



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.414 - RJ (2009/0043770-6)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
ADVOGADO : WILLIAN MARCONDES SANTANA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - CREDITAMENTO - COMERCIANTE - ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO, PEIXARIA, DOCERIA ETC - ART. 33, II DA LC 87/96 - IMPOSSIBILIDADE - REsp 1.117.139/SP - ART. 543-C DO CPC - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - IRRELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL - DISSÍDIO INTERPRETATIVO PREJUDICADO - SÚMULA 83/STJ.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Primeira Seção, no REsp 1.117.139/RS, julgado sob o regime do artigo 543-C, do CPC, decidiu que as atividades de panificação e congelamento realizadas em supermercados não se caracterizam como industrialização, não ensejando o creditamento de ICMS.

3. O entendimento jurisprudencial torna irrelevante a consideração de prova pericial produzida para a verificação do *quantum* de energia elétrica que é consumida em tais atividades.

4. Prejudicada a divergência jurisprudencial, nos termos da Súmula 83/STJ.

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 17 de junho de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.414 - RJ (2009/0043770-6)

RECORRENTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
ADVOGADO : WILLIAN MARCONDES SANTANA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. SUPERMERCADO. CANCELAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE, PREVISTO NO ART. 155, § 2º, I DA CF/88, E A APLICAÇÃO DA ENERGIA ELÉTRICA NA INDUSTRIALIZAÇÃO REALIZADA NO ESTABELECIMENTO DA EMBARGANTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IMPROVIMENTO DO APELO.

O Convênio ICMS 66/88, art. 31, III, somente permitiu o crédito do ICMS em relação à energia integralmente consumida em processo de industrialização, que integre o produto final, na condição de indispensável à sua composição. O entendimento consolidado nos Tribunais Superiores e neste Tribunal de Justiça é no sentido de que somente a energia elétrica utilizada em processo autônomo de industrialização pode ser considerada para fins de crédito do ICMS, o que não é o caso da embargante, posto que o seu objeto social é a comercialização, não exercendo atividade industrial autônoma. Ressalte-se que, além de não serem autônomas as atividades de panificação, peixaria e outras, que a embargante alega exercer e terem natureza industrial, a energia elétrica consumida em seu estabelecimento, sobre a qual incide o ICMS, não é totalmente utilizada para a realização de tais atividades. Também não procede o argumento da embargante/apelante com fulcro na afronta ao princípio da não-cumulatividade tributária, previsto no art. 155, da Carta Federal, tendo em vista que a energia elétrica consumida em estabelecimento comercial não integra os produtos por ela comercializados, não gerando crédito de ICMS. (f. 173)

Foram opostos embargos de declaração (fls. 180/184), que restaram rejeitados. (fls. 236/240)

Nas razões do especial, alega-se ofensa aos arts. 130, 131 e 535, II do CPC, ao art. 46 do CTN, ao art. 28 do Decreto 4.544/2003 e aos arts. 19 e 33, II da Lei Complementar 87/96, sustentando, em síntese, que:

a) o aresto recorrido omitiu-se, embora provocado por embargos de declaração, na apreciação da incidência dos artigos da legislação ora invocados como violados sobre a controvérsia discutida nos autos;

b) a recorrente carrou aos autos laudo técnico que demonstra a parte referente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao ICMS decorrente da energia elétrica utilizada em seu estabelecimento no processo de industrialização, passível de creditamento nos termos da legislação em vigor, mas o juízo simplesmente a desconsiderou para retirar seu entendimento de elementos estranhos ao processo;

c) ainda que o Tribunal local entendesse que as provas juntadas aos autos eram insuficientes a comprovar a possibilidade de creditamento realizado pela Recorrente decorrente da energia elétrica utilizada no processo de industrialização, deveria ter determinado a produção de outras provas e não somente se fiado nas afirmações da Fazenda Pública;

d) *para a consecução de suas atividades, a recorrente utiliza-se de vários maquinários, como por exemplo, câmeras frigoríficas e fornos elétricos, para manutenção de produtos perecíveis, que devem ser mantidos em congelamento, bem como para os trabalhos de panificação, sendo que a energia elétrica é insumo essencial para suas operações, pois atua no segmento de supermercados, dedicando-se a diversas atividades, compreendendo além da comercialização direta de inúmeras mercadorias, a industrialização de diversos produtos, como pães, bolos, tortas, biscoitos, pizzas congeladas, frangos, carnes, peixes, frios e laticínios em geral;*

e) ao negar o direito de crédito da recorrente, devido em razão da atividade de industrialização que promove, viola o princípio da não-cumulatividade, tendo esta Corte, no EREsp 899.485/RS, uniformizado o entendimento segundo o qual o comerciante, que utiliza energia elétrica em algum tipo de processo industrial, tem direito ao crédito de ICMS na operação de fornecimento de energia;

f) os produtos comercializados pela autora, após beneficiamento ou industrialização, amoldam-se ao conceito de produto industrializado trazido pela legislação específica, razão pela qual a energia elétrica consumida nestes processos ensejam o creditamento fiscal;

g) a própria Fazenda de São Paulo reconheceu em processo de consulta que *é legítimo o crédito da energia consumida no processo de industrialização de pães e bolos por supermercados;* e

h) o aresto recorrido diverge do entendimento consubstanciado no REsp 404.432/RJ, rel. Min. Eliana Calmon, no qual se reconheceu o direito ao creditamento de ICMS na aquisição de energia elétrica utilizada em processo produtivo por supermercado.

Ao final postula a reforma do julgado. (fls. 243/255)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contrarrazões às fls. 374/387, nas quais aduz a inadmissão do recurso e defende a validade do aresto recorrido, o qual se encontra em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores.

Recurso especial admitido às fls. 400/402.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.127.414 - RJ (2009/0043770-6)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
ADVOGADO : WILLIAN MARCONDES SANTANA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): O acórdão recorrido confirmou a sentença de improcedência dos embargos, sustentando-se nos seguintes fundamentos:

1) o Convênio ICMS 66/88, no art. 31, III, somente permitiu o creditamento do imposto em relação à energia elétrica integralmente consumida em processo de industrialização, que integre o produto final, na condição de indispensável à sua composição;

2) o entendimento dos Tribunais Superiores e do próprio Tribunal é no sentido de que somente a energia elétrica utilizada em processo autônomo de industrialização pode ser considerada para fins de crédito de ICMS, o que não é o caso da recorrente, cujo objeto social é a comercialização e não o exercício de indústria autônoma;

3) a energia elétrica consumida pela recorrente na atividade de panificação, peixaria e outras não pode ser dissociada da que é consumida em razão da atividade de comercialização de produtos, a qual não gera direito a crédito; e

4) a energia elétrica consumida pela recorrente não integra os produtos por ela comercializados.(fls. 171/177)

A sentença de fls. 82/87, por sua vez, teve por fundamento exclusivo o estatuto social da recorrente, do qual consta que se dedica à *comercialização de produtos manufaturados, semimanufaturados, 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.* (f. 85)

Inicialmente afasto a apontada nulidade do aresto recorrido, posto que se apresentou fundamento suficiente para a rejeição da tese levantada pela embargante, baseando-se na jurisprudência interna do Tribunal, dos Tribunais Superiores e nos elementos fáticos do processo, como o estatuto social da embargante.

O acórdão não merece reforma, pois o entendimento nele consubstanciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corresponde à interpretação que esta Corte deu ao art. 33, II da LC 87/96, no sentido de que as atividades de panificação, doceria, peixaria e outras praticadas por hipermercados, supermercados e comércio em geral não ensejam direito de crédito.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (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. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisor, não há como prosperar, porquanto incorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do artigo 535, do CPC.

2. A pretensão de revisão do julgado, em manifesta pretensão infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos de declaração, notadamente na hipótese em que o aresto embargado, quando do julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, perfilhou a tese de que: "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 inexiste 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto 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, 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 aperfeiçoamento de produtos destinados ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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". 3. Com efeito, assim como a "panificação", as atividades de "rotisseria e restaurante", "açougue e peixaria" e "frios e laticínios", desenvolvidas pelo supermercado, encontram-se compreendidas no rol das operações não consideradas industrialização previsto no inciso I, alínea "a", do artigo 5º, do Regulamento do IPI, verbis: "Art. 5º Não se considera industrialização: 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;

(...)" 4. Por seu turno, o julgado embargado assentou que a atividade de congelamento de alimentos não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do RIPI, verbis: "Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento 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 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." 5. Ademais, a busca pelo alcance da norma que autoriza o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no estabelecimento comercial, quando consumida no "processo de industrialização" (artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96), reclama o confronto com a legislação específica do IPI, máxime tendo em vista a conceituação vaga empreendida pelo parágrafo único, do artigo 46, do CTN, verbis: "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." 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem modificação no resultado do julgamento. (EDcl no REsp 1117139/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010)

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. NÃO CABIMENTO. 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. Os embargos de declaração não servem à reapreciação do mérito da demanda, já que o ordenamento pátrio destina-lhe o fim específico de integração dos julgados recorridos. Neste sentido, não é necessário que o magistrado se oponha a cada um dos argumentos expendidos pelo recorrente, bastando que tenha solucionado de forma integral a querela, rejeitando logicamente as teses contrárias. Precedentes.

2. O contribuinte somente tem direito ao creditamento de ICMS, se comprovar ter utilizado a energia elétrica no processo de industrialização, nos termos do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96.

3. A Primeira Seção, no REsp 1.117.139/RS, julgado sob o regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (Rel. Min. Luiz Fux), decidiu que as atividades de panificação e congelamento realizadas em supermercados não se caracterizam como industrialização, razão pela qual não se configura o direito ao creditamento de ICMS.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1124558/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010)

Registro, na oportunidade a ressalva do meu ponto de vista pessoal.

Assim, ficam prejudicadas as alegações de violação aos arts. 130 e 131 do CPC porque a perícia realizada não tem o condão de interferir na conclusão do julgado, pois as atividades desempenhadas pela recorrente de peixaria, doceria, panificação e etc. não ensejam direito ao crédito de ICMS devido na aquisição de energia elétrica.

Também prejudicado o dissídio interpretativo em face do posicionamento atual da Corte quanto à questão federal controvertida, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0043770-6

REsp 1.127.414 / RJ

Números Origem: 139542008 20060011069089 200800113954 200813519760

PAUTA: 17/06/2010

JULGADO: 17/06/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
ADVOGADO : WILLIAN MARCONDES SANTANA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de junho de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária