

VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APelação CÍVEL n.º 2008.001.22536

APELANTE: SUPERMERCADO ZONA CIEL

APELADO: FÉLIX MODOLO DE JANDIRA

RELATORA: DES. LETÍCIA SARDAS

ACÓRDÃO

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SUPERMERCADO. ENERGIA ELÉTRICA. SENTENÇA VINCULANTE. PRECEDENTES DA CORTE ESTADUAL.

1. Na forma do Convênio 66/88 e do inciso II, do art. 36, da Lei n.º 1.423/89, que adotou os mesmos princípios do convênio, considerando a energia elétrica como mercadoria para efeito de incidência do ICMS, estabeleceu-se que o princípio da não cumulatividade não implica crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes à entrada de mercadoria ou produto que, utilizado no processo industrial, que não seja nele consumido ou não integre o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.
2. ~~X~~ Se a energia elétrica é um insumo que se integra ao processo de industrialização, gera crédito. X
3. Os supermercados, a par das suas atividades meramente comerciais, também podem

exercer atividades tipicamente industriais, notadamente nas atividades de panificação e frigorífico, e neste caso, a energia elétrica, por ser elemento indispensável para o desenvolvimento desta atividade, de acordo com o constitucional princípio da não cumulatividade, gera direito ao crédito do ICMS.

4. Deye ser anulada a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para instauração da relação processual, colheita de provas e prosseguimento do feito até final sentença.
5. Provimento do recurso, prejudicada a preliminar."

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível n.º 2008.001.22536**, em que é **APELANTE: SUPER MERCADO ZONA SUL S/A** e **APELADO: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

ACORDAM os Desembargadores que integram a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por **unanimidade** de votos, em **dar** provimento ao apelo, restando prejudicada a preliminar.

Trata-se de Embargos à Execução pretendendo o embargante o cancelamento do crédito tributário decorrente da execução fiscal em apenso, cujo objeto é um crédito tributário constituído através de auto de infração, em razão de lançamento de crédito em seus livros fiscais de ICMS pago na aquisição da energia elétrica e serviços de comunicação.

A sentença de fls.35/40, com fulcro no art. 285-A Código de Processo Civil, julgou improcedente o pedido formulado nos autos dos embargos à execução, condenando o embargante nos ônus sucumbenciais.

Apelação às fls. 45/62, argüindo, preliminarmente a nulidade da sentença proferida com base no art. 285-A do CPC, por ferimento ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal; e no mérito, requer o provimento do apelo para que seja julgado procedente o pedido formulado na peça inaugural.

Contra-razões às 67/80, prestigiando o julgado.

O Ministério Público em primeiro grau de jurisdição se manifestou às fls. 82/86, opinando pelo desprovimento do recurso.

Em segundo grau de jurisdição, o Nobre Procurador de Justiça às fls. 90/93, concluiu pela inexistência de interesse público a justificar a intervenção ministerial.

É O RELATÓRIO

Ab initio, cumpre destacar que resta prejudicada a análise da preliminar de nulidade da sentença por ferimento aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, uma vez que a questão comporta a anulação da sentença, pela necessidade de instrução do feito, como adiante se expõe.

A hipótese em julgamento exige a análise do princípio da não cumulatividade, estabelecido constitucionalmente e que tem por finalidade a diminuição dos custos da produção, como um incentivo à maior produtividade e maior circulação de mercadorias.

Nestes autos, dois aspectos merecem destaque, para o confronto com o princípio da não cumulatividade: determinar se a energia elétrica se integra ao processo de industrialização e se os supermercados exercem atividades industriais.

Na forma do Convênio 66/88 e do inciso II, do art. 36, da Lei n.º 1.423/89, que adotou os mesmos princípios do convênio, considerando a energia elétrica como mercadoria para efeito de incidência do ICMS, estabeleceu-se que o princípio da não cumulatividade não implica crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes à entrada de mercadoria ou produto que, utilizado no processo industrial, não seja nele consumido ou não integre o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição.

Desta forma, se a energia elétrica é um insumo que se integra ao processo de industrialização, gera crédito, caso contrário, não gera qualquer direito ao crédito.

Necessária, neste momento, portanto, a análise da atividade exercida por supermercados, cuja atividade básica é meramente comercial.

O parágrafo único do art. 46, do Código Tributário Nacional, definindo a atividade industrial, dispôs que "... para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza, ou a finalidade, ou o aperfeiçoamento para o consumo."

Os supermercados, a par das suas atividades meramente comerciais, também podem exercer atividades tipicamente industriais, notadamente nas atividades de panificação e frigorífico, e neste caso, a energia elétrica, por ser elemento indispensável para o desenvolvimento desta atividade, de acordo com o constitucional princípio da não cumulatividade, gera direito ao crédito do ICMS.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ:

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SUPERMERCADO.

A atividade exercida pelo supermercado na panificação e no congelamento de alimentos é considerada industrial, a possibilitar o creditamento de ICMS referente à energia elétrica utilizada nesses processos. REsp 404.432-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 6/6/2002. Informativo nº 0137 Período: 3 a 7 de junho de 2002.

ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. TELECOMUNICAÇÃO. ATIVIDADE COMERCIAL.

Prosseguindo o julgamento, a Turma entendeu que, na hipótese, a energia elétrica e os serviços de telecomunicação utilizados na atividade exclusivamente comercial, sem que houvesse qualquer tipo de processo de industrialização, não podem ser objeto de creditamento de ICMS para compensação com as operações futuras de comercialização de mercadorias (art. 3º do DL n. 406/1968 e art. 31 do Convênio n. 66/1988). Precedente citado do STF: RE 149.922-SP, DJ 29/4/1994; do STJ: REsp 5.376-AM, DJ 9/5/1994; REsp 14.410-RJ, DJ 16/12/1991, e REsp 68.717-SP, DJ 11/12/1995. REsp 518.656-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 18/12/2003.

Os parágrafos anteriores resumem a posição desta Câmara e afastam a tese acolhida pelo Nobre julgador monocrático, de que os créditos referentes ao ICMS oriundos das contas de energia elétrica dos supermercados jamais devem ser aproveitados, por se tratarem de estabelecimentos tipicamente comerciais.

Imprescindível, portanto, a instauração da relação processual com posterior colheita de provas com o fito de comprovar a existência das alegadas atividades de industrialização que, ao menos em tese, geraria direito ao crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Destá forma, deve ser anulada a sentença, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para instauração da relação processual, colheita de provas e prosseguimento do feito até final sentença.

POR TAIS FUNDAMENTOS, prejudicada a preliminar, dá-se provimento ao recurso, para determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para instauração da relação processual com a citação, colheita de provas e prosseguindo do feito até final sentença.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2008.

DES. LETÍCIA SARDAS
RELATORA