



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.614 - RJ (2009/0072970-4)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
AGRAVANTE : SUPERMERCADO ZONA SUL S/A
ADVOGADO : JOSÉ OSWALDO CORREA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : LUIZ FERNANDO PODRIGUES DOS SANTOS E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CREDITAMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DA RESOLUÇÃO Nº 8/2008 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE TRATAM DOS RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA.

1. *"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."* (Súmula do STF, Enunciado nº 282).
2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.117.139/RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJe em 18/2/2010, submetido ao regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.672/2008), consolidou o entendimento firmado no EREsp nº 899.485/RS, da relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado no DJe em 15/9/2008, no sentido de que *"O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica 'no processo de industrialização' ou ter utilizado serviços de comunicação na 'execução de serviços da mesma natureza'."*
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Fux e Denise Arruda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de março de 2010 (Data do Julgamento).

Ministro *Hamilton Carvalho*, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.614 - RJ (2009/0072970-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto por Supermercado Zona Sul S/A, à incidência dos enunciados nºs 284, 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, e em que a análise de questão cujo deslinde reclama a apreciação de matéria de natureza constitucional é inviável no âmbito de cabimento do recurso especial.

Alega o agravante que:

"(...)

Obedecendo aos rigores preciosos da boa técnica jurídica, o legislador constituinte subordinou e atrelou o fornecimento da energia elétrica e de serviços de comunicação a um conceito específico e legal de mercadoria. Em síntese, passou-se por determinação expressa do Texto Constitucional vigente, a exigir-se a parcela do ICMS incidente sobre o valor correspondente e relativo ao custo do serviço de fornecimento de energia elétrica e dos serviços de comunicação às empresas consumidoras.

Todavia, vem sendo reiteradamente vedado à Embargante, de forma ilegal, abusiva, arbitrária e até mesmo inconstitucional o aproveitamento devido, merecido e constitucionalmente permitido do crédito do imposto aludido (ICMS) incluído nas suas contas correspondentes ao fornecimento de energia elétrica e serviços de comunicação, e, em evidente confrontação com o que se extrai do Princípio Constitucional da Não Cumulatividade do ICMS, contemplado este, à mais plena evidência, no artigo 155, parágrafo 2º, item I da Carta Fundamental.

Impõe-se esclarecer que a vedação ao crédito pertinente ao ICMS incidente nas constas de energia elétrica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e de serviços fere o Princípio da Não Cumulatividade, previsto no Artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal que assegura a compensação da importância devida a título de ICMS em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.

(...)

Se a Lei nº 2657/96 impede o crédito, ela deve ser considerada inconstitucional, pois o aproveitamento do crédito do ICMS incluído nas contas de fornecimento de energia elétrica e de serviços de comunicação é legítimo e não deve ser contestado.

(...)

É importante esclarecer que após o advento da LC 87/96, alterada pela LC 114/2002, com sua respectiva contrapartida estadual, vinda com a Lei 2657/96, reforçou-se a aplicação constitucional do Princípio da Não-Cumulatividade do imposto. Na verdade os referidos diplomas legais, admitem, inclusive, o crédito oriundo de entradas de mercadorias destinadas ao seu uso e consumo ou ativo permanente, porém, admitindo tal crédito somente a partir de 01/01/2007, o que é um total absurdo, pois a glosa de tais créditos constituem-se em restrição constitucional.

(...)

Por seu turno, é direito Constitucional da Agravante em ver o seu Recurso de Agravo de Instrumento conhecido por este Pretório através do seu Colegiado, não podendo a Agravante conformar-se com a decisão de natureza monocrática do Douto Desembargador Relator.

O r. despacho agravado, se fulcra em aspectos processuais aplicados com inflexibilidade que, data venia, deixa de atender ao verdadeiro espírito da lei processual e, principalmente à própria Constituição Federal que, em seu artigo 5º, inciso LV, assegura a todos os vitimados do arbítrio o direito ao exame de suas petições e requerimentos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive a nível recursal, como na espécie.

Data vênia, ao negar seguimento ao recurso negou-lhe, ainda direitos básicos de tutela constitucionais, a saber, o direito de petição, o direito à prestação jurisdicional e o direito à ampla defesa, estabelecidos nos incisos XXXIV, alínea 'a', XXXV e LV do artigo 5º da Lex fundamentalis.

(...)" (fls. 181/186).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.614 - RJ (2009/0072970-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, a insurgência especial está fundada na violação da Lei nº 2.657/96, da Lei Complementar nº 114/2002 e dos artigos 46, 74, parágrafo 1º, e 110, do Código Tributário Nacional, cujos termos são os seguintes:

"Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. 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 aperfeiçoe para o consumo."

"Art. 74. O imposto, de competência da União, sobre operações relativas a combustíveis, lubrificantes, energia elétrica e minerais do País tem como fato gerador:

(...)

§ 1º Para os efeitos deste imposto a energia elétrica considera-se produto industrializado."

"Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

São estes, por oportuno, os fundamentos do acórdão recorrido:

"(...)

Pretende a embargante o cancelamento do débito fiscal sustentando a possibilidade de creditamento de ICMS sobre a energia elétrica consumida, tendo em vista o princípio da não-cumulatividade.

A Lei Complementar 87/96, ao regulamentar o princípio da não-cumulatividade do ICMS inserto no artigo 155, § 2º, I, da C.F., estabeleceu expressamente que o contribuinte só terá direito à compensação de crédito pela entrada de energia elétrica quando esta for consumida no processo de industrialização, para tanto devendo ser esta atividade fim do estabelecimento. Outro não é o entendimento que se extrai dos seguintes dispositivos da mencionada lei complementar:

'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 ou consumo ou ao 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.'

'Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-à o seguinte:

I - ...

II – somente dará direito a crédito a entrada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de energia elétrica no estabelecimento:

a) ...

b) Quando consumida no processo de industrialização.'

*A interpretação que se firmou nos Tribunais Superiores é que **para o contribuinte ter direito ao creditamento do ICMS pela entrada de energia elétrica em seu estabelecimento, a energia deverá consistir em insumo básico à consecução da atividade fim de industrialização.***

(...)

Por tais fundamentos, NEGO provimento ao recurso, mantendo-se a sentença pelos seus próprios fundamentos." (fls. 83/85 - nossos os grifos).

De início, realizando-se o cotejo entre as normas contidas nos artigos 46, 74, parágrafo 1º, e 110, do Código Tributário Nacional, e os fundamentos do acórdão recorrido, verifica-se que os aludidos dispositivos legais efetivamente não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, nem embargos declaratórios para suprir-lhes a falta foram opostos.

À vista disso, inarredável a ausência do indispensável prequestionamento, o que inviabiliza o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõem os enunciados nºs 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **verbis**:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

"O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL FUNDADO NA ALÍNEA A DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ALEGAÇÃO DE PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO DOS ARTS. 283 E 284 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei apontados como violados no recurso especial atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

2. Na falta da emissão de juízo de valor em relação aos dispositivos infraconstitucionais tidos por violados, não se tendo avaliado sua aplicabilidade ao caso concreto, deve-se tê-los como não-prequestionados, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 741.311/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 18/12/2006 p. 318).

Posto isso, o acórdão recorrido está em perfeita consonância com o entendimento firmado nesta Corte Superior de Justiça, quando do julgamento do EREsp 899.485/RS, da relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado no DJe 15/9/2008, no sentido de que "*O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica 'no processo de industrialização' ou ter utilizado serviços de comunicação na 'execução de serviços da mesma natureza'.*"

É esta a sua ementa:

"**TRIBUTÁRIO – ICMS – CREDITAMENTO RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ART. 33, INCISO II, "b" , E, INCISO IV, "A" N. 87/96 – POSSIBILIDADE.**

O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica 'no processo de industrialização' ou ter utilizado serviços de comunicação na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'execução de serviços da mesma natureza'.

Embargos de divergência providos." (EResp 899485/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJe 15/09/2008).

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. INSUMO. CREDITAMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE OPORTUNIZA A PRODUÇÃO PROBATÓRIA A RESPEITO DO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. Trata-se de agravo regimental interposto pelo Estado do Rio de Janeiro em que se alega a desnecessidade de reexame fático-probatório para reformar-se o acórdão objeto do recurso especial, uma vez que, no seu entender, o fato de a recorrida ter natureza de estabelecimento comercial retira-lhe o direito ao creditamento do ICMS derivado da aquisição de energia elétrica para a utilização em determinados processos de industrialização.

2. Hipótese em que o Tribunal a quo, reconhecendo que a recorrida realiza alguns processos de industrialização, determinou o retorno dos autos à instância de origem para que fosse oportunizada a instrução probatória a respeito da utilização da energia elétrica nos processos industriais que realiza.

3. No caso específico, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, que concluiu que a recorrida realiza processos de industrialização, o que é obstado pela Súmula n. 7 do STJ. Além disso, como assinalado pela decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravada, a jurisprudência do STJ é no sentido de que "tem direito ao creditamento de ICMS o contribuinte que comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização" ou ter utilizado serviços de comunicação na "execução de serviços da mesma natureza"" (ERESP 899.485/RS).

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no Ag 1168476/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 01/12/2009 - nossos os grifos).

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPI. NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMOS ISENTOS, NÃO-TRIBUTADOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. DIREITO AO CREDITAMENTO. INEXISTÊNCIA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS GERADOS COM AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. NOVEL ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO n.º 20.910/32.

1. *A regra constitucional da não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente, por isso que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 353.657/PR, reformulou o entendimento no tocante à questão relativa ao direito do contribuinte ao creditamento de IPI nas hipóteses de aquisição de matéria-prima, insumos ou produtos intermediários não tributados ou tributados com alíquota zero. A novel jurisprudência posicionou-se no sentido de que a não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente e que, na hipótese de não-tributação ou de alíquota zero, não há sequer parâmetro normativo para se definir a quantia a ser compensada.*

2. *A adoção por empréstimo de alíquota final relativa a operação diversa resulta em criação normativa do Judiciário, incompatível com sua competência*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional. (Precedente: RE 353.657/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/03/2008)

3. *A energia elétrica 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, desde que comprovada sua utilização "no processo de industrialização".* Precedente: (REsp 899485/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2008, DJ 15/09/2008)

4. O ICMS e o IPI são exações informadas pelo princípio da não- cumulatividade, sendo-lhes aplicável regramento semelhante, nesse particular (ubi eadem ratio ibi eadem dispositio), por isso que idêntica a incidência jurisprudencial.

5. O reconhecimento de aproveitamento de crédito, decorrente da regra da não-cumulatividade, estabelecida pelo texto constitucional, difere da hipótese de restituição, na qual se discute pagamento indevido ou a maior, razão pela qual não há que se cogitar da aplicação do artigo 168, do CTN, incidindo à espécie o Decreto n.º 20.910/32, que estabelece o prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do ajuizamento da ação. (Precedentes da Corte: REsp 554445/SC; 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 17/10/2005; EREsp 427448/RS; 1ª Seção, desta Relatoria, DJ 26/09/2005; REsp n.º 541.633/SC, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 11/10/2004; REsp n.º 554.794/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 11/10/2004; AgRg no AG n.º 571.450/SC, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 27/09/2004).

6. O acórdão recorrido negou o direito ao creditamento de IPI, tanto em relação aos insumos adquiridos com alíquota zero ou não tributados, quanto à energia elétrica, razão pela qual não houve manifestação quanto à incidência de correção monetária e a possibilidade de compensação dos aludidos créditos tributários, o que impede a sua análise em sede de recurso especial, sob pena de supressão de instância, bem assim, por faltar-lhes o requisito fundamental do prequestionamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Recurso Especial parcialmente provido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise as demais questões suscitadas.*" (REsp 904.082/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 25/03/2009 - nossos os grifos).

E tal entendimento restou consolidado na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.117.139/RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJe em 18/2/2010, submetido ao regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.672/2008), **verbis**:

"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, "B", DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. *As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.*

2. *A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue: 'Art. 33. (...) Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte: (...) II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;' (redação original) 'II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; b) quando consumida no processo de industrialização; c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;' (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000) 'd) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;' (alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002) 'd) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;' (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006) (...)' 4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).

5. Deveras, com o advento da Lei Complementar 102/2000 (entrada em vigor em 1º.08.2000), a entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: (i) quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea 'a'); (ii) quando consumida no processo de industrialização (alínea 'b'); (iii) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea 'c'); e (iv) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea 'd').

6. A Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir de 17.12.2002), no que concerne às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses diversas das previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.

7. Por fim, a Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas 'a', 'b' e 'c', do inciso II, do artigo 33, da LC 87/96) surge somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

8. Consectariamente, a entrada de energia elétrica no estabelecimento, que não for objeto de operação de saída de energia elétrica, que não for consumida no processo de industrialização e cujo consumo não resulta em operação de saída ou prestação para o exterior, somente ensejará direito ao creditamento de ICMS a partir de 1º.01.2011.

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semi-manufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que 'produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária'.

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis: 'Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único): I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação); II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento); III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem); IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados.'

16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização, entre as quais consta: 'I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação: a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitarias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor' (artigo 5º, inciso I, alínea 'a', do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

18. Conseqüentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como 'processo de industrialização', à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º, inciso I, alínea 'a', do Decreto 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

19. A atividade de congelamento de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

20. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 588.954/SC, cujo thema iudicandum restou assim identificado: 'ICMS. Creditamento de serviços de energia elétrica utilizado no processo produtivo. Princípio da não-cumulatividade. Supermercado. Atividade industrial de alimentos. Panificação e congelamento.'

21. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

22. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

23. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

24. Os dispositivos legais apontados como violados restaram implicitamente prequestionados, não se vislumbrando violação do artigo 535, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido afastou a alegação de cerceamento de defesa (pugnando pela desnecessidade da prova) e considerou impossível o creditamento do ICMS, ao fundamento de que 'a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo'.

25. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98).

26. A manutenção do julgado monocrático pelo órgão colegiado, em sede de agravo interno, com a encampação dos fundamentos exarados pelo relator, torna prejudicada a controvérsia acerca da regular aplicação do caput, do artigo 557, do Código de Processo Civil (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.155.697/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009; AgRg no Ag 807.013/GO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 03.09.2009; REsp 772.447/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 27.11.2008; AgRg no REsp 389.936/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 09.10.2008; e REsp 1.038.501/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 12.05.2008).

27. A apontada violação dos artigos 130 e 131, do CPC, não resta configurada, quando o Tribunal de origem, prestigiando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, considera desnecessária a produção de prova, sob o fundamento de que 'a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008."

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0072970-4

AgRg no
Ag 1180614 / RJ

Números Origem: 2006100005055 200800137637 200813410243 200913702366 23662009 241122008

EM MESA

JULGADO: 18/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SUPERMERCADO ZONA SUL S/A
ADVOGADO : JOSÉ OSWALDO CORREA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : LUIZ FERNANDO PODRIGUES DOS SANTOS E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SUPERMERCADO ZONA SUL S/A
ADVOGADO : JOSÉ OSWALDO CORREA E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : LUIZ FERNANDO PODRIGUES DOS SANTOS E OUTRO(S)

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 agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Fux e Denise Arruda.

Brasília, 18 de março de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária