

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

**MANIFESTAÇÃO** O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de proposta de revisão do reconhecimento da repercussão geral, nos termos do art. 323-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação conferida pela Emenda Regimental 54, de 1º de julho de 2020, que ora submeto à análise. A repercussão geral da questão aqui analisada foi reconhecida em 13.11.2009, nos autos do RE-RG 588.954, cuja ementa transcrevo:

“RECURSO. Extraordinário. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Creditamento. Direito não reconhecido na origem. Aquisição de energia elétrica por supermercado. Exercício de atividade industrial. Processamento de alimentos. Questão da ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a admissibilidade de se considerar como atividade industrial o processamento de alimentos realizado por supermercado, para fins de crédito de ICMS”. Verifico que a questão dos autos diz respeito à possibilidade de creditamento de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica usada no processo produtivo de alimentos comercializados por supermercado. No processo-paradigma, o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contra o qual foi interposto recurso extraordinário, está ementado nos seguintes termos: “APELAÇÃO CÍVEL – TRIBUTÁRIO – ICMS – CREDITAMENTO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NO PROCESSO PRODUTIVO – SUPERMERCADO – ATIVIDADE INDÚSTRIA DE ALIMENTOS: PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO – INADMISSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE – INOCORRÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO”. (eDOC 0, p. 6) Nas razões do recurso, a parte recorrente, Giassi & Cia Ltda., com base no artigo 102, inciso III, “a”, da Constituição Federal, sustenta violação ao art. 155, § 2º, I, do texto constitucional. Postula o reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica, relativo à atividade industrial, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade. Sob o ângulo da repercussão geral, menciona o fato de que o Direito Tributário, intimamente ligado a regras da Constituição Federal, restringe-se ao princípio da estrita legalidade. Argumenta que a desobediência ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal viola diretamente um princípio tributário aplicado ao ICMS.

Argumenta que, com o advento da Constituição de 1988, passou a vigor o crédito financeiro quanto ao creditamento do ICMS cobrado sobre o consumo de energia elétrica,

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

legislador complementar poderá modificar essa determinação constitucional, sob pena de estar-se fixando termos em vez de disciplinar a não cumulatividade, o que seria vedado.

Defende, também, ser a compensação disposta na Constituição mandamento que dá efetividade ao princípio da não cumulatividade, constituindo, daí, direito público subjetivo do contribuinte de creditar-se do montante do imposto que lhe foi cobrado em operação anterior. Assevera, ainda, que o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I e II, do texto constitucional, seria norma de eficácia plena, o que derogaria preceito que viesse a vedar o direito ao creditamento do imposto incidente na energia elétrica consumida por qualquer tipo de contribuinte, ou que vede o direito ao crédito do imposto incidente sobre a prestação de serviços de comunicação seja ele comerciante, industrial, ou prestador em serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, contando que seja contribuinte do ICMS e citados serviços sejam necessários à manutenção das fontes produtoras. Por fim, expõe que, apesar de sua atividade principal ser supermercado, também pratica atividade industrial, confeccionando e processando alimentos para venda, razão pela qual teria direito ao creditamento do ICMS relativo à energia elétrica adquirida para execução das referidas atividades. Requer assim a reforma do acórdão recorrido para que seja declarado o direito ao creditamento do ICMS incidente sobre energia elétrica, relativo à atividade industrial que pratica. A parte recorrida apresentou contrarrazões. (eDOC 3) A Procuradoria-Geral da República opina pelo desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa: “Recurso extraordinário. Tributário. Supermercado. Consumo de energia elétrica na panificação e preparo de alimentos, bem como na conservação, resfriamento e corte de carnes. Creditamento de ICMS. Ausência de prova pré-constituída do consumo dessa atividade específica. Princípio da eventualidade. Não configuração de processo industrial. Inteligência da LC 87/96, na redação conferida pela LC 102/2000. Parecer pelo desprovimento do recurso”. (eDOC 15, p. 20) Em seu parecer, afirma não haver prova pré-constituída de consumo de energia elétrica para a atividade específica de indústria que a parte recorrente alega executar, constando tão somente leitura de demanda de energia utilizada na atividade geral do supermercado. Afirma assim que seria imprescindível o exame fático-probatório, situação inviável nesta fase processual, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aduz ainda que, conforme o regulamento do IPI – RIPI 4.544/2002, as

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

do art. 323-B do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em redação conferida pela Emenda Regimental 54, de 1º de julho de 2020, “o relator poderá propor, por meio eletrônico, a revisão do reconhecimento da repercussão geral quando o mérito do tema ainda não tiver sido julgado”. A repercussão geral da matéria objeto deste processo-paradigma foi reconhecida em 13.11.2009 e o seu mérito ainda não foi julgado. Nesses termos, vislumbra-se o preenchimento dos requisitos para aplicação do art. 323-B do RISTF à hipótese. A controvérsia dos autos refere-se à possibilidade de creditamento de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica usada no processo produtivo de alimentos comercializados por supermercado. Na hipótese, discute-se se os supermercados teriam direito aos créditos oriundos da energia elétrica consumida no ramo da panificação e dos alimentos congelados produzidos em sua rede. Nesse contexto, a questão constitucional posta inicialmente pelo Min. Cezar Peluso, então relator deste processo, estaria supostamente relacionada à interpretação do disposto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, segundo o qual o ICMS será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal, nos casos de aquisição de energia elétrica utilizada no processo produtivo de alimentos comercializados por supermercados. Na origem, verifica-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento ao recurso, assentando a inexistência do direito ao creditamento no ICMS em relação à energia elétrica consumida no ramo da panificação e de alimentos congelados produzidos por rede de supermercado, tendo em vista os parâmetros e limitações impostos pela Lei Complementar 87/1996. A Corte estadual baseou-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para consignar que a LC 102/2000, que alterou a LC 87/1996, não modificou substancialmente a restrição ao direito ao creditamento, mas passou a prever que esse creditamento somente se daria quando a energia elétrica fosse consumida no processo da industrialização ou fosse objeto da operação. Nesses termos, ao interpretar a LC 87/1996, a instância a qua assentou as possibilidades de aproveitamento do crédito nela previstas, para aquisição de energia elétrica. Assim, haveria o direito ao creditamento nas seguintes situações: em que a energia elétrica for objeto de saída,

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

4.544/2002, para assentar o conceito de produto industrializado, no sentido de que se trata do resultado de qualquer operação definida nesse regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária. Além disso, assentou que as atividades desenvolvidas por supermercado compreendem serviços híbridos, por comercializar produtos e industrializar parte deles. Nesse contexto, com fundamento no contexto fático-probatório dos autos, consignou que não seria possível discriminar se a energia elétrica consumida pelo estabelecimento servia apenas à operacionalização da sua atividade supermercadista ou à industrialização de bens, a autorizar o crédito do ICMS.

Inicialmente, em 22.10.2009, o então relator deste recurso, Ministro Cezar Peluso, submeteu-o à apreciação do plenário virtual. A repercussão geral do tema aqui discutido foi reconhecida, nos seguintes termos: “RECURSO. Extraordinário. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS. Creditamento. Direito não reconhecido na origem. Aquisição de energia elétrica por supermercado. Exercício de atividade industrial. Processamento de alimentos. Questão da ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a admissibilidade de se considerar como atividade industrial o processamento de alimentos realizado por supermercado, para fins de crédito de ICMS”. (RE 588.954 RG, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, DJe 13.11.2009) Ao manifestar-se, o relator ressaltou que a matéria debatida é de interesse de número indeterminado de contribuintes e constitui objeto da ADI 2.325 (Rel. Min. Marco Aurélio), bem como de processos nesta Corte. Em 24.4.2010, houve substituição para minha relatoria, nos termos do art. 38 do RISTF. Deferi a participação como *amicus curiae* dos seguintes entes: Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS, em 7.1.2011; Estado de São Paulo em 18.2.2011; o Estado do Acre em 29.5.2012; e o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT em 9.8.2021. Com efeito, conforme acima consignado, o artigo 323-B do Regimento Interno, na redação conferida pela Emenda 54, de 1º de julho de 2020, prevê a revisão de manifestação sobre a repercussão geral de matéria. Eis o teor: “Art. 323-B. O relator poderá propor, por meio eletrônico, a revisão do reconhecimento da repercussão geral quando o mérito do tema ainda não tiver sido julgado.” No caso deste paradigma, cuja relatoria inicial pertencia ao Min. Cezar Peluso, entendo pela possibilidade da aplicação desse dispositivo, como passo a discorrer. Preliminarmente, registro que o Supremo Tribunal

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

“TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento. "Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento" (art. 31, II, do Convênio ICMS 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Recurso não conhecido.” (RE 200.168, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ 22.11.1996) Nessa ocasião, esta Corte decidiu que somente as indústrias podem utilizar o crédito do ICMS da energia elétrica, não o comércio, uma vez que neste seria utilizada para consumo e não como insumo. Desse modo, não seria permitido considerar a energia consumida por estabelecimento comercial, com o fundamento de que se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária. Em outra ocasião, no RE-AgR 387.795, Segunda Turma, o relator, Min. Celso de Melo, em seu voto, assentou a jurisprudência desta Corte no sentido de não conhecer ao contribuinte do ICMS o direito de creditar-se do valor do referido imposto quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração no ativo fixo do seu próprio estabelecimento. Desse modo, percebe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se, à época desses precedentes, no sentido de não reconhecer ao contribuinte do ICMS o direito a creditar-se do valor do tributo, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviço de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração, no ativo fixo, do seu próprio estabelecimento. Vale ressaltar, no entanto, que, em tais casos, a controvérsia referia-se ao direito ao crédito, à luz do Convênio ICM 66/88, que restringia o creditamento do ICMS suportado na aquisição de energia elétrica às hipóteses em que esta era consumida na industrialização.

Posteriormente, com a edição da Lei Complementar 87/1996, o direito ao crédito ampliou-se, sendo autorizado seu aproveitamento tanto aos estabelecimentos industriais, já contemplados pelo Convênio 66/88, como aos comerciais e prestadores de serviço sujeitos ao referido imposto. Citada lei complementar sofreu alterações em diversos de seus dispositivos por meio da LC 102/2000. Cabe ressaltar que o art. 33 dessa lei passou a

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

constitucionais as alterações promovidas pela LC 102/2000. Nessa ação, ainda pendente de julgamento de mérito, suscitou-se a necessidade de se distinguir, quanto ao art. 33 da Lei Complementar 87/1996, entre a energia elétrica utilizada pelas empresas industriais e a utilizada pelas empresas comerciais, sendo estas últimas consumidoras finais, uma vez que não usam a energia elétrica como insumo. Entre as mudanças abordadas, no que interessa nestes autos, tem-se o fato de que a LC 87/1996, que permitia aos contribuintes o aproveitamento integral dos créditos decorrentes de aquisição de energia elétrica, passou a prever o direito ao crédito apenas da energia consumida no processo de industrialização ou quando for o objeto de operação da saída de energia elétrica. Cabe ressaltar precedentes, de ambas as Turmas desta Corte, posteriores às modificações efetuadas na LC 87/1996, no sentido de que as alterações ocorridas no art. 33 da LC 87/1996 não ofendem o princípio da não cumulatividade: AI 761.990 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 1º.2.2011; e RE 461.878 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 1º.8.2008. **Não obstante, entendo que o caso concreto, que trata do direito ao creditamento de ICMS incidente na aquisição de energia elétrica usada no processo produtivo de alimentos comercializados por supermercado, apresenta peculiaridades que o distinguem dos citados precedentes. Com efeito, de acordo com a jurisprudência até então formada nesta Corte, o contribuinte só tem direito ao creditamento do ICMS da energia elétrica consumida em processo de industrialização. No entanto, na hipótese dos autos, faz-se necessário examinar se restou caracterizado o processo de industrialização prescrito na lei complementar, no tocante à fabricação de pães, doces e demais alimentos, bem como na refrigeração de carne, a ensejar o direito ao crédito sobre a energia elétrica consumida nessas situações. Para tanto, seria necessário analisar a legislação infraconstitucional pertinente, bem como o contexto fático em que essa produção ocorre.** Isso porque o art. 33 da Lei Complementar 87/1996 menciona processo, e não estabelecimento ou empresa industrial, o que poderia levar à conclusão de que o critério habilitador do crédito é a atividade de industrialização, que pode ser exercida em qualquer empresa, independentemente do seu objeto social: industrial, comercial ou até de prestação de

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

dimensionada e comprovada a parte consumida nesse setor. Entretanto, o conceito de atividade industrial é retirado da legislação infraconstitucional, em especial do art. 46 do CTN, e do art. 5º, alínea “a”, do Regulamento do IPI. Confira-se: CTN: “Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador: (...)

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.” Regulamento do IPI: “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;” Nesse contexto, verifica-se que a matéria restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir desse entendimento demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, registro que essa matéria já foi, inclusive, objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos recursos repetitivos, no REsp 1.117.139 (tema 242), de relatoria do Min. Luiz Fux. Nessa oportunidade, analisando o tema sob o prisma da legislação infraconstitucional, aquela Corte Superior concluiu que a atividade de panificação desenvolvida pelo supermercado não se afigura como processo de industrialização, à luz do disposto no art. 46 do CTN, em virtude da exceção prevista no art. 5º, alínea “a”, do Decreto 4.544/2002 (Regulamento do IPI vigente à época), bem como que a atividade de congelamento de alimentos não se amolda aos critérios estabelecidos no art. 4º do citado regulamento. Conseqüentemente, as atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial. Percebe-se, assim, o exaurimento da matéria discutida nestes autos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a questão referente à incidência de ICMS na aquisição de energia elétrica usada no processo produtivo de alimentos comercializados por supermercado demanda a análise da legislação infraconstitucional aplicável, bem como das provas dos autos.

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

AQUISIÇÃO DE INSUMOS. PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. CREDITAMENTO. BASE DE CÁLCULO. ART. 272 DO RICMS/SP. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O recurso extraordinário é instrumento de impugnação de decisão judicial inadequado para a análise de matéria infraconstitucional, bem como para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos (Súmula 279 do STF). 2. Agravo interno desprovido, com imposição de multa de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC), caso seja unânime a votação. 3. Honorários advocatícios majorados ao máximo legal em desfavor da parte recorrente, caso as instâncias de origem os tenham fixado, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º e a eventual concessão de justiça gratuita.” (ARE 1.350.507 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 18.5.2022) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. SACOLAS PLÁSTICAS. CREDITAMENTO. OFENSA REFLEXA. LEGISLAÇÃO LOCAL. FATOS E PROVAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. É inviável, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos (Súmula nº 279/STF) e a análise da legislação local (Súmula nº 280/STF). 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC), caso seja unânime a votação. 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado no máximo legal em desfavor da parte recorrente, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita”. (ARE 1.282.541 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Presidente, Tribunal Pleno, DJe 6.11.2020) “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Inovação recursal. Inadmissibilidade. Tributário. ICMS. Energia elétrica consumida. Creditamento. Serviços de telecomunicação. Equiparação à indústria básica. Infraconstitucional. 1. Não se admite, no agravo regimental, a inovação de fundamentos. 2. Para ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que é possível o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação de serviços de telecomunicação, nos termos da LC nº 87/96, em razão de o Decreto nº 640/62 equiparar, para todos os efeitos legais, tais serviços à indústria básica, seria necessário o reexame da causa à luz desses diplomas. 3. A afronta ao texto constitucional, se houvesse, seria reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. 4. Agravo regimental não provido.” (ARE 941.235 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 29.9.2016) Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES.

[Institucional](#)[Processos](#)[Repercussão Geral](#)[Jurisprudência](#)[Publicações](#)[Comunicação](#)

06.11.2018) Nesse contexto, proponho a revisão do reconhecimento da repercussão geral assentado no tema 218, tendo em vista a existência de precedentes nesta Corte no sentido de que a verificação da destinação da energia elétrica, para fins de obtenção de crédito de ICMS demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos, bem como possui índole infraconstitucional. Desse modo, quanto ao caso concreto, tendo em vista que o direito a crédito do ICMS relativo à energia elétrica utilizada no processo produtivo de alimentos que comercializa em supermercado apresenta índole infraconstitucional, a proposta é de revisão da tese, fazendo constar a redação: **Não possui repercussão geral o debate sobre o direito de supermercado a crédito do ICMS relativo à energia elétrica utilizada no processo produtivo de alimentos que comercializa.**

É como voto.