

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 915.978 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : VIVO S/A
ADV.(A/S) : SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO E
OUTRO(A/S)
RECTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECDO.(A/S) : OS MESMOS

Decisão: Trata-se recurso extraordinário com agravo interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa reproduz-se a seguir:

“ICMS – DIREITO DE APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – ENERGIA ELÉTRICA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – TELECOMUNICAÇÕES – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – DESACOLHIMENTO MANTIDO.

Não há respaldo legal no contexto correspondente de reconhecimento do direito de creditamento do valor concernente ao ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de telecomunicação, ou ainda bens destinados ao próprio estabelecimento.

Recurso negado.” (eDOC. 8, p. 1-4)

No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se ofensa ao art. 155, §2º, I, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se o direito aos créditos tributários pela energia elétrica usada na prestação dos serviços de telecomunicação, a partir de interpretação do art. 33, II, “d”, da LC 87/96, conforme ao art. 155, §2º, I, da Constituição Federal.

A Presidência da Seção de Direito Público do TJSP inadmitiu o recurso com por entender que o exame da matéria é infraconstitucional.

Decido.

Inicialmente, verifico que o Tribunal de origem assim asseverou:

ARE 915978 / DF

“Outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal tem assentada posição a respeito, não reconhecendo o direito de creditamento do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviço de telecomunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso ou integração, no ativo fixo, do seu próprio estabelecimento (eDOC. 8, fl. 04)

Assim sendo, constata-se que o acórdão recorrido não divergiu da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual é inadmissível a manutenção do crédito do ICMS, decorrente das entradas de bens destinados ao consumo e ao ativo fixo, como bem definido na LC nº 87/96.

Confirmam-se, a propósito, as ementas dos seguintes precedentes: ARE 710026 ED/RS, da 1ª Turma, DJe 07.04.2015; AI 674.549-AgR/SP, da 2ª Turma, DJe 18.09.2012; e, RE 503877 AgR/MG, da 1ª Turma, DJe 01.06.2010, respectivamente:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO OU ATIVO FIXO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. BENEFÍCIO FISCAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. LEGISLADOR POSITIVO. VERIFICAÇÃO DA DESTINAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS PELO CONTRIBUINTE. INCURSIONAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 279 DO STF. LEGISLADOR POSITIVO. 1. Os embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, devem ser convertidos em agravo regimental, que é o recurso cabível, por força do princípio da fungibilidade. (Precedentes: Pet 4.837-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ de 14/3/2011; Rcl 11.022-ED, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ de 7/4/2011; AI 547.827-ED, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 9/3/2011; RE 546.525-ED,

ARE 915978 / DF

rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 5/4/2011). 2. A inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo não viola o princípio da não cumulatividade. De igual modo, não ofendem o princípio da não cumulatividade a modificação introduzida no art. 20, § 5º, da LC 87/96, e as alterações ocorridas no art. 33 da mencionada lei. 3. O Poder Judiciário não pode atuar na condição de legislador positivo, para, com base no princípio da isonomia, desconsiderar os limites objetivos e subjetivos estabelecidos na concessão de benefício fiscal, de sorte a alcançar contribuinte não contemplado na legislação aplicável, ou criar situação mais favorável ao contribuinte, a partir da combinação – legalmente não permitida – de normas infraconstitucionais. 4. A verificação da destinação de bens adquiridos, para fins de obtenção de crédito de ICMS, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos. Não se revela cognoscível, em sede de recurso extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursiamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo restringe-se à fundamentação vinculada de discussão eminentemente de direito, face ao óbice erigido pela Súmula nº 279/STF 5. In casu, o acórdão recorrido assentou: ‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E PNEUS POR FABRICANTE/REFENEDORAS/DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS. IMPOSSIBILIDADE. Os embargos de declaração devem ser acolhidos quando patente o equívoco no julgamento atacado, já evidenciado pelo STJ, que determinou a reanálise dos aclaratórios. Descabe o creditamento de ICMS relativamente a valores correspondentes à aquisição de combustíveis e pneus por fabricante/distribuidora/revendedora de bebidas, pois o transporte das mercadorias por frota própria

ARE 915978 / DF

não constitui a sua atividade fim, tampouco integrando o produto ofertado. Figura ela, no caso, como consumidora final daqueles bens, classificando-se-os como de uso e consumo próprio. Incidência da Lei Complementar nº 87/96, com as redações que lhe deram as Leis nºs 92/97, 99/99, 114/2002, 122/2005 e 138/2010. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, À UNANIMIDADE, COM MANUTENÇÃO, POR MAIORIA, DO DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO, POR OUTROS FUNDAMENTOS'. 6. Agravo regimental DESPROVIDO". (ARE-RG 710.026, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.04.2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A CRÉDITO DE IMPOSTO PAGO NO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA E NA UTILIZAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. JULGADO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."

(AI 674549 AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe 04.10.2012)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. OPERAÇÕES DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. AQUISIÇÕES DE PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS. CONSUMIDOR FINAL. DIREITO AO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A decisão agravada está de acordo com entendimento adotado por ambas as Turmas desta Corte, que consolidaram a

ARE 915978 / DF

jurisprudência no sentido de que não ofende o princípio da não cumulatividade a inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo. Precedentes. II - A aquisição de produtos intermediários aplicados no processo produtivo que não integram fisicamente o produto final não gera direito ao crédito de ICMS, uma vez que a adquirente, nesse caso, mostra-se como consumidora final. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.” (RE 503877 AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma,DJe 06.08.2010)

Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário, nos termos dos arts. 544, § 4º, II, “b”, CPC, e 21, §1º, RISTF.

Publique-se.

Brasília, 14 de outubro de 2015.

Ministro Edson Fachin

Relator

Documento assinado digitalmente