



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.248 - GO (2008/0255515-1)

RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : SUPERMERCADO MOREIRA LTDA
ADVOGADO : DANIEL PUGA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : GLAUCO HENRIQUE DE FREITAS E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. PRETENSÃO DE CREDITAMENTO DE VALORES INCIDENTES SOBRE A CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA DE EMPRESA CONFIGURADA COMO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). IMPOSSIBILIDADE. ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO INSUMO NO CASO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. A orientação firmada nesta Corte de Justiça é no sentido de que somente a partir da entrada em vigor da Lei Complementar 87/96 ficou autorizado o creditamento relativo a bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento comercial. Anteriormente à edição da referida norma, as regras relativas à compensação de créditos referentes ao ICMS estavam dispostas no Convênio ICMS 66/88, que expressamente vedava tal creditamento.

2. Por outro lado, o § 1º do art. 20 da Lei Complementar 87/96 restringiu expressamente as hipóteses de creditamento do ICMS à entrada de mercadorias que façam parte da atividade precípua do estabelecimento.

3. Com relação aos valores de ICMS pagos na conta de energia elétrica, esta Corte tem entendido que não há possibilidade de seu creditamento por parte de estabelecimento comercial, em virtude de não se poder considerar o uso daquela como insumo nesses casos.

4. Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRA DENISE ARRUDA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.248 - GO (2008/0255515-1)

RELATORA : MINISTRA DENISE ARRUDA
RECORRENTE : SUPERMERCADO MOREIRA LTDA
ADVOGADO : DANIEL PUGA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : GLAUCO HENRIQUE DE FREITAS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança, interposto com fundamento no art. 539, II, *a*, do CPC, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado:

"AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU DE PLANO A PETIÇÃO INICIAL E, JULGOU EXTINTO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO. 1. Se a parte agravante não demonstra nenhum fato novo ou argumentação suficiente para acarretar a modificação da linha de raciocínio adotada na decisão monocrática, impõe-se o improvimento do agravo regimental, porquanto, interposto à míngua de elemento novo capaz de desconstituir o decisum que indeferiu de plano a petição inicial, extinguindo o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 8º, primeira parte, da lei nº. 1.533/51, bem assim dos artigos 205, III e 267, I, ambos do CPC. 2. Agravo regimental conhecido e improvido" (fl. 130)

Em suas razões, a recorrente informa que impetrou mandado de segurança preventivo a fim de ver declarado seu direito ao creditamento de valores pagos a título de ICMS nas faturas de energia elétrica, para fins de utilização dentro da sistemática da não cumulatividade.

Alega, em síntese, que: (a) o acórdão recorrido partiu de premissa equivocada ao considerar que, sendo a recorrente uma empresa varejista de grande porte, não se poderia considerar como insumo a energia elétrica por ela utilizada; (b) "a agravante, como sabido, depende de energia elétrica para vender seus gêneros alimentícios" (fl. 138); (c) "(...) para que as empresas, tais quais a impetrante, realizem seu fim precípua, o de venda de alimentos a varejo, há de se realizar atividades de resfriamento de carne e panificação para venda direta ao consumidor" (fl. 140); (d) a eventual aplicação do art. 7º da LC 102/2000, no presente caso, revela ofensa aos princípios da anterioridade e da irretroatividade tributária.

Requer, ao final, o provimento do recurso, a fim de que seja concedida a segurança pleiteada, reconhecendo-se o direito líquido e certo de ver declarado seu direito a creditar-se dos valores de ICMS embutidos na conta de energia elétrica, em virtude do princípio da não cumulatividade.

Contrarrazões às fls. 158-160.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 171-175).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 28.248 - GO (2008/0255515-1)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA (Relatora):

Passa-se à análise da pretensão recursal.

De início, cabe consignar que a orientação firmada nesta Corte de Justiça é no sentido de que somente a partir da entrada em vigor da Lei Complementar 87/96 ficou autorizado o creditamento relativo a bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento comercial. Anteriormente à edição da referida norma, as regras relativas à compensação de créditos referentes ao ICMS estavam dispostas no Convênio ICMS 66/88, que expressamente vedava tal creditamento.

Seguindo esse entendimento, podem ser mencionados os seguintes precedentes das duas Turmas integrantes da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECISÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES REFORMADA PELO SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA. CREDITAMENTO NA ENTRADA DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO E BENS DO ATIVO FIXO.

(...)

3. O direito ao creditamento do ICMS advindo da aquisição de bens que compõem o ativo imobilizado, bem como daqueles que se destinam ao uso e consumo, foi reconhecido apenas com a vigência da LC 87/96, que alterou o regramento engendrado pelo Convênio ICMS n.º 66/88 - vigente à época dos fatos e da lavratura do auto de infração -, que previa, especificamente, as hipóteses em que não haveria o creditamento do ICMS para futura compensação:

'Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

I - a operação ou a prestação beneficiada por isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

II - a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento;

III - a entrada de mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial, não sejam nele consumidos ou não integrem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição;'

(...)

5. In casu, consoante assentado no aresto recorrido, os bens cuja aquisição, segundo a recorrente, ensejariam o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS, não obstante o natural desgaste advindo do seu uso, não consubstanciam matéria-prima ou insumo a ser utilizado no processo de industrialização. Ao revés, integram o ativo fixo da empresa e fazem parte das várias etapas do processo de industrialização, sendo que sua substituição periódica decorre da própria atividade industrial, matéria insindicável pela Súmula 7/STJ.

(...)

7. Recurso Especial desprovido.” (REsp 799.724/RJ, 1ª Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luiz Fux, DJ de 9.4.2007)

“TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BENS DESTINADOS AO USO, AO CONSUMO E AO ATIVO PERMANENTE. CREDITAMENTO. PERÍODO ANTERIOR À LC N.º 87/96. INVIABILIDADE. AFASTAMENTO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LC N.º 102/00 PARA OS CRÉDITOS GERADOS APÓS A LC N.º 87/96. DESCABIMENTO. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O direito ao aproveitamento dos créditos extemporâneos de ICMS, decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo ou ao ativo permanente, só surgiu com o advento da Lei Complementar n.º 87/96 (Lei Kandir), sendo, até então, vedado por força do Convênio ICMS n.º 66/88. Precedentes.

(...)

3. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (RMS 20.720/ES, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 1º.3.2007)

Nesse contexto, destaca-se que o § 1º do art. 20 da Lei Complementar 87/96 restringiu expressamente as hipóteses de creditamento do ICMS à entrada de mercadorias que sejam empregadas na consecução da atividade precípua do estabelecimento. Segundo o mencionado dispositivo, tem-se:

“§ 1º: Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.”

Relativamente aos tipos de mercadorias e/ou serviços passíveis de serem enquadrados na enunciação normativa acima transcrita, a Segunda Turma desta Corte, no julgamento do RMS 19.176/SC (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.9.2005), pronunciou-se no sentido de que:

“A LC 102/2000, ao introduzir alterações na LC 87/96, estabeleceu as restrições seguintes:

a) o contribuinte podia aproveitar o crédito do ICMS pelas aquisições para o ativo permanente, integralmente e de imediato; mas o aproveitamento passou a dar-se ao longo de 48 meses;

b) em relação à energia elétrica, o aproveitamento do ICMS dava-se quando a energia fosse utilizada no processo de industrialização, visto que tal restrição já estava explicitada antes da LC 87/96, pelo Convênio 66/88, art. 31. Não houve alteração substancial restritiva para o consumidor com a nova redação dada ao art. 33 da referida lei complementar. O novo dispositivo apenas deixou mais explicitadas as hipóteses, ou seja:

1) quando fosse objeto de operação de saída a própria energia elétrica, o que não se aplica à espécie em julgamento;

2) igual à hipótese antecedente, ou seja, quando fosse consumida no processo de industrialização. Apenas houve mudança de nomenclatura pois o legislador, no inciso III do art. 31 do Convênio 66/88, usou a expressão 'UTILIZADOS NO PROCESSO INDUSTRIAL';



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c) em relação aos serviços de telecomunicações, de igual forma, não houve alteração a partir da LC 87/96, porque o Convênio 66/88, no mesmo art. 31 deixou consignado que o creditamento só poderia ser feito pelos estabelecimentos que prestassem os mesmos serviços.

Assim sendo, conclui-se que a inovação substancialmente efetiva foi o aproveitamento escalonado em 48 meses, porque as alterações apontadas pela empresa já estavam contempladas anteriormente." (grifou-se)

Diante desse entendimento, salienta-se, por oportuno, a explanação de Oswaldo O. Pontes de Saraiva Filho:

"(...) a energia elétrica é uma mercadoria indispensável na fabricação de produtos industrializados, e se entende que se incorpora fisicamente ao produto, o que torna lícita a opção do legislador complementar de permitir a utilização do crédito nesses casos.

Já os estabelecimentos comerciais utilizam tanto a energia elétrica como os serviços e comunicação, como consumidores finais, logo não se trata de insumos aos produtos revendidos. Somente no processo industrial é que se utiliza energia elétrica como insumo.

Com efeito, as empresas comerciais utilizam a energia elétrica na qualidade consumidores finais, e não como insumo aplicado no processo de produção, motivo pelo qual, anteriormente, não tinham direito ao creditamento do imposto pago pela entrada dessa energia elétrica em seus estabelecimentos, inexistindo, pois, ofensa ao princípio da não-cumulatividade, como vinha se pacificando a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal" (O Princípio da Não-Cumulatividade. Ives Gandra da Silva Martins (coordenador). São Paulo: Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, 2004, p. 469; grifou-se)

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"TRIBUTÁRIO - ICMS - COMPENSAÇÃO DO ICMS DAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO: PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE - INAPLICABILIDADE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO CIVIL VISANDO REDUÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA.

1. A utilização de energia elétrica e serviços de telecomunicação por empresa comercial não podem ser tratadas como insumos para efeito de compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes.

2. Previsão expressa do não creditamento (incisos II e IV do art. 31 do Convênio 66/88), ratificado no artigo 20, § 1º, da Lei Complementar 87/96.

3. Inaplicabilidade de dispositivos do Código Civil visando redução de multa decorrente do cometimento de infração formal, no âmbito do direito administrativo.

4. Recurso especial improvido." (REsp 518.656/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31.5.2004; grifou-se)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 07 E 83/STJ. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 1. Inviável a compensação do ICMS relativo à energia elétrica utilizada por estabelecimento comercial, visto que não se caracteriza como insumo.**
2. Súmula n.º 07/STJ: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial'.
3. Súmula n.º 83/STJ: 'Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'.
4. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 623.105/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.3.2005; grifou-se)

"TRIBUTÁRIO – ICMS – AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO – SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES – CREDITAMENTO.

1. Segundo a jurisprudência do STJ, o ICMS incidente sobre as contas de energia elétrica e serviços de telecomunicações não podia ser creditado como espécie de insumo, quando utilizados em empresa com atividade de mero comércio segundo o DL 406/68 e o Convênio 66/88.
2. **Com o advento da LC 87/96, a proibição se estendeu às hipóteses em que esses serviços (energia elétrica e telecomunicações) não são utilizados na atividade precípua do estabelecimento.**
3. **A LC 102/2000 não alterou substancialmente a restrição, explicitando apenas que o creditamento somente se daria quando a energia elétrica fosse consumida no processo de industrialização ou quando fosse o objeto da operação.**
4. No que diz respeito ao aproveitamento de crédito do ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao ativo fixo, inovou a LC 102/2000, ao permiti-lo escalonadamente, em 48 meses. Inexiste óbice em escalonar o legislador ordinário a outorga de um crédito concedido sob a rubrica da isenção.
5. Recurso ordinário improvido." (RMS 19.176/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.9.2005; grifou-se)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO NA ENTRADA DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO DE EXECUÇÃO E EMBARGOS. POSSIBILIDADE.

Omissis.

2. O § 1º, do artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96, restringiu expressamente as hipóteses de creditamento do ICMS à entrada de mercadorias que façam parte da atividade do estabelecimento. Dessas limitações legais decorre, por imperativo lógico, que a utilização de supostos créditos não é ilimitada, tampouco é do exclusivo alvedrio do contribuinte.
3. In casu, o acórdão recorrido asseverou o direito ao aproveitamento dos créditos relativos à entrada de bens destinados ao ativo fixo da empresa, posteriormente à vigência da LC 87/96, à vista, vale dizer, sem o parcelamento previsto nos incisos do art. 1º da LC 102/00, uma vez que essa lei complementar passou a vigor a partir de 11/07/00. Todavia, não analisou a questão sob o prisma da necessidade de utilização das mercadorias ou serviços adquiridos na atividade do estabelecimento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condicionamento imperioso ao exercício do aproveitamento desses créditos, negando vigência, portanto, ao art. 20, § 1º, da LC 87/96.

4. A dupla condenação em honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor é possível, posto que os embargos constituem verdadeira ação de cognição. (Precedente da Corte Especial - EREsp 81755, DJ de 02/04/2001).

5. Recurso Especial provido, fixando-se os honorários advocatícios relativos aos embargos à execução em 0,5% do valor da causa, dada a sua magnitude, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC." (REsp 885.018/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 22.10.2007)

Na hipótese em análise, tratando-se a recorrente de um estabelecimento comercial (supermercado), não há como conceber a qualidade de insumo ao uso da energia elétrica, por não constituir elemento que se agrega na produção de mercadoria/serviço, em virtude da natureza da própria atividade-fim desenvolvida pela empresa.

Diante do exposto, deve ser negado provimento ao recurso ordinário, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0255515-1

RMS 28248 / GO

Números Origem: 148208 200603491183

PAUTA: 17/12/2009

JULGADO: 17/12/2009

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DENISE ARRUDA**

Presidenta da Sessão

Exma. Sra. Ministra DENISE ARRUDA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SUPERMERCADO MOREIRA LTDA

ADVOGADO : DANIEL PUGA E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DE GOIÁS

PROCURADOR : GLAUCO HENRIQUE DE FREITAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2009

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária