



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 588.840 - PE (2014/0247393-5)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **AC LIRA TRANSPORTES LTDA**
ADVOGADO : **LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA E OUTRO(S) - PE025575**
AGRAVADO : **ESTADO DE PERNAMBUCO**
PROCURADOR : **ROSANA WANDERLEY CAMPOS E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SOCIEDADE EMPRESÁRIA TRANSPORTADORA. CREDITAMENTO DECORRENTE DA AQUISIÇÃO DE INSUMOS. AÇÃO ANULATÓRIA. CONTROVÉRSIA SOBRE A NATUREZA DOS BENS CONSIDERADOS NOS AUTOS DE INFRAÇÃO. MATÉRIA RELEVANTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. CARACTERIZAÇÃO.

1. Os órgãos judiciais estão obrigados a se manifestar, de forma adequada, coerente e suficiente sobre as questões relevantes suscitadas para a solução das controvérsias que lhes são submetidas a julgamento, mormente quando provocados por meio de embargos de declaração, caso em que, persistindo a omissão, fica caracterizada a violação do art. 535 do CPC/1973.

2. Tratando-se de anulação de autos de infração, cujo vício é relacionado à natureza das mercadorias, não se pode pôr fim adequadamente à lide sem um mínimo de delimitação fática das provas dos autos pertinentes a essa característica, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação, pois a contextualização do conjunto fático-probatório é necessária para a abertura das instâncias recursais superiores e até para eventual reavaliação da situação considerada pelo órgão julgador *a quo*, uma vez que é vedado o exame de fatos e provas nos tribunais superiores.

3. Hipótese em que, ante a controvérsia sobre a natureza de insumo ou de material de uso ou consumo, deve o órgão judicial *a quo*, ao decidir pela possibilidade do creditamento de ICMS, especificar a natureza das mercadorias adquiridas pela parte autora.

4. Agravo interno não provido.

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 interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 26 de setembro de 2017 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 588.840 - PE (2014/0247393-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno de AC LIRA TRANSPORTES LTDA. contra decisão que, por violação do art. 535 do CPC/1973, deu provimento ao recurso especial do ESTADO DE PERNAMBUCO para que o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco se manifestasse sobre prejudiciais de mérito quanto ao direito de creditamento de ICMS relativo a insumos utilizados na prestação de serviços de transporte.

A agravante sustenta a inexistência de violação do art. 535 do CPC/1973, porquanto a controvérsia posta nos autos não trata de creditamento de bens destinados ao ativo fixo, ao uso e ao consumo e, caso assim quisesse, o Estado "deveria ele ter requerido perícia judicial no momento processual oportuno, de modo a demonstrar que os créditos de insumos glosados pela autoridade fiscal e que justificaram os autos de infração 001.13187/93-9, 001.13188/93-5, 001.07520/92-3 e 001.07520/92-3 eram relativos a produtos que não poderiam ser considerados insumos ou que eles foram tomados no período em que o contribuinte estaria a gozar do sistema de base de cálculo reduzida (ainda que fosse permitido esse último rechaço)" (e-STJ fl. 1.076).

Alega em síntese (e-STJ fls. 1.087 e seguintes):

Não houve qualquer omissão e/ou contradição do E. TJPE no enfrentamento das teses fazendárias levantadas em segundo grau de jurisdição, pois todas elas são desconexas com o pedido, a causa de pedir e com a estabilização da demanda operada.

Todos os pontos controvertidos foram devidamente apreciados, à luz da tutela jurisdicional pleiteada pela agravante, bem como os julgados são todos conexos e coadunantes com os pedidos formulados nos autos, com o relatório e fundamentação de cada decisão judicial lançada, inexistindo qualquer espécie de contradição interna que justificasse o uso dos embargos de declaração, seja na vigência do artigo 535 do CPC/1973, seja na vigência do artigo 1022 do NCPC.

Registre-se, como não poderia deixar de ser, que as decisões do E. TJ PE estão em consonância com a jurisprudência do Col. STJ no que se refere ao direito de creditamento do ICMS pago na aquisição de insumos necessários à atividade de transporte rodoviário, bem como que são indevidas as vedações de creditamento em razão do contribuinte estar a gozar de redução de base de cálculo, respeitadas as decidas proporções. Não há, por conseguinte, qualquer afronta aos julgados do STJ citados nos recursos do Estado de Pernambuco, porque os autos tratam de matéria totalmente diversa.

Impugnação apresentada pelo ESTADO DE PERNAMBUCO pela manutenção da decisão agravada, ao argumento de que "não há dúvidas quanto a legalidade das autuações, sendo que a própria recorrida reconhece que foi autuada porque creditou-se da aquisição de itens que a legislação estadual considera como de uso e consumo. A LC 87/96 é clara quanto à impossibilidade do crédito de aquisição de bens destinados a uso e consumo, antes do prazo nela previsto, atualmente postergado para 2020 pela LC 138/2010" (e-STJ fl. 1.123).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 588.840 - PE (2014/0247393-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Como registrado na decisão agravada, em novembro de 1996, AC LIRA TRANSPORTES LTDA. ajuizou ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária contra o ESTADO DE PERNAMBUCO, objetivando "declaração de que é legítimo seu direito ao creditamento de insumos adquiridos para a prestação do serviço de transporte no âmbito do Estado de Pernambuco, tanto os créditos já aproveitados, como os que o serão nas aquisições vincendas de insumos" (e-STJ fl. 16).

Expressamente, apontou (e-STJ fl. 3):

No caso presente, através do pedido principal, deseja a autora obter do judiciário:

A nulidade dos Proc. Administrativos n.. 001.13187/93-9, 001.13188/93-5;

A declaração de que poderá aproveitar o crédito decorrente da aquisição de insumos para a prestação de serviços de transporte rodoviário de cargas, adotando a alíquota cheia; .

Que os créditos até hoje compensados, sejam referendados pelo Poder Judiciário, declarando-se por consequência a procedência do citado aproveitamento.

Na causa de pedir, narrou (e-STJ fls. 4/5):

O fato é que desde a instituição do ICMS para a prestação de serviço de transporte, as empresas do setor não podem exercer o legítimo direito ao crédito decorrente da aquisição de insumos para a prestação já citada, pois no mesmo momento em que foi instituído o ICMS, as Secretarias de Fazenda de todos os Estados Brasileiros, através do CONFAZ, acordaram em instituir a sistemática da base de cálculo reduzida, que, em contra-partida, veda o aproveitamento do crédito.

A petionária, optou durante algum tempo pela redução de base de cálculo, mas entendeu que sofria prejuízos mensais, já que as compras de insumos para a prestação de serviço eram muito elevadas e geravam créditos que, somados, proporcionam uma maior redução do quantum a ser recolhido mês a mês, e passou então a utilizar-se da alíquota cheia (17 e 12%), consoante demonstra pela cópia do conhecimento de transporte em anexo.

Interpôs procedimento administrativo com planilhamento de crédito, informando ao Fisco os insumos que desejava apropriar-se, acostando informativo com listagem de levantamento analítico fiscal.

Ocorreu, entretanto, que o Fisco Estadual não se conformou com dito procedimento, alegando que somente são legítimos créditos decorrentes de aquisições de combustíveis e lubrificantes, e que outros itens como peças de reposição, pneus, lonas enceradas, entre outros que se desgastam integralmente quando da prestação de serviços, não podem ser objeto de crédito em favor da empresa.

Nesta conformidade, a autora sofreu autuação, ofereceu defesa, que foi julgada improcedente, vindo daí a interposição de Recurso Administrativo ao TATE, que finalmente julgou improcedente o procedimento utilizado pela autora, asseverando que, verbis:

"...5. PROIBIÇÃO LEGAL (ART. 4º § 10, DA LEI 10.654/91) DE QUE AS INSTÂNCIAS JULGADORAS ADMINISTRATIVAS SE PRONUNCIEM SOBRE O ASSUNTO..."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ora, se os Srs. julgadores administrativos encontram-se impedidos de discutir questões que possam comprometer a constitucionalidade de Leis Estaduais que ferem a Lei Maior, só resta à proponente a interposição da presente demanda.

Consoante pode ver V.Exa., o auto lavrado é agora acostado, nele observando-se o equívoco representado pela falsa idéia de que insumos para a prestação de serviço de transporte seria material de uso e consumo.

De logo, também se vê, que o que é insumo, jamais será classificado como material de consumo ou de uso do estabelecimento, pois em se desgastando integralmente na geração do serviço, é imprescindível que tenha classificação diversa.

Assim, pecou o Estado de Pernambuco, quando, através de seu preposto fazendário, entendeu que, em sendo os produtos para uso e consumo, não poderiam ser objeto do crédito, e errou também ao exigir o pagamento do diferencial quando de sua aquisição de outros Estados da Federação, pois dito mandamento somente se aplica ao que na realidade é material de consumo.

Ainda mais quando a própria Lei Complementar 87/96, referendou o entendimento aqui defendido, permitindo atualmente até mesmo o creditamento de bens pertencentes e incorporados ao ativo fixo.

[...]

Como pode-se notar, o Direito de creditamento que somente será concedido em datas determinadas, haverá de ser reconhecido pelo Poder Judiciário, inclusive para evitar o fechamento de empresas visionárias, pois, qual a justificativa para que se reconheça a prerrogativa de abatimento dos custos, para que se reconheça que devem os itens serem objeto de creditamento no futuro, e não o sejam agora.

Ao final, pediu (e-STJ fl. 16):

A concessão da tutela antecipada no sentido de que seja sustada imediatamente a tramitação dos Processos Administrativos n. 001.13187/93-9, 001.13188/93-5, bem como suas respectivas inscrições em dívida ativa

Pede ainda que, liminarmente, sejam sustadas as tramitações das execuções fiscais que foram interpostas relativamente aos processos administrativos 001.07519/92-5 e 001.07520/92-3, [...]

A procedência da presente com a obtenção pela autora de declaração e reconhecimento judiciais de que é legítimo seu direito ao creditamento de insumos adquiridos para a prestação do serviço de transporte no âmbito do Estado de Pernambuco, tanto os créditos já aproveitados, como os que o serão nas aquisições vincendas de insumos.

Em consequência do item anterior, seja nula de pleno direito os processos administrativos citados neste trabalho, assim como extintas as execuções fiscais já interpostas, e ainda, as que venham a ser realizadas durante o trâmite da presente ação e posteriormente que tenham por objeto a vedação ao direito de aproveitamento creditício discutido nesta petição. (Grifos acrescidos).

380/381): No primeiro grau, o pedido foi julgado procedente nestes termos (e-STJ fl.

Em resumo, a Constituição Federal, para o fim de concretizar o Princípio da não-cumulatividade do ICMS, determina o sistema de compensação por creditamento.

Assim, conflita com a Carta Magna a adoção de qualquer outro sistema, como, por exemplo, o da redução da base de cálculo, mesmo que seja por opção do contribuinte, ou, da não permissão do aproveitamento de créditos na aquisição de insumos, vez que a Carta Magna não os restringiu.

A redução da base de cálculo não impede a utilização decorrente das entradas de mercadorias e insumos utilizados na prestação de serviços de transporte rodoviário de carga, desde que respeitada a mesma proporção. Direito assegurado constitucionalmente que não pode ser suprimido ou restringido por lei complementar, lei, decreto, regulamento ou convênio. A lei complementar - aí incluídos os convênios -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem por objetivo, tão-somente, regulamentar o procedimento de constituição, registro e utilização do crédito, jamais reduzir, ou pior, suprimir garantia constitucional, no caso, a não-cumulatividade do ICMS, sob pena de admitir-se a cobrança cumulada do imposto. [...]

Isto posto, a lume do art. 155, § 2º, I, da CR, julgo procedente o pedido para declarar o direito da Autora ao creditamento de ICMS pago quando da aquisição de insumos para a prestação de serviços de transporte rodoviário de carga, e, em consequência, ratificando, em todos os seus termos, a antecipação da tutela jurisdicional deferida às fls. 240/244 e 273 e declaro, por consequência, nulos os lançamentos tributários de ICMS representados .pelos processos administrativos nºs. 001.13187/93-9, 0.011.3188/93^001-075.19/92-S e 001.07520/92-3.

O Estado, então, apelou, sustentando que as mercadorias destinadas ao ativo fixo, ao uso e ao consumo, ainda que utilizadas na prestação do serviço de transporte, não dariam direito ao crédito e que os fatos geradores, no caso, ocorreram antes do início de vigência da previsão legal do direito de crédito derivado das mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento (art. 33 da Lei n. 87/1996). Vejamos a propósito (e-STJ fls. 390/394):

Os materiais indicados pela Autora, como utilizados para creditamento de ICMS foram: mercadorias para recuperação de veículos, caminhões, tratores, máquinas, equipamentos (porcas, molas, parafusos, pneus, correias, filtros, óleos, combustíveis dentre outros). Por outro lado, informa que sua atividade consiste em prestação de serviços de transporte interestadual.

Ora, mencionados materiais - apesar de utilizados na atividade da Autora - não integram nem poderiam integrar o produto de sua atividade econômica, que consiste na prestação de serviços de transporte. Trata-se de bens do ativo fixo da Autora. É óbvio que se deterioram com o uso contínuo, mas se deterioram como todo bem material.

Pelo seu raciocínio, todo e qualquer bem adquirido, porque útil à sua atividade, permitiria o creditamento do ICMS. Assim, facilmente se percebe o desacerto na tese da Autora.

Igualmente, não gera crédito a aquisição de bem para uso e consumo do estabelecimento (art. 30, I, "b", da Lei estadual n.º 10.259).

[...]

É de se ressaltar que os fatos geradores descritos nos Autos de Infração que se intencionam anular ocorreram em período anterior ao que as empresas, legitimamente, puderam creditar-se no ICMS, no que se refere aos bens de consumo. De fato, a Lei Complementar n.º 99, de 1999, modificou a redação conferida ao art. 33 da Lei Complementar n.º 87, de 1996, o qual trata especificamente da possibilidade de aproveitamento dos créditos relativos às mercadorias do uso e consumo de uma empresa.

[...]

Destaque-se, na oportunidade, que - com o advento da Lei Complementar n.º 114, de 2002 - esse prazo foi prorrogado, de forma que "somente gerarão crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de janeiro de 2007".

Observe-se que o direito à não-cumulatividade nunca foi suprimido pelo Estado. O que ele fez, com a Lei Complementar n.º 87, de 1996, e com a Lei estadual n.º 11.408, de 1996, foi estender, por razões de ordem meramente política (política fiscal), este direito, à medida que, creditando-se também pela entrada de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, incrementa-se o comércio e a indústria nacionais. Ou seja, por fatores político-sociais - e não jurídicos -, o legislador complementar foi muito mais além do que previa o princípio constitucional da não-cumulatividade. Como a regulação foi para incrementar e aumentar direito, é legítima a sua instituição pelo veículo legal apropriado.

Assim, como a Constituição deixa bem claro que compete à Lei Complementar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"disciplinar o regime de compensação do imposto", não restam dúvidas de que esta possa vir a alterar seu entendimento - somente no sentido de ampliar este direito, é claro - dispondo poderem ser compensados os produtos e mercadorias destinados ao uso e consumo do estabelecimento.

[...]

Desta feita, resta fora de dúvidas que a Autora não poderia se creditar no ICMS, decorrente da aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo em sua atividade de prestação de serviços de transportes interestaduais. Como o fez, teve contra si lavrados os Processos Administrativos n.º 001.07519/92-5, n.º 001.07520/92-3, n.º 001.13187/93-9 e n.º 001.13188/93-5, cuja validade restou devidamente demonstrada. (Grifos acrescidos).

O Tribunal de Justiça, entretanto, manteve a sentença, com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 591 *et seq*):

As alegações trazidas à baila pelo agravante não são capazes de convencer sobre o postulado desacerto da decisão recorrida, razão pela qual entendo que a mesma deve ser mantida em todos os seus termos, senão vejamos.

Primeiramente, com relação ao requerimento de prevenção do relator do AI n.º 136907-9 não deve prosperar, isto porque, o referido processo já foi baixado para o juízo de origem desde de 29/04/2010, logo, não se deve falar em prevenção.

No mais, quanto ao argumento de que a ora agravada teria renunciado ao direito em que se funda a ação por causa da adesão ao parcelamento, verifico que não consta nos autos o referido requerimento e a renúncia ao direito da ação deve ser expressa nos autos do processo e não automática com a adesão ao parcelamento.

A questão controvertida devolvida a esta Corte de Justiça diz respeito à possibilidade de creditamento de ICMS pago na aquisição de insumos para o serviço de transporte rodoviário de carga, encontra-se sedimentada na jurisprudência do STJ, conforme aresto abaixo ementado:

[...]

Sendo assim, o direito ao crédito do ICMS sobre as mercadorias, insumos ou produtos ingressados no estabelecimento é assegurado pela Constituição Federal e não pode ser impedido ou limitado senão pela própria Constituição.

Desta monta, contraria com a Carta Magna a adoção de qualquer outro sistema, como, **por exemplo, o da redução da base de cálculo**, mesmo que seja por opção do contribuinte, ou, da não permissão do aproveitamento de créditos na aquisição de insumos, tendo em vista que a norma constitucional não os restringiu.

Por outro lado, a CF/88, ao suprimir do art. 155, § 2º, I, a frase "nos termos do disposto em lei complementar", que havia no art. 23, II, da Constituição Federal anterior, vedou a possibilidade de compensação do crédito por meio de convênio, lei complementar ou lei ordinária.

O direito de compensação, assegurado por expressa disposição constitucional, passou a constituir um direito subjetivo do contribuinte e que não pode ser restringido senão pela própria Constituição, como o faz quando a operação seguinte estiver ao abrigo de isenção ou não-incidência. Por fim, a lei complementar, ao dispor sobre a forma das isenções ou incentivos, não pode alterar os cânones constitucionais (art. 155 da CF/88, § 2º, inc. II, "a" e "b"), muito menos está na esfera dos Convênios ou de regulamentos estaduais estabelecerem o contrário, posto que toda a interpretação de dispositivos constitucionais e de outras leis não pode atentar contra o art. 155, § 2º, da CF/88.

Assim, toda a legislação posterior - convênios, decretos e leis estaduais - ofende a regra da não-cumulatividade e estende indevidamente a interpretação do art. 155, § 2º, I



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e II, letras "a" e "b", à redução da base de cálculo. (Grifos acrescidos).

Na sequência, foram opostos embargos de declaração pelo Estado, nos quais alega: **i) omissão "em analisar a questão de mérito da presente demanda, atinente ao creditamento relativo às aquisições de bens de uso e consumo**, assim como também apresenta contradição, por julgar *extra petita*, mantendo a sentença fundamentada na proibição de utilização de créditos relativamente à redução de base de cálculo do ICMS, matéria que não é objeto desta ação" (e-STJ fl. 605); **ii) omissão e contradição, "na medida em que a fundamentação do voto ora trata de redução da base de cálculo (matéria estranha à lide), ora da aquisição de insumos (quando se trata de bens de uso e consumo). Já a omissão está na ausência de exame das razões do embargante, no sentido de que a Lei Complementar n. 87/96 somente prevê a possibilidade do creditamento relativo aos bens de uso e consumo a partir de 2020** (cf. LC 138/2010), tendo o Superior Tribunal de Justiça e o próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, considerado válida a proibição do crédito" (e-STJ fl. 607); e **iii) omissão, pois "o acórdão também ignorou o fato registrado no Agravo de que o mérito da ação chegou a ser propriamente examinado, em decisão já transitada em julgado, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento n. 0302760-5, interposto exatamente para atribuir efeito suspensivo ao apelo"** (e-STJ fl. 607).

Porém, o recurso integrativo foi rejeitado sem qualquer acréscimo à fundamentação do acórdão embargado (e-STJ fls. 615/618).

O Estado de Pernambuco, então, interpôs recurso especial, alegando violação dos arts. 460 e 535 do CPC/1973 e do art. 33 da LC n. 87/1996.

Por decisão datada de 23 de maio de 2017, dei provimento ao recurso especial, assim (e-STJ fls.1.065/1.068):

Do que se observa, forçoso o reconhecimento da violação do art. 535 do CPC/1973.

Como de amplo conhecimento, os órgãos judiciais estão obrigados a se manifestarem, de forma adequada, coerente e suficiente, sobre as questões relevantes suscitadas para a solução das controvérsias que lhes são submetidas a julgamento, mormente quando provocados por meio de embargos de declaração, caso em que, persistindo a omissão, resta caracterizada a violação do art. 535 do CPC/1973. A respeito, dentre outros: REsp 1385716/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/12/2015; REsp 1166337/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/05/2012.

Na hipótese dos autos, nota-se que as teses suscitadas nos aclaratórios são relevantes à correta e completa solução da lide, na medida em que, prejudiciais de mérito, têm potencial para alterar a conclusão do acórdão recorrido.

Ante o exposto, com base no art. 34, XXV, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para DAR PROVIMENTO ao recurso especial, por violação do art. 535 do CPC/1973, cassar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal de Justiça, em novo julgamento dos embargos de declaração, manifeste-se, de forma precisa e suficiente, a respeito das teses fazendárias.

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, tenho que a decisão deve ser mantida, como adiante explicito.

Como relatado, a ação visa anulação de autos de infração lavrados em razão do creditamento indevido do ICMS incidente sobre mercadorias alegadamente qualificadas como insumos. Na inicial, nada se disse quanto à impossibilidade de creditamento em razão da fruição concomitante do benefício da base de cálculo reduzida, embora essa hipótese tenha sido citada no histórico do fatos narrados pela autora e, a título de exemplo, na sentença e no acórdão recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Estado de Pernambuco, por sua vez, controverte a natureza das mercadorias adquiridas pela sociedade empresária, defendendo a destinação para o uso e consumo, situação que não legitimaria os creditamentos realizados em razão de impedimento temporal, nos termos da legislação.

A controvérsia instaurada pelas partes a respeito da qualificação das mercadorias, se insumos ou não, **é relevante e decisiva** para a **correta e completa** solução do litígio, tendo em vista, se o caso, conforme as provas dos autos, a necessidade de observância do art. 33 da Lei n. 87/1996.

É que, tratando-se de anulação de autos de infração, cujo vício é relacionado à natureza das mercadorias, não se pode pôr fim adequadamente à lide sem um mínimo de delimitação fática das provas dos autos pertinentes à essa característica, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação. Ademais, a contextualização do conjunto fático-probatório é necessária para a abertura das instâncias recursais superiores e até para eventual reavaliação da situação considerada pelo órgão julgador *a quo*, uma vez ser vedado o exame de fatos e provas nos tribunais superiores.

A respeito, pela caracterização da relevância da omissão pertinente à natureza das mercadorias/insumos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. DIREITO AO CREDITAMENTO NA AQUISIÇÃO DE BENS PARA USO E CONSUMO. MARCO TEMPORAL PREVISTO NO ART. 33 DA LC 87/96. VALIDADE. PRECEDENTES.

1. A controvérsia gira em torno da validade do prazo estipulado pelo art. 33 da LC 87/96 para fins de creditamento de ICMS decorrente da aquisição de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento.

2. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que "[...] são legítimas as restrições impostas pela Lei Complementar 87/96, inclusive a limitação temporal prevista em seu art. 33, para o aproveitamento dos créditos de ICMS em relação à aquisição de bens destinados ao uso e consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento contribuinte"** (AgRg no REsp 1.551.763/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3/2/2016). Precedentes: AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/11/2012; AgRg nos EDcl no AREsp 76.575/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/6/2012.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1.281.952/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 15/08/2017). (Grifos acrescidos).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. [...] ICMS. AQUISIÇÃO DE INSUMOS QUE SE DESTINAM À ATIVIDADE FIM DA EMPRESA TRANSPORTADORA. LIMITAÇÃO TEMPORAL IMPOSTA PELO ART. 33 DA LC 87/1996. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA DESPROVIDO.

[...]

3. **A jurisprudência consolidada desta Corte Superior reconhece o direito da sociedade empresária prestadora de serviços de transporte ao creditamento do ICMS relativo à aquisição de combustível, lubrificante e peças de reposição utilizados para prestação de seus serviços, uma vez que esses se caracterizam como insumos.** Precedentes: REsp. 1.435.626/PA, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe 13.6.2014; RMS 32.110/PA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 20.10.2010.

4. **Por outro lado, a questão referente à legalidade das restrições temporais estabelecidas pelo art. 33 da LC 87/1996, que previu que somente as mercadorias**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1o. de janeiro de 2003 poderiam ser creditadas, não foi debatida pelo Tribunal de origem, e tampouco foi objeto de insurgência nos Embargos Declaratórios opostos na origem. Assim, ante a ausência de prequestionamento, incide o óbice da Súmula 211 desta Corte.

5. Agravo Interno do Estado de Santa Catarina desprovido.

(AgInt no REsp 1.208.413/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017). (Grifos acrescidos).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC INEXISTENTE. ICMS. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRODUTO INTERMEDIÁRIO. ESSENCIALIDADE. BEM DE CONSUMO OU USO. LIMITAÇÃO TEMPORAL. LEGITIMIDADE. SACOLAS PLÁSTICAS. PRODUTO PRESCINDÍVEL E DESPROVIDO DE ESSENCIALIDADE À ATIVIDADE EMPRESARIAL. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ.

[...]

5. Aos demais bens adquiridos ao uso ou consumo do estabelecimento somente poderão gerar créditos quando superada a limitação temporal prevista no art. 33 do normativo complementar. AgRg no AREsp 126.078/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; RMS 37.329/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 31/10/2012.

6. Nos contornos delineados pela Corte de origem, somente é possível classificar as alegadas "sacolas plásticas" como bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois não têm essencialidade na atividade empresarial da contribuinte, sendo inclusive, prescindíveis, pois configuram mero regalo posto à disposição dos consumidores.

7. Consolidou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador frente às circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual incabível a revisão em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

8. O afastamento do óbice apontado somente é possível quando a verba honorária é fixada em patamar exorbitante ou irrisório, o que não ocorreu na espécie.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.393.151/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014). (Grifos acrescidos).

Assim, embora, de fato, tenha sido genérica a afirmação de que "as teses suscitadas nos aclaratórios são relevantes à correta e completa solução da lide, na medida em que, prejudiciais de mérito, têm potencial para alterar a conclusão do acórdão recorrido", a omissão relevante ali referida (na decisão agravada) é atinente à qualificação das mercadorias/insumos que levaram à lavratura dos autos de infração.

Essa conclusão extrai-se nitidamente do histórico acima mencionado, que revela a ausência de relevância quanto ao alegado julgamento *ultra petita*, inexistente, e à alegação de existência de coisa julgada, que, caso fosse pertinente, não foi suscitada pelo Estado no momento oportuno.

Assim, não havendo prejuízo à parte agravante no reconhecimento da parcial generalidade do fundamento mencionado, mantém-se a decisão agravada, pelo reconhecimento da violação do art. 535 do CPC/1973, com a anotação de que está vinculada à ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pronunciamento sobre a natureza das mercadorias/insumos que levaram à autuação fiscal.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0247393-5

**AgInt no
AREsp 588.840 / PE**

Números Origem: 00119961241439 0124143551996817001 03027605 119961241439 124143551996817001
1960863894 1960863908 3027605 302760500

PAUTA: 26/09/2017

JULGADO: 26/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra REGINA HELENA COSTA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ROSANA WANDERLEY CAMPOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : AC LIRA TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA E OUTRO(S) - PE025575

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : AC LIRA TRANSPORTES LTDA
ADVOGADO : LUIZ KEHERLE CORDEIRO BEZERRA E OUTRO(S) - PE025575
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : ROSANA WANDERLEY CAMPOS 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 interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.