



Energia não pode ser usada para compensar ICMS

23/02/2007

Comércio não tem direito de compensar créditos de ICMS proveniente das aquisições de bens de uso e consumo, energia elétrica e serviços de telecomunicações. O entendimento é da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma acolheu recurso da Fazenda Pública do Distrito Federal e anulou a decisão do Tribunal de Justiça, que favoreceu o Carrefour Comércio e Indústria.

O hipermercado entrou com pedido de Mandado de Segurança para compensar os créditos de ICMS relativos à aquisição de bens de uso e consumo, energia elétrica e serviços de telecomunicações, com correção monetária e juros, além de proibir a Fazenda de estornar os créditos já usados.

A primeira instância acolheu parte do pedido para assegurar o direito à compensação dos créditos, no período de junho de 1996 a junho de 2001, com correção monetária pelo Índice Nacional de Preço ao Consumidor (INPC).

Tanto o Carrefour quanto o fisco apelaram. Em segunda instância, a apelação da empresa foi negada. Já o recurso da Fazenda foi parcialmente aceito. O entendimento foi o de que, com a criação da “Lei Kandir”, ampliou-se o rol dos créditos compensáveis, permitindo a compensação, sem qualquer restrição, dos créditos relacionados aos serviços de energia, comunicação e à aquisição dos bens de consumo interno.

A Fazenda recorreu ao STJ. Alegou que, ao decidir pela possibilidade da compensação de créditos de ICMS, o Tribunal de Justiça contrariou o artigo da Lei Complementar 87/96. De acordo com a lei, “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”.

O ministro Luiz Fux, relator, destacou que o STJ já entendeu não ser possível considerar a energia elétrica e os insumos de telecomunicações para fins de aproveitamento de crédito gerado pela sua aquisição.

“O parágrafo 1º do artigo 20 da Lei Complementar 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”, explicou.

O ministro destacou, ainda, que os bens de uso e consumo interno que entraram no estabelecimento da empresa têm natureza extremamente abrangente, não estando diretamente vinculadas à sua atividade-fim, conforme o acórdão do TJ.

REsp 782.074

**Leia a decisão****RECURSO ESPECIAL Nº 782.074 - DF (2005/0153135-0)****RELATOR: MINISTRO LUIZ FUX**

RECORRENTE: DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR: TIAGO STREIT FONTANA E OUTROS

RECORRIDO: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

ADVOGADO: ANDRÉ PUPPIN MACEDO E OUTROS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO NA ENTRADA DE BENS DESTINADOS AO USO E CONSUMO, SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A energia elétrica e os serviços de telecomunicações não podem ser considerados como insumo, para fins de aproveitamento de crédito gerado pela sua aquisição. (Precedentes: **REsp n.º 638.745/SC**, deste Relator, DJ de 26/09/2005; **RMS 19176/SC**, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14/06/2005; **AgRg no AG n.º 623.105/RJ**, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21/03/2005; e **REsp n.º 518.656/RS**, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31/05/2004).

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*, os bens de uso e consumo interno que entraram nos estabelecimentos das empresas recorridas têm natureza extremamente abrangente, não estando diretamente vinculadas à sua atividade fim, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido.

4. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José Delgado e Francisco Falcão.

Assistiu ao julgamento o Dr. TIAGO STREIT FONTANA pela parte recorrente: DISTRITO FEDERAL.

Brasília, 07 de dezembro de 2006.

MINISTRO LUIZ FUX

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pela FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Carta Maior, em face do acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, sob a alegação de ofensa aos arts. 535, do CPC; 19 e 20, *caput* e § 1º, da LC 87/96; 111, do CTN; e 7º, da LC 102/00. Apontou a existência de dissídio jurisprudencial.

Noticiam os autos que Carrefour Comércio e Indústria Ltda. e Supermercados Planaltão S.A impetraram mandado de segurança, objetivando o reconhecimento do direito à compensação de créditos de ICMS advindos das aquisições de bens de uso e consumo, energia elétrica e serviços de telecomunicações, com correção monetária e juros, bem assim a determinação de abstenção, pela impetrada, de proceder ao estorno dos créditos extemporâneos.

O juízo singular concedeu parcialmente a segurança, assegurando -lhes o direito à compensação dos créditos provenientes da aquisição de bens destinados à composição do ativo fixo, no período de junho/96 a junho/01, com correção monetária pelo INPC.

A Segunda Turma Cível do TJ/DFT, por unanimidade, negou provimento ao recurso do autor e deu parcial provimento ao recurso da Fazenda e à remessa oficial, em aresto que restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. BENS DE CONSUMO INTERNO E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA. COMPENSAÇÃO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ART. 166, DO CTN. CORREÇÃO MONETÁRIA. ATIVIDADE COMERCIAL. HISTÓRICO LEGISLATIVO.

Primeiramente, sob a égide do convênio 66/88, que vigorou de 1º/01/89 até 31/10/96, a compensação pelo ICMS relativo ao uso de telefonia, energia e aquisição de bens de consumo interno era permitida, excepcionalmente, desde que efetivamente comprovados pelo contribuinte que esses serviços foram utilizados a benefício da produção ou comercialização (art. 31, inc. IV). Na hipótese, deixaram os impetrantes de demonstrar, nesse período, que tais produtos e serviços foram utilizados em seus estabelecimentos para a comercialização de suas mercadorias, razão pela qual não lhes assiste o direito ao crédito compensável nesse lapso temporal. Com o advento da "lei Kandir", que teve vigência no período compreendido entre 1º/11/96 a 31/12/2000, ampliou-se o rol dos créditos compensáveis, permitindo em regra, ao contrário do Convênio 66/88, a compensação, sem qualquer restrição, dos créditos relacionados aos serviços de energia, comunicação, e à aquisição dos bens de consumo interno. Nesse período, não há como se negar aos impetrantes o direito à compensação dos créditos de ICMS pagos pelos bens e serviços utilizados em seus estabelecimentos comerciais. Editada a LC 102/2000, que trouxe significativas alterações ao regramento contido na "Lei Kandir", tem-se a restrição aos produtos e serviços objeto do feito, ocasião em que os impetrantes deixaram de fazer jus ao direito de compensação desses créditos, já que não se enquadram nas hipóteses permitidas. Respeitado o princípio da anterioridade, essas alterações passaram a ter eficácia a partir de 1º/01/2001, tendo, também, ressalvado o direito dos autores de proceder à compensação de seus créditos de ICMS relativos aos serviços de comunicação a partir de 1º/01/2003. Entretanto, com a edição da LC 114, em 16 de dezembro de 2002, que também

trouxe novas alterações, esse direito restou postergado para 1º/01/2007. Diante da nova disposição, tem-se como dies ad quem para os autores exercerem seu direito de crédito compensável em relação aos serviços de energia e telefonia, bem como aos bens de consumo interno, 31/12/2000, devendo-se aguardar até a nova data estipulada para novamente fazer jus ao crédito compensável nessa seara. Limitando-se o pedido deduzido pelos impetrantes ao reconhecimento do respectivo direito ao aproveitamento integral dos créditos relativos ao ICMS pago em virtude da entrada, em seus estabelecimentos, dos bens e serviços objeto da presente ação, não formulando pleito relativo à devolução dos valores indevidamente pagos, resta de todo afastada a aplicação do art. 166, do CTN. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, na esteira dos precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal, vem posicionando-se no sentido de que não incide correção monetária sobre créditos escriturais, já que os mesmos constituem mera técnica contábil para a equação entre créditos e débitos.

Foram opostos embargos declaratórios pela Fazenda, visando sanar omissão e contradição no tocante ao art. 20, § 1º, da LC 87/96 e ao art 111, do CTN. Os embargos restaram rejeitados por unanimidade.

Irresignada com o teor do *decisum*, a Fazenda do Distrito Federal interpôs o presente recurso especial, sustentando, em síntese, que:

a) ao decidir pela possibilidade de compensação dos créditos de ICMS advindos da aquisição de serviços de telecomunicação, bens de uso e consumo, e energia elétrica – estes últimos por interpretação extensiva (violando o art. 11, do CTN) -, sem qualquer restrição, durante o período de 1º/1/96 a 31/12/2000, o acórdão recorrido contrariou o § 1º, do art. 20, da LC 87/96, que estatui que, *verbis*:

"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".

b) as empresas recorridas não prestariam serviços de comunicação e não produziram energia elétrica, bem como não comprovaram que os bens de uso e consumo adquiridos foram utilizados no exercício de sua atividade empresarial;

c) ao entender que a LC 102/00 não entraria em vigor na data estipulada em seu art. 7º (1º/08/00), mas apenas em 1º/1/01, em observância ao princípio da anterioridade tributária, o

aresto objurgado teria contrariado o referido dispositivo.

Ao final, requereu a reforma do julgado, para que fosse denegada a segurança ou, alternativamente, fosse determinada a produção de efeitos pela LC 102/00 a partir de 1º/08/00.

Foram apresentadas contra-razões ao apelo nobre, que, em exame prévio de admissibilidade, recebeu crivo positivo.

Foi interposto recurso extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, tendo em vista o devido prequestionamento da matéria federal suscitada, bem assim a comprovação do dissídio jurisprudencial, nos moldes requeridos pelo RISTJ, impõe-se o conhecimento do recurso especial.

Deveras, assiste razão à recorrente.

No tocante ao creditamento de valores provenientes da aquisição de energia elétrica e de serviços de telecomunicação, o Superior Tribunal de Justiça, apreciando questão análoga, entendeu não ser possível considera-los como insumo, para fins de aproveitamento de crédito gerado pela sua aquisição. A propósito, confirmam-se:

"TRIBUTÁRIO. IPI. NÃO-CUMULATIVIDADE. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS GERADOS COM AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A energia elétrica não pode ser considerada como insumo, para fins de aproveitamento de crédito gerado pela sua aquisição, a ser descontado do montante devido na operação de saída do produto industrializado. Precedentes: RESP 518.656-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31.05.2004; AgRg no AG 623105-RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ

de 21.03.2005; RESP 482.435-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 04.08.2003.

2. Ambos os impostos, ICMS e IPI são informados pelo princípio da não-cumulatividade, sendo-lhes aplicável regramento semelhante, nesse particular. Aplicação do brocardo *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*.

3. Recurso Especial desprovido." (REsp n.º 638.745/SC, Primeira Turma, deste Relator, DJ de 26/09/2005)

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 19176/SC , 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14/06/2005)

"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 n.º 518.656/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 31/05/2004)

No que tange aos créditos de ICMS advindos da entrada de bens de uso e consumo do estabelecimento, a LC n.º 87/96, ao possibilitar o seu aproveitamento, alterou o regramento engendrado pelo Convênio ICMS n.º 66/88, assim dispondo:

"Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso e consumo ou ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

§ 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."

Como visto, 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.

In casu, os bens de uso e consumo interno que entraram nos estabelecimentos das empresas recorridas têm natureza extremamente abrangente, não estando diretamente vinculadas à sua atividade fim, como bem assentado no voto condutor do aresto recorrido (fl. 1419), *verbis*:

"Quanto aos bens de uso e consumo interno adquiridos pelos impetrantes, observa-se que são os mesmos de natureza extremamente variada, abrangendo desde combustível, material elétrico, de marcenaria e construção, até produtos de limpeza, informática, papelaria e telefonia, o que autoriza concluir que, apesar de serem comumente empregados na manutenção das lojas dos impetrantes, certo é que, por sua natureza, só indiretamente contribuem para o exercício da atividade empresarial, não mantendo com a mesma uma vinculação direta, ao contrário de produtos como gôndolas, refrigeradores, caixas registradoras, computadores e balcões."

Perfilhando esse entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. CRÉDITO. ART. 20, § 1º DA LC Nº 87/96.

1. A recorrente deixou de cumprir as formalidades exigidas pelo artigo 541, parágrafo único, do Código de Ritos e 255 do RISTJ, no que concerne à comprovação do dissídio jurisprudencial.

2. Os equipamentos de informática não se constituem em matéria-prima, insumos ou máquinas que sejam utilizados no processo de industrialização e tampouco integram o produto final, o que afasta o direito ao creditamento do ICMS.



3. *Recurso especial improvido. (REsp 740285/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 2002/2006)*

TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. LC Nº 87/96.

1. *A compensação de créditos decorrentes de aquisição de bens destinados ao ativo permanente e para consumo necessita de autorização legal para que possa ser consumada.*

2. *O direito à compensação de créditos do ICMS há de ser reconhecido nos termos dos arts. 33 e 20, §§ 1º e 5º, da LC 87/96, em*

decorrência do disposto no inciso I do art. 146 da CF e art. 34, § 8º, do ADCT.

3. *O art. 31, II e III, do Convênio 66/88, editado em 14/12/88, aplicado à hipótese dos autos, fixa que “não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações e prestações” referentes “à entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento” e “à 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 à sua composição”.*

4. *Mandado de segurança denegado por inexistir direito líquido e certo a que o contribuinte de ICMS efetue a compensação de créditos cumulados do referido imposto através da emissão da nota fiscal de venda com ICMS destacado e a compensação nos livros fiscais, no caso da comercialização ocorrer no mercado interno, bem como mediante a transferência dos créditos acumulados para outros contribuintes dentro ou fora de Estado, por meio da emissão de nota fiscal. (RMS 19407/MT, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 01/08/2005)*

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO.

I A aquisição de insumos que, apesar de integrarem o processo de industrialização, não integram o produto final, tampouco são consumidos de forma imediata e integral, não geram direito ao creditamento do ICMS. Precedentes desta Corte.



II. Agravo regimental improvido" (AgRg no Ag 438.945/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 03.02.03).

Ex positis, **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial.

É o voto.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2007-fev-23/energia_ao_usada_compensar_icms/