciso I – serviço de comunicação: 50%.

Deste modo, considero que não assiste razão ao recorrente quando argüi que não foi observado o princípio da não cumulatividade do ICMS e por isso entende que toda entrada independente de sua destinação enseja o creditamento, e que aí estariam inseridas as aquisições de energia elétrica e comunicação.

Acerca da argüição de inconstitucionalidade da legislação, não se trata de matéria da competência deste órgão de julgamento conforme dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto às infrações 3 e 4 que também resultam da glosa dos créditos por não ter o contribuinte adotado a regra da proporcionalidade de utilizar o crédito, em razão das isentas quanto ao serviço de comunicação, conforme dispõe o art. 93, inciso II, e, § 9º, inciso I e II, do RICMS/96, do mesmo modo, não logra êxito os argumentos do recorrente que se insurge quanto a limitação de 50% (cinquenta por cento) do valor pago do ICMS.

Por todo o exposto, mantenho a Decisão Recorrida e em consonância com o Parecer da PROFAZ voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso”.

Inconformado com o julgamento acima o sujeito passivo ingressou com Recurso de Revista onde, após destacar as infrações indicadas na autuação, pondera 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, elencada 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 nº 0128/01 (Auto de Infração nº 02278045/96) e JJF nº 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 conseqüente Conhecimento e Acolhimento do presente Recurso de Revista.

A Douta PROFABZ manifesta-se nos autos através do Parecer às fls. 102 a 104, destacando que da análise do Recurso de revista, em vistas à sua admissibilidade, verificou que a exceção da Decisão proferida no Auto de Infração nº 0260797976, as demais decisões apresentadas são emanadas de Junta de Julgamento, pelo que não devem ser apreciadas.

No que concerne a Decisão proferida no Auto de Infração nº 0260797976 observa que a mesma não guarda identidade jurídica com a Decisão Recorrida, já que, a Decisão trazida em paradigma refere-se a utilização de crédito fiscal relativos a produtos intermediários enquanto que a Decisão recorrida versa sobre a utilização a maior e indevida de crédito referente a serviço de comunicação.

Para fundamentar seu opinativo transcreve o art. 169, II, “a”, e menciona o art. 173, III, ambos do RPAF/99, concluindo que, pela inteligência dos dispositivos mencionados, exige-se para a admissibilidade do Recurso de revista não apenas a indicação da Decisão paradigma, mas, também, a expressa demonstração pelo recorrente do nexu identificador entre a Decisão paradigma e a Decisão Recorrida.

Por considerar que o recorrente não preencheu os requisitos legais exigidos para admissibilidade do Recurso de Revista, opina pelo seu Não Conhecimento.

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 mais 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 veda 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.

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 nº180462.0011/01-6 , lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.416,53**, 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 Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Raimundo F. Santos, Verbena Matos Araújo e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ