



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.396.201 - RS (2013/0250280-2)**

**RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
**AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROCURADOR : FÁBIO WERHÄUSER E OUTRO(S)**  
**AGRAVADO : BRF - BRASIL FOODS S/A**  
**ADVOGADO : SILVIO LUIZ DE COSTA E OUTRO(S)**

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL NO PROCESSO PRODUTIVO (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS). PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. RETORNO DOS AUTOS PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que identificar os produtos ou insumos que integram o processo produtivo e se agregam à mercadoria para posterior circulação demanda conhecimento técnico e especializado, porquanto a prova do fato é complexa diante da diversificação da atividade empresarial.

2 Não há falar em incidência da Súmula 7/STJ no caso dos autos, porquanto não foi efetuada análise das provas constantes no processo, mas apenas determinação para realização de perícia ante a complexidade técnica da causa.

3. Agravo Regimental 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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 22 de abril de 2014(data do julgamento).

**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.396.201 - RS (2013/0250280-2)**

**RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN**  
**AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**PROCURADOR : FÁBIO WERHÄUSER E OUTRO(S)**  
**AGRAVADO : BRF - BRASIL FOODS S/A**  
**ADVOGADO : SILVIO LUIZ DE COSTA E OUTRO(S)**

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator):** Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial da BRF - Brasil Foods S/A para anular o acórdão recorrido e determinar a realização da prova pericial requerida. (fls. 397-401, e-STJ).

O agravante alega, em síntese:

A parte não demonstrou o *fumus boni iuris* (eventual possibilidade de o resultado da perícia vir a favorecer-lhe), tampouco o *periculum in mora* (possível prejuízo imediato e irreparável). Até porque nem poderia, porquanto tais requisitos – necessários ao trânsito recursal em hipóteses como a dos autos – não se fazem presentes. Não poderia, pois, ter sido a regra do artigo 542, § 3º, do CPC relativizada, do que decorre a necessidade de reforma da monocrática, a qual, data venia, deixou de observar esse comando legal.

Não fosse isso suficiente, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que autorizariam a essa Corte, superando o óbice da súmula 07, adentrar a análise da (in)suficiência da prova não se aplicam *in casu*.

Isso já era alertado pelo próprio acórdão do Tribunal a quo, o que, aliás, não foi devidamente rechaçado pelas razões recursais, porquanto relacionou os bens em questão, que evidentemente se tratam de bens de consumo, e por este motivo os respectivos créditos de ICMS lançados de forma indevida pela empresa contrária não foram aceitas pelo Fisco gaúcho, que os glosou no lançamento tributário ora impugnado, senão, veja-se (e-STJ, fl. 283): (fl. 408, e-STJ)

Pleiteia, ao final, a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do recurso à Turma.

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.396.201 - RS (2013/0250280-2)

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator):** Os autos foram recebidos neste Gabinete em 17.10.2013.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão, pelo que reitero o seu teor.

Conforme consignado na decisão monocrática, a Corte de origem indeferiu o pedido para realização de perícia, com o objetivo de classificar as mercadorias que ensejariam o creditamento do ICMS, *in verbis*:

O caso sub judice repete, em essência, o AgIn 70 040 320 426, entre as mesmas partes e com origem na mesma Comarca de Marau, quando a embargante-recorrente ainda girava com o nome social de Perdigão – Agroindustrial S/A, julgado sem divergência com a participação dos eminentes colegas Difini e Maraschin, no qual proferi o seguinte voto, inclusive transcrito na decisão vergastada:

O objetivo da perícia deferida pelo ilustrado juízo singular, requerida pela executada-embargante, é demonstrar que os Autos de Lançamento baseiam-se em créditos de ICMS: **(a)** pago sobre bens de uso e consumo imprescindíveis ao estabelecimento agroindustrial, por exemplo, uniforme e materiais de proteção e higiene do trabalho utilizados pelos funcionários na indústria e os produtos de limpeza e desinfecção da fábrica (fl. 28); **(b)** pago sobre serviços de transporte intermunicipal para a locomoção dos funcionários que trabalham na indústria (fl. 30); e **(c)** pago sobre as peças de máquinas e equipamentos e os materiais de manutenção utilizados na indústria e aos produtos químicos utilizados no tratamento de água consumida na indústria (fl. 31).

Alega fazer jus ao creditamento do ICMS pago sobre tais bens e serviço, tendo em conta o princípio da não cumulatividade e, na pior hipótese, faz jus pelo menos, na devida proporção ao creditamento proporcional às exportações.

**Primeiro**, se tais são os fatos, não há por que realizar perícia, sendo óbvio que os produtos de uso e de consumo no estabelecimento agroindustrial são **meios** imprescindíveis à **atividade-fim**. O Estado não nega isso. O que o Estado nega é que, à luz do ordenamento constitucional e infraconstitucional, tenha a executada-embargante direito de se creditar do ICMS pago sobre eles.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Segundo**, também não há por que realizar perícia, pois, em princípio, a CF-88 não consagra a não cumulatividade do ICMS em caráter **absoluto**, mas **relativo**.

No que tange aos bens que entram e se integram de qualquer modo (se agregam) **diretamente** aos bens nas operações de saída, como é o caso da matéria-prima, a própria Constituição garante o creditamento sobre tais operações. É a estes que se refere o art. 155, § 2º, I, da CF.

No que tange aos bens que só se integram (se agregam) **indiretamente** aos bens nas operações de saída, como são os de uso e consumo no estabelecimento, enfim, os que dizem respeito à atividade-meio, sobre os quais incide ICMS, o creditamento pode ser admitido, ou não, pela legislação infraconstitucional.

É o creditamento do ICMS pago sobre operações de bens que só se integram **indiretamente** nas operações de saída, que vem sendo postergado de modo repetido, mediante leis complementares, sendo a última, a LC 138, de 29-12-10, transferiu para 1º-1-2020.

Assim, também por esse motivo não se justifica a realização da perícia.

**Terceiro**, no que se refere ao creditamento proporcional às operações de exportação, outra vez não se justifica a realização da perícia, **(a)** seja porque, sendo reconhecido o direito, nada obsta realizar a perícia em liquidação; e **(b)** seja porque, embora em relação a este ponto haja alguma divergência, prevalece o entendimento de que igualmente não há previsão.

Com efeito, dispõe o art. 155, § 2º, X, alínea “a”, da CF, na redação da EC 42/03, que não incide ICMS “*sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores*”.

Em princípio, não se pode extrair desse texto que a Constituição instituiu uma **exceção** à não cumulatividade, no sentido de, aí, ser **absoluta**.

A garantia de manutenção e de aproveitamento é do “*montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores*”.

A expressão “*operações e prestações anteriores*”, não se refere a toda e qualquer, mas tão só àquelas envolvendo bens que se integram **diretamente** às operações de saída, haja vista que o teor coincide com o do inciso I, é dizer, com o que garante o creditamento apenas dos bens que se agregam **diretamente** às operações de saída.

É verdade que o *caput* do art. 91 do ADCT, na redação da mesma EC 42, na parte final refere “*créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente*”, mas também é verdade que deve ser conectada à parte inicial, onde consta que a União entregará aos Estados e ao Distrito Federal o montante “*definido em lei complementar, de acordo com critérios, prazos e condições nela determinados, podendo considerar as exportações para o exterior de produtos primários e semielaborados, a relação entre as exportações e as importações, os créditos decorrentes de aquisições destinadas ao ativo permanente ...*”

Quer dizer, o dispositivo não garante o creditamento, e sim remete, como faculdade, à lei complementar que menciona.

Oportuno apenas acrescentar que, consoante o início do voto, as



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alíneas “a” e “c”, também no caso em julgamento aparecem na inicial dos embargos os “*uniformes e materiais de proteção e higiene do trabalho utilizados pelos funcionários na indústria e os produtos de limpeza e desinfecção da fábrica*” (fl. 175, item 3.2.1), bem assim as “*peças de máquinas e equipamentos e os materiais de manutenção utilizados na indústria e os produtos químicos utilizados na indústria*” (fl. 176, item 3.2.2).

Nesses termos, renovada vênia, desprovejo. (fls. 280-283, e-STJ, grifos no original)

Reafirmo que o acórdão recorrido está em dissonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para identificar os produtos ou insumos que integram o processo produtivo e se agregam à mercadoria para posterior circulação, é preciso conhecimento técnico e especializado, porquanto a prova do fato é complexa diante da diversificação da atividade empresarial. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL QUE IMPUGNA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ANÁLISE IMEDIATA. POSSIBILIDADE. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL NO PROCESSO PRODUTIVO (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS). LC N. 87/96. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE.

1. O cerne do debate refere-se ao direito de crédito de ICMS, oriundo dos denominados produtos intermediários utilizados no processo industrial, integrando-se ao produto final, ou seja, aqueles consumidos no processo, de forma imediata e integral.

2. O recurso especial da agravada foi inadmitido e não retido pela instância a quo; e, em que pese os argumentos quanto ao fato de que tendo sido interposto recurso especial contra decisão interlocutória, devendo, para tanto, ficar retido o recurso nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, a jurisprudência desta Corte entende que se admite excepcionalmente o destrancamento do recurso especial, desde que demonstrados de forma inequívoca a plausibilidade do direito alegado e o risco de dano irreparável.

3. Esta Corte já se pronunciou acerca do tema no sentido de que, identificar os produtos ou insumos que integram o processo produtivo e se agregam à mercadoria para posterior circulação demanda conhecimento técnico e especializado, porquanto a prova do fato é complexa diante da diversificação da atividade empresarial.

4. Não se há falar em incidência da Súmula 7/STJ ao caso presente, porquanto não foi efetuada análise das provas constantes dos autos, mas apenas determinação para realização de perícia ante a complexidade técnica da causa.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 224082/RS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 25/10/2012).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITO – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL NO PROCESSO PRODUTIVO (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS) - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PROVA PERICIAL - NECESSIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO - OMISSÃO - CONFIGURADA - NULIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para análise de violação a preceitos constitucionais.

2. É omissa o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado.

3. A soberania das instâncias ordinárias na apreciação da prova implica no dever de análise exaustiva da matéria fática, insuscetível de apreciação na instância especial, nos termos da Súmula 7/STJ, sob pena de inviabilizar o acesso das partes aos recursos de direito estrito.

4. In casu, o Tribunal local não apreciou a conclusão da prova pericial realizada, que buscava evidenciar a natureza de produtos intermediários utilizados no processo produtivo para conferir o direito de creditamento do ICMS, objeto da demanda declaratória.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.114.628/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.12.2009, DJe 8.2.2010).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PROVA PERICIAL. CONSUMO DE BENS NO PROCESSO PRODUTIVO. ICMS. DIREITO DE CRÉDITO. PERÍODO ANTERIOR À LEI KANDIR.

1. Consumido o maquinário no processo de industrialização, não há como deixar de reconhecer o direito da empresa se creditar dos valores pagos a título de ICMS, quando de sua aquisição.

2. Situação que justifica a necessidade de prova pericial para avaliação técnica das reais condições em que se dá o desgaste ou consumo do bem.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 324.481/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23.9.2003, DJ 3.11.2003, p. 292.).

Além disso, não há falar em incidência da Súmula 7/STJ no caso dos autos, porquanto não foi efetuada análise das provas constantes no processo, mas apenas determinação para realização de perícia ante a complexidade técnica da causa.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0250280-2

AgRg no  
REsp 1.396.201 / RS

Números Origem: 5746130720128217000 70047814199 70052680147 880109320128217000

PAUTA: 22/04/2014

JULGADO: 22/04/2014

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

#### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRF - BRASIL FOODS S/A  
ADVOGADO : SILVIO LUIZ DE COSTA E OUTRO(S)  
RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADOR : FÁBIO WERHÄUSER E OUTRO(S)

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

#### AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PROCURADOR : FÁBIO WERHÄUSER E OUTRO(S)  
AGRAVADO : BRF - BRASIL FOODS S/A  
ADVOGADO : SILVIO LUIZ DE COSTA E OUTRO(S)

#### 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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.