



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.072 - RS (2011/0300762-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRADENER LTDA
ADVOGADO : CLÁUDIO OTÁVIO M XAVIER E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES DO STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC 87/96, ARTS. 2o., § 1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO RECORRIDA FUNDADA NA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Aplicado o princípio da fungibilidade recursal, para receber os Embargos de Declaração como Agravo Regimental, nos termos da jurisprudência desta Corte, tendo em vista a pretensão de efeitos infringentes. Precedentes: EDcl no AREsp 175.781/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 22.08.2012; EDcl no AREsp 101.112/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24.08.2012; EDcl no AREsp 102.413/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20.08.2012.

2. A jurisprudência desta Corte fixou a tese de que é possível a apuração de crédito presumido de ICMS quando a energia elétrica for utilizada em atividade primordialmente industrial, considerando-a, assim, insumo. Precedentes: AgRg no Ag 1.156.362/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24.08.2010; AgRg no Ag 1.182.149/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 26.03.2010; EREsp. 899.485/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 15.09.2008.

3. No caso, trata-se de operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a sociedade empresária que desenvolve atividade de indústria petroquímica. Não se discute, portanto, a possibilidade de creditamento do ICMS, mas, sim, a não incidência do referido tributo, em atenção à regra originalmente insculpida no art. 155, § 2o., X, b da CRFB. A idéia subjacente à possibilidade de creditamento, todavia, pode ser estendida aos casos de não incidência, tanto que o próprio legislador infraconstitucional previu no art. 2o., III da LC 87/96 que referido imposto não incidirá sobre a entrada de energia elétrica no território do Estado destinatário quando esta for destinada à comercialização ou à industrialização e seja decorrente de operação interestadual, circunstância reforçada pelo art. 3o., III do mesmo diploma legal.

4. Portanto, na esteira dos precedentes desta Corte e considerando, sobretudo, a disciplina legal insculpida nos arts. 2o., § 1o., III e 3o., III da LC 87/96, tem-se que não haverá a incidência do ICMS no fornecimento interestadual de energia elétrica a adquirente que a emprega em processo de industrialização, tal como no caso dos autos, conforme demonstrado por meio de prova pericial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração como Agravo Regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília/DF, 04 de setembro de 2012 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.072 - RS (2011/0300762-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRADENER LTDA
ADVOGADO : CLÁUDIO OTÁVIO M XAVIER E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. Tratam-se de Embargos de Declaração (fls. 893/898) opostos pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL em adversidade à decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Especial nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC 87/96, ARTS. 2o., § 1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO E JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA (fls. 875).

2. Alega o Embargante, em suma, haver omissão na decisão *supra*, consistente na *impossibilidade de análise de dispositivo legal que reproduz a Carta Magna em sede de Recurso Especial* (fls. 894), ao argumento de que os arts. 2o., § 1o., III e 3o., III, ambos da LC 87/96 *limitam-se a reproduzir dispositivos da Carta Magna (mais especificamente, o art. 155, § 4o. c/c § 2o., X, b do mesmo artigo)* (fls. 895).

3. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.072 - RS (2011/0300762-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRADENER LTDA
ADVOGADO : CLÁUDIO OTÁVIO M XAVIER E OUTRO(S)

VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES DO STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC 87/96, ARTS. 2o., § 1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO RECORRIDA FUNDADA NA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *Aplicado o princípio da fungibilidade recursal, para receber os Embargos de Declaração como Agravo Regimental, nos termos da jurisprudência desta Corte, tendo em vista a pretensão de efeitos infringentes. Precedentes: EDcl no AREsp 175.781/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 22.08.2012; EDcl no AREsp 101.112/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24.08.2012; EDcl no AREsp 102.413/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20.08.2012.*

2. *A jurisprudência desta Corte fixou a tese de que é possível a apuração de crédito presumido de ICMS quando a energia elétrica for utilizada em atividade primordialmente industrial, considerando-a, assim, insumo. Precedentes: AgRg no Ag 1.156.362/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24.08.2010; AgRg no Ag 1.182.149/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 26.03.2010; EREsp. 899.485/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 15.09.2008.*

3. *No caso, trata-se de operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a sociedade empresária que desenvolve atividade de indústria petroquímica. Não se discute, portanto, a possibilidade de creditamento do ICMS, mas, sim, a não incidência do referido tributo, em atenção à regra originalmente insculpida no art. 155, § 2o., X, b da CRFB. A idéia subjacente à possibilidade de creditamento,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todavia, pode ser estendida aos casos de não incidência, tanto que o próprio legislador infraconstitucional previu no art. 2o., III da LC 87/96 que referido imposto não incidirá sobre a entrada de energia elétrica no território do Estado destinatário quando esta for destinada à comercialização ou à industrialização e seja decorrente de operação interestadual, circunstância reforçada pelo art. 3o., III do mesmo diploma legal.

4. *Portanto, na esteira dos precedentes desta Corte e considerando, sobretudo, a disciplina legal insculpida nos arts. 2o., § 1o., III e 3o., III da LC 87/96, tem-se que não haverá a incidência do ICMS no fornecimento interestadual de energia elétrica a adquirente que a emprega em processo de industrialização, tal como no caso dos autos, conforme demonstrado por meio de prova pericial.*

5. *Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido.*

1. Aplicado o princípio da fungibilidade recursal, para receber os Embargos de Declaração como Agravo Regimental, nos termos da jurisprudência desta Corte, tendo em vista a pretensão de efeitos infringentes. Confirmam-se: EDcl no AREsp 175.781/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 22.08.2012; EDcl no AREsp 101.112/MG, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe 24.08.2012; EDcl no AREsp 102.413/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20.08.2012.

2. Inobstante a irresignação do agravante, mantém-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos, *verbis*:

10. *A questão colocada nos autos resume-se na verificação da incidência ou não do ICMS na operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a sociedade empresária que desenvolve atividade de indústria petroquímica, no caso, IPIRANGA PETROQUÍMICA S/A, atualmente sucedida por BRASKEM S/A.*

11. *Inicialmente, tem-se por afastada a incidência do enunciado 126 da Súmula de jurisprudência desta Corte, pois, embora o acórdão recorrido se refira à regra de não incidência do ICMS prevista no art. 155, § 2o., X, b da CRFB, há nele substancial argumentação referente à disciplina normativa insculpida na LC 87/96 e, ademais, não há relação de autonomia entre os fundamentos constitucional e infraconstitucional, até*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque as disposições legais a respeito da não incidência do ICMS na hipótese vertente estão diretamente ligadas ao texto constitucional, circunstância que evidencia a prejudicialidade existente entre esses fundamentos.

12. *Outrossim, afasta-se a incidência do enunciado 7 da mesma Súmula, uma vez que a moldura fática delineada no acórdão recorrido permite a análise da alegada violação à Lei Federal sem a necessidade de reexame de fatos e provas.*

13. *Pois bem, realizadas essas breves considerações, confira-se a manifestação do Tribunal de origem a respeito da controvérsia:*

Cumpra examinar, portanto, se a energia elétrica adquirida pela Ipiranga Petroquímica S.A. da Apelante se destinava à sua própria comercialização ou à industrialização.

(...).

A Apelante sustenta que, na espécie, a energia que entrou, no Estado do Rio Grande do Sul, era destinada à sua própria industrialização, nos termos definidos pelo artigo 46, parág. único do Código Tributário Nacional. Tudo porque a adquirente Ipiranga Petroquímica S.A., depois de ter recebido a energia, rebaixou sua tensão nominal por meio da utilização de transformadores, de 230kV para 440V, o que caracteriza seu aperfeiçoamento para uso, bem como a transformou em energia mecânica e térmica para obter por meio de extrusão derivados do petróleo como polietilenos e polipropileno. Era, desta forma, componente indispensável para a produção do produto industrializado.

O Apelado, por sua vez, contrapõe que não há indústria que não industrialize energia elétrica, simplesmente porque não há indústria que não venha a converter a energia elétrica em outro tipo de energia para o fim de acionar suas máquinas ou mesmo para o fim de iluminar as suas dependências (fls. 526).

(...).

A partir das informações do laudo pericial, constata-se que a energia elétrica destinada ao estabelecimento da Ipiranga Petroquímica S.A., hoje Braskem S.A., era aplicada no processo de industrialização de polietilenos e polipropilenos, transformando-se (I) em energia cinética e mecânica para o acionamento dos motores elétricos utilizados na extrusão desses derivados do petróleo, (II) em energia térmica pelo sistema de aquecimento dos cilindros em que é feito o referido processo industrial, composto por resistências em forma de banda ou braçadeira ao redor do cilindro, e (III) em energia mecânica pelas ventoinhas distribuídas ao longo das secções da rosca (fls. 481), utilizadas para o resfriamento do maquinário durante o processo industrial (fls. 479/481).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso, todavia, não autoriza concluir que a energia adquirida da Apelante era destinada a sua própria industrialização, porque não se trata da continuação do ciclo produtivo de energia, mas sim de sua aplicação no ciclo de produção de outra mercadoria no qual se consumiu.

As transformações descritas pelo Perito em seu laudo constituem, na verdade, consequência natural do consumo de energia elétrica pelo usuário final para desempenhar sua atividade fim, que é industrial, já que, como observou, a energia não pode ser criada, mas sim transformada de uma forma em outra. A energia decorre da transformação de outras formas de energia podendo ser obtida pela transformação de energia química, térmica, mecânica, eólica, nuclear, luminosa, mecânica, potencial, cinética (fls. 468).

Não se diga que a adquirente Ipiranga Petroquímica S.A. consumia, na industrialização de seus derivados do petróleo, a energia nas formas cinética, mecânica e térmica acima mencionadas, industrializando a energia elétrica para obtê-las. Com efeito, a energia, após ser convertida nessas formas, não foi objeto de circulação econômica, o que demonstra se tratar de utilização por consumidor final. Como bem salientou a DD. Promotora de Justiça, Dra. Daniela Santos Variani, calha observar, que o ciclo de circulação econômico da energia elétrica encerra-se no momento que ela passa a ser insumo em outro produto, logo nessa hipótese o consumidor final não industrializa a energia elétrica (fls. 596) (fls. 727/733).

14. *Cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito fiscal proposta com o objetivo de desconstituir os Autos de Lançamento 0012592625 e 0012592633, ambos elaborados pelo Estado do Rio Grande do Sul, que objetiva o recolhimento do ICMS em atraso, multa e juros.*

15. *A solução da questão em análise requer o estabelecimento de uma premissa básica: a possibilidade ou não de consideração da energia elétrica como insumo e seu emprego no processo de industrialização.*

16. *Tratando de casos relacionados ao IPI, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a energia elétrica não constitui insumo, ainda que empregada em processo de industrialização, pelo que não há apuração de crédito presumido, seja em razão da regra da não-cumulatividade (pois não há incidência do IPI no seu consumo), seja em razão da impossibilidade de sua incorporação ao produto industrializado. Vejam-se:*

DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 131 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUFICIENTE. IPI. CRÉDITOS ESCRITURAIS. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO INSUMO. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. ORIENTAÇÃO DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

(...).

3. Sedimentou-se na jurisprudência desta Corte a orientação de que não se considera a energia elétrica, ainda que utilizada no processo de industrialização, como insumo, para fins de geração de crédito de IPI, em razão da sistemática da não cumulatividade. O STF, por ocasião do julgamento do RE 353.657/PR, pacificou entendimento no sentido de que a regra constitucional da não-cumulatividade pressupõe, salvo previsão contrária da própria Constituição Federal, tributo devido e recolhido anteriormente. A energia elétrica, além de não ser considerada produto, no sentido jurídico-tributário do termo, também não é sujeita à incidência de IPI sobre seu consumo, o que desautoriza a adoção da técnica do aproveitamento. Precedentes: AgRg no REsp. 1.038.719/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22.02.2010 e REsp. 677.445/RS, Rel. Ministro Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 22.02.2007 p. 166.

4. Recurso especial não provido (REsp. 1.129.345/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.06.2010).

2 2 2

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. IPI. CREDITAMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE ÓBICE ILEGÍTIMO. REFORMATIO IN PEJUS.

1. A energia elétrica utilizada pela indústria não é considerada produto intermediário para efeito de creditamento, pela sistemática da não cumulatividade, seja porque não é produto no sentido jurídico-tributário do termo, seja porque não incide IPI sobre o consumo, o que desautoriza a adoção da técnica do aproveitamento.

(...).

5. Recurso especial não provido (REsp. 749.466/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 17.11.2009).

2 2 2

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. PRINCÍPIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA ANTERIORIDADE E IPI. CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI COMO RESSARCIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES AO PIS E À COFINS. ARTS. 1o., 2o., § 1o., E 3o., PARÁG. ÚNICO, DA LEI 9.363/96. ENERGIA ELÉTRICA E COMBUSTÍVEIS. NECESSIDADE DE CONTATO FÍSICO COM O PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE DE GERAR CRÉDITO PRESUMIDO. ALÍQUOTA DO BENEFÍCIO QUE NÃO SOFRE MAJORAÇÃO EM RAZÃO DO AUMENTO DA ALÍQUOTA DE COFINS PELO ART. 8o., DA LEI 9.718/98. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

(...).

4. A energia elétrica, o gás natural, os lubrificantes e o óleo diesel (combustíveis em geral) consumidos no processo produtivo, por não sofrerem ou provocarem ação direta mediante contato físico com o produto, não integram o conceito de matérias-primas ou produtos intermediários para efeito da legislação do IPI e, por conseguinte, para efeito da obtenção do crédito presumido de IPI, como ressarcimento das contribuições ao PIS/PASEP e à COFINS, na forma do art. 1o. da Lei 9.363/96. Precedentes: AgRg no REsp. 1.000.848/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 07.10.2010; AgRg no REsp. 919.628/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10.08.2010; AgRg no REsp. 913.433/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 4.6.2009.

(...).

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp. 1.049.305/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31.03.2011).

2 2 2

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO DO ART. 1o. DO DL 20.910/32. ENERGIA ELÉTRICA, COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES. IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO COMO INSUMOS PARA FINS DE CREDITAMENTO DO IMPOSTO. PRECEDENTES DO STJ. ALEGADA SUSPENSÃO TEMPORÁRIA INSTITUÍDA PELA MP 2.158/01 E MAJORAÇÃO DO CRÉDITO-PRÊMIO DO IPI, EM FACE DE RESSARCIMENTO DE PIS/COFINS. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...).

3. Segundo entendimento deste Superior Tribunal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

energia elétrica, combustíveis e lubrificantes consumidos no processo de industrialização não se caracterizam como insumos, porquanto não se incorporam no processo de transformação do qual resulta a mercadoria industrializada (AgRg no REsp. 913.433/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.06.09).

(...).

5. *Agravo não provido (AgRg no REsp. 1.000.848/SC, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 20.10.2010).*

17. *Por outro lado, em relação ao ICMS, a jurisprudência desta Corte fixou a tese de que é possível a apuração de crédito presumido quando a energia elétrica for utilizada em atividade primordialmente industrial, considerando-a, assim, insumo. Confirmam-se:*

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. CREDITAMENTO. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. CREDITAMENTO INVIÁVEL. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. *É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que na época em que vigorava o Convênio 66/88, era vedado o creditamento de valores relativos a bens destinados ao ativo fixo e ao uso e consumo de estabelecimento comercial. Assim, 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.*

2. *Recente entendimento deste Superior Tribunal autoriza o creditamento, desde que seja preponderante a atividade industrial, hipótese que diverge do caso presente, conforme conclusão do Tribunal de origem, cuja revisão não é possível em sede de recurso especial nos termos do verbete Sumular 7/STJ.*

3. *A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp. 1.117.139/RJ (Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010), aplicando a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ, firmou entendimento no sentido de que nas atividades realizadas por estabelecimento comercial que não se caracterizam como processo de industrialização, inexistente direito ao creditamento do ICMS recolhido em relação à energia elétrica consumida na realização de tais atividades.*

4. *Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.156.362/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 24.08.2010).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 2 2

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS DE
COMUNICAÇÃO. AQUISIÇÃO. CREDITAMENTO.
IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.
CONHECIMENTO. INVIABILIDADE.

1. *Energia elétrica e serviços de telecomunicação não podem, em regra, ser considerados insumos para fins de creditamento do ICMS. A legislação federal admite apenas excepcionalmente o aproveitamento do crédito, nos estritos termos e limites previstos no art. 33, II, da LC 87/1996 (contribuintes que atuem no mercado de energia elétrica e a utilizem em processo industrial ou de exportação).*

2. *Hipótese em que o Tribunal de origem consignou expressamente que a contribuinte não comprovou exercer atividade industrial, o que nem sequer é impugnado no Agravo Regimental (questão incontroversa). Impossível, pois, o creditamento pleiteado.*

3. *Inviável analisar a suposta inconstitucionalidade da legislação que regula o creditamento do tributo estadual, por ofensa ao princípio da não cumulatividade (art. 155, § 2o., I, da CF), sob pena de invasão da competência do STF.*

4. *Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1.182.149/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 26.03.2010).*

2 2 2

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO RELATIVO A
ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.
ART. 33, INCISO II, b, E, INCISO IV, A 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 execução de serviços da mesma natureza. Embargos de divergência providos (EResp. 899.485/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 15.09.2008).

18. *Quanto ao creditamento, ao que parece, o legislador quis dar tratamento diferente ao contribuinte que emprega a energia elétrica em processo de industrialização, conforme se verifica na LC 87/96, com redação dada pela LC 102/00:*

*Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:
(...).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 2020 nas demais hipóteses;

19. O caso dos autos, entretanto, trata da operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a sociedade empresária que desenvolve atividade de indústria petroquímica. Não se discute, portanto, a possibilidade de creditamento do ICMS, mas, sim, a não incidência do referido tributo, em atenção à regra originalmente insculpida no art. 155, § 2o., X, b da CRFB. A idéia subjacente à possibilidade de creditamento, todavia, pode ser estendida aos casos de não incidência. Tanto é assim que o próprio legislador assim dispôs:

Art. 2o. O imposto incide sobre:

(...).

§ 1o. O imposto incide também:

(...).

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

(...).

Art. 3o. O imposto não incide sobre:

(...).

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

(...).

Art. 9o. A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 1o. A responsabilidade a que se refere o art. 6o. poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2o. Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

20. Portanto, na esteira dos precedentes desta Corte e considerando, sobretudo, a disciplina legal insculpida nos arts. 2o., § 1o., III e 3o., III da LC 87/96, tem-se que não haverá a incidência do ICMS no fornecimento interestadual de energia elétrica a adquirente que a emprega em processo de industrialização, tal como no caso dos autos, onde restou consignado, após prova pericial, que:

A partir das informações do laudo pericial, constata-se que a energia elétrica destinada ao estabelecimento da Ipiranga Petroquímica S.A., hoje Braskem S.A., era aplicada no processo de industrialização de polietilenos e polipropilenos, transformando-se (I) em energia cinética e mecânica para o acionamento dos motores elétricos utilizados na extrusão desses derivados do petróleo, (II) em energia térmica pelo sistema de aquecimento dos cilindros em que é feito o referido processo industrial, composto por resistências em forma de banda ou braçadeira ao redor do cilindro, e (III) em energia mecânica pelas ventoinhas distribuídas ao longo das secções da rosca (fls. 481), utilizadas para o resfriamento do maquinário durante o processo industrial (fls. 479/481) (fls. 732).

21. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1o-A do CPC, dá-se provimento ao Recurso Especial para reformar o acórdão recorrido e julgar procedente a demanda originária, com inversão dos ônus da sucumbência estabelecidos em sentença (fls. 879/889).

3. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

4. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0300762-1 **EDcl no**
PROCESSO ELETRÔNICO Resp 1.322.072 / RS

Números Origem: 10900515230 1144238020118217000 5139217620118217000 5152313620098210001
70041816299 70043179217 70045811270

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **TRADENER LTDA**
ADVOGADO : **CLÁUDIO OTÁVIO M XAVIER E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADOR : **CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **TRADENER LTDA**
ADVOGADO : **CLÁUDIO OTÁVIO M XAVIER 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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.