



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.262.184 - ES (2010/0000386-8)**

**RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
**AGRAVANTE : CHOCOLATES GAROTO S/A**  
**ADVOGADO : PAULO SÉRGIO RAGA E OUTRO(S)**  
**AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**  
**PROCURADOR : JORGE GABRIEL RODNITZKY E OUTRO(S)**

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. CREDITAMENTO DE VALORES INCIDENTES SOBRE BENS DE USO E CONSUMO DA EMPRESA. OPERAÇÕES ANTERIORES À LC Nº 66/88. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A apreciação do art. 3º do Decreto-Lei 406/6 é vedada a esta Corte, pois tal dispositivo reproduz o previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88, que trata do princípio constitucional da não-cumulatividade, o que atrai a competência da Suprema Corte (art. 102, inciso III, da Constituição Federal)" (AgRg no Ag 753.018/GO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ 11/2/08).

2. "A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que, no regime do Convênio ICM 66/88, ou seja, antes da vigência da LC 87/96, inexistia direito ao creditamento do ICMS recolhido em razão da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo" (REsp 802.872/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/10).

3. Agravo regimental 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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

**MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
Presidente e Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.262.184 - ES (2010/0000386-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
**AGRAVANTE** : CHOCOLATES GAROTO S/A  
**ADVOGADO** : PAULO SÉRGIO RAGA E OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROCURADOR** : JORGE GABRIEL RODNITZKY E OUTRO(S)

### RELATÓRIO

#### **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:**

Trata-se de agravo regimental interposto por CHOCOLATES GAROTO S/A contra decisão de minha relatoria que negou provimento ao agravo de instrumento ao fundamento de que: **a)** a alegação de ofensa ao art. 3º do Decreto-lei 406/68 não pode ser conhecida porquanto o conteúdo da norma constitui mera repetição de dispositivo constitucional; **b)** a matéria tratada no art. 105, § 4º, do CTN ressenete-se do indispensável requisito do prequestionamento; **c)** está de acordo com a jurisprudência desta Corte o entendimento firmado pelo Tribunal de origem no sentido de que a aquisição dos bens consumidos no processo industrial, antes da entrada em vigor da Lei Complementar 87/96, não gera direito a crédito de ICMS.

A parte agravante alega que o princípio da não cumulatividade tem assento na Constituição Federal, mas foram estabelecidas normas gerais com o objetivo de lhe dar cumprimento, não se tratando de normas reprodutoras, mas regulamentadoras e específicas. Argumenta que os lubrificantes e combustíveis adquiridos pela empresa foram consumidos no processo de transformação industrial, razão por que teriam direito ao crédito do ICMS relativos a esses produtos.

Aduz que seu recurso especial foi interposto sob a alegação de que o Tribunal *a quo* negara vigência às normas infraconstitucionais, quais sejam, o Decreto-Lei 406/68, o Convênio 66/68, a LC 87/96, além do Código Tributário Nacional.

É o relatório.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.262.184 - ES (2010/0000386-8)**

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ICMS. CREDITAMENTO DE VALORES INCIDENTES SOBRE BENS DE USO E CONSUMO DA EMPRESA. OPERAÇÕES ANTERIORES À LC Nº 66/88. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. "A apreciação do art. 3º do Decreto-Lei 406/6 é vedada a esta Corte, pois tal dispositivo reproduz o previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88, que trata do princípio constitucional da não-cumulatividade, o que atrai a competência da Suprema Corte (art. 102, inciso III, da Constituição Federal)" (AgRg no Ag 753.018/GO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ 11/2/08).

2. "A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que, no regime do Convênio ICM 66/88, ou seja, antes da vigência da LC 87/96, inexistia direito ao creditamento do ICMS recolhido em razão da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo" (REsp 802.872/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/10).

3. Agrado regimental não provido.

### **VOTO**

#### **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):**

Da análise dos autos, verifica-se que os argumentos apresentados pelo recorrente são insuficientes para fazer prosperar o presente recurso. Com efeito, a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim concebida:

Trata-se de agrado de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado por CHOCOLATES GAROTO S/A, com base no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo assim ementado (fls. 51/52e):

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS - PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - BENS DE USO E CONSUMO - OPERAÇÕES ANTERIORES À LC Nº 87/96 - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO CONVÊNIO Nº 66/88 - MERCADORIAS PROMOCIONAIS PARA REVENDA E DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - DIREITO AO CREDITAMENTO - PRETENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSOS DESPROVIDOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SENTENÇA MODIFICADA EM SEDE DE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### REMESSA OFICIAL.

1. Somente com o advento da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), o ordenamento jurídico tributário brasileiro passou a autorizar o aproveitamento, para fins de compensação nas operações seguintes, dos créditos extemporâneos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento comercial, os quais eram vedados expressamente pelo Convênio ICMS nº 66/88 (art. 31, II e III), aplicado provisoriamente por força do art. 34, § 8º, do ADCT.

2. A Lei Complementar nº 87/96 afastou expressamente a retroatividade de sua incidência, ao estatuir que *"somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998; (...)"* (art. 33, inc. I), cujo termo inicial foi sucessivamente alterado pelas LC nº 92/97, 99/99, 102/2000, 114/2002 e 122/2006). Com efeito, não se pode aplicar retroativamente as disposições de tal diploma legal, que instituiu novas regras para o aproveitamento de créditos de ICMS, pois não possui natureza meramente interpretativa (art. 106 do CTN).

3. No presente caso, consoante as disposições do Convênio ICMS nº 66/88, em vigor à época dos fatos, não há o pretense direito ao aproveitamento de créditos provenientes da compra de lubrificantes e combustíveis utilizados em veículos de transporte de cargas da requerente, os quais, embora possam onerar os custos da comercialização de mercadorias tributadas, não são considerados insumos que integrem fisicamente o produto final, segundo o critério do crédito físico eleito pela norma legal de regência. Orientação pacífica no STJ e neste Tribunal.

4. É inegável o direito de creditar-se do valor correspondente ao ICMS pago na entrada (aquisição) de materiais promocionais destinados à revenda pela requerente, os quais foram erroneamente classificados como bens de uso e consumo e tributados na saída (venda) do estabelecimento comercial.

5. Se a requerente procedeu ao débito do valor referente à diferença entre a alíquota interestadual e a interna, complementando o ICMS pago pelo fornecedor por ocasião da entrada das mercadorias promocionais, em virtude do mencionado equívoco quanto à classificação de tais bens, avulta o seu direito de creditar-se do valor do tributo recolhido a título de diferencial de alíquotas, em obediência ao princípio da não-cumulatividade.

6. O art. 30 do Convênio ICMS nº 66/88 condicionava o direito de crédito à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação. E o art. 52 da Lei estadual nº 4.217/89 exigia que o lançamento de qualquer crédito do imposto, para efeito de compensação, fosse realizado no período em que se verificasse a entrada da mercadoria no estabelecimento, disposição idêntica à do art. 65 do Regulamento do Código Tributário Estadual (Decreto nº 2.425-N/87). Desse modo, não poderia a requerente creditar-se de quaisquer valores relativos ao ICMS recolhidos anteriormente à vigência da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei estadual nº 5.298/96, a fim de compensá-los com o montante devido nas operações seguintes.

7. De outro lado, quanto aos créditos de ICMS originários da entrada de mercadorias promocionais e diferencial de alíquota, objeto das notas fiscais emitidas após o dia 01 de novembro de 1996, data da entrada em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigor da Lei Complementar nº 87/96, não incide a limitação temporal prevista no art. 33, I, deste diploma legal, resultando daí a legalidade dos créditos apropriados pela requerente em outubro de 1998, observado o prazo quinquenal estabelecido no art. 25, par. único, da Lei estadual nº 5.298/96.

8. Reconhecida a sucumbência recíproca, os honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente e compensados entre os litigantes, na forma do art. 21 do CPC (Súmula nº 306 do STJ).

9. Recursos desprovidos; modificada parcialmente a sentença, em sede de remessa necessária, para determinar a compensação das verbas honorárias.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 72/78e).

Alega a agravante, nas razões do especial, violação aos arts. 3º do Decreto-lei 406/68, 31, III, do Convênio - ICM 66/88, 19 e 20, § 1º, da Lei Complementar 87/96 e 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Afirma que a legislação anterior à LC 87/96 permitia que os produtos consumidos no processo industrial ou indispensáveis à composição do produto final resultassem em crédito de ICMS. Assevera, de outra parte, equívoco do aresto impugnado no que tange à limitação do período decadencial para lançamento do crédito extemporâneo do ICMS, nos termos da Lei Estadual 5.298/96 (fls. 81/91e).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 92/97e) e não admitido o recurso na origem (fls. 98/108e), foi interposto este agravo.

Decido.

Deve-se ressaltar, inicialmente, que a alegação de ofensa ao art. 3º do Decreto-lei 406/68 não pode ser conhecida, porquanto repetição de dispositivo constitucional. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 106 E 111, DO CTN. SÚMULAS 282 E 356/STF. ART. 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. REPRODUÇÃO DO ART. 155, § 2º, I, DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO RESERVADA AO STF. CREDITAMENTO DO ICMS. LC 87/96. IRRETROATIVIDADE. 1. É inviável o conhecimento do Recurso Especial quando a tese defendida pela recorrente e os artigos tidos por violados não foram objeto de debate e decisão no acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 282 e 356, do STF. 2. A apreciação do art. 3º, do Decreto-Lei 406/68, é vedada a esta Corte, pois tal dispositivo reproduz o previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88, que trata do princípio constitucional da não-cumulatividade, o que atrai a competência da Suprema Corte (art. 102, inciso III, da Constituição Federal). 3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no Ag 753.018/GO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ 11/2/08)

A pretensa ofensa ao art. 150, § 4º, do CTN, por sua vez, está ligada à interpretação do art. 53 da Lei 4.217/89, a qual foi apreciada pelo Tribunal a quo nos seguintes termos (fl. 76e):

Contudo, a toda evidência, a embargante introduziu nas razões de apelação fundamento jurídico não deduzido oportunamente nem debatido na instância de origem, em torno da possibilidade de aplicação à espécie do preceito contido no artigo 53 da Lei Estadual n. 4.217/89. Como se viu alhures, a mesma sustentara em primeira instância tão-somente a tese de incompatibilidade a restrição temporal imposta pelo artigo 52 do mesmo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diploma legal (ratificada pelo artigo 65 do RCTE/ES) com o prazo decadencial de cinco anos previsto nas legislações federal e estadual de regência, sem qualquer debate acerca da aplicabilidade da aventada regra permissiva do creditamento extemporâneo do ICMS. O que pretende a embargante, portanto, é inovar a causa de pedir exposta delimitadamente na petição inicial, expediente vedado em sede recursal, por força do artigo 264, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Aplica-se ao ponto, assim, o entendimento consolidado na Súmula 211/STJ, segundo o qual: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo".

De resto, o entendimento firmado na instância de origem no sentido de que a aquisição dos bens consumidos no processo industrial, antes da entrada em vigor da Lei Complementar 87/96, não gera direito a crédito de ICMS, está de acordo com a jurisprudência desta Corte sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E AO USO E CONSUMO. REGIME DO CONVÊNIO ICM 66/88. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO (OU COMPENSAÇÃO). PRETENSÃO DE SE RECUPERAR O ICMS ILEGALMENTE MAJORADO NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO. AUTORES (ORA RECORRENTES) QUE FIGURAM NA CONDIÇÃO DE "CONTRIBUINTES DE FATO". ILEGITIMIDADE.

1. A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que, no regime do Convênio ICM 66/88, ou seja, antes da vigência da LC 87/96, inexiste direito ao creditamento do ICMS recolhido em razão da aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado e ao uso e consumo.

(...)

3. Recurso especial não provido. (REsp 802.872/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 15/10/10)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - JULGAMENTO CITRA PETITA - NÃO-OCORRÊNCIA - ICMS - CREDITAMENTO - TRANSPORTE DE CARGAS - VEÍCULOS, PNEUS, LUBRIFICANTES ETC. - POSSIBILIDADE - PRODUÇÃO PROBATÓRIA - NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

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 ausência na apreciação de fundamento não configura julgamento citra petita.

3. A partir da vigência da LC 87/96, os produtos intermediários e insumos imprescindíveis à atividade empresarial do contribuinte ensejam direito de crédito, em razão do princípio da não-cumulatividade.

4. Hipótese em que o contribuinte dedica-se à prestação de serviços de transporte de cargas e pretende creditar-se do imposto recolhido na aquisição de veículos, peças de reposição, combustíveis, lubrificantes etc., que foram considerados pelo acórdão recorrido como material de consumo e bens do ativo fixo.

5. Necessidade de retorno dos autos à origem para verificação de quais insumos efetivamente integram e viabilizam o objeto social da recorrente.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Recurso especial provido. (REsp 1.090.156/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 20/8/10)

Por conseguinte, estando o acórdão recorrido em conformidade com a orientação emanada do STJ, incide, à espécie, o óbice da Súmula 83, aplicável, também, aos recursos interpostos pela alínea a do permissivo constitucional.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Intimem-se.

Ademais, melhor sorte não merece a alegação da agravante de que o objeto de discussão nos presentes autos se refere aos bens consumidos no processo industrial do produto final tributado. Isso porque o acórdão recorrido caracterizou os bens em discussão como de uso e consumo do estabelecimento, *in verbis* (fl. 59e):

... não há o pretenso direito ao aproveitamento de créditos provenientes da compra de lubrificantes e combustíveis utilizados em veículos de transporte de cargas da requerente, os quais, embora possam onerar os custos da comercialização de mercadorias tributadas, não são considerados insumos que integrem fisicamente o produto final, segundo o critério do crédito físico eleito pela norma legal de regência".

Dessa forma, para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias seria necessário o reexame do contexto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0000386-8

AgRg no  
Ag 1.262.184 / ES

Números Origem: 035050007240 03505000724020090069 200900692904 35050007240

EM MESA

JULGADO: 02/10/2012

#### Relator

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

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

AGRAVANTE : CHOCOLATES GAROTO S/A  
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO RAGA E OUTRO(S)  
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PROCURADOR : JORGE GABRIEL RODNITZKY E OUTRO(S)

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

#### AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CHOCOLATES GAROTO S/A  
ADVOGADO : PAULO SÉRGIO RAGA E OUTRO(S)  
AGRAVADO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PROCURADOR : JORGE GABRIEL RODNITZKY E OUTRO(S)

#### CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.