



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2297501 -
RS (2023/0044531-9)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
MARCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
VICTOR HERZER DA SILVA - RS058261
AGRAVADO : DINAMICA REAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
ALIMENTICIOS LTDA
ADVOGADOS : MARCIANO BUFFON - RS034668
MARINA FURLAN - RS051789
MATEUS BASSANI DE MATOS - RS082697
JOÃO CARLOS LUCINI - RS078341
CAUE CARDOSO SOARES - RS113358

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. CREDITAMENTO DE ICMS. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, PEÇAS E PNEUS. FROTA PRÓPRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INCLUÍDO NO PREÇO DA MERCADORIA ENTREGUE PELA DISTRIBUIDORA. TRANSPORTE RELACIONADO À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. DIREITO À TOMADA DE CRÉDITOS DE ICMS. SISTEMÁTICA DA LC N. 87/1996. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ NO EARESP 1.775.781/SP, DJE 1º/12/2023. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DAS QUESTÕES ENTÃO PREJUDICADAS.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela contribuinte sob a alegação de possuir direito líquido e certo à apropriação de créditos de ICMS sobre a aquisição dos bens destinados à manutenção da frota própria utilizada para a distribuição de mercadorias (combustíveis, peças, lubrificantes e pneus) na proporção de suas saídas tributadas. A sentença denegou a segurança ao fundamento de que a atividade principal da empresa não corresponde à prestação de serviços de transporte, os quais seriam somente uma de suas atividades secundárias. O acórdão recorrido manteve a sentença, afirmando que "embora o transporte da mercadoria esteja relacionado com a atividade-fim do estabelecimento, não integra a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não é consumido no processo de forma integral e imediata" (fls. 571 e-STJ).

2. A premissa sob a qual a Corte de origem negou o direito ao creditamento de ICMS na aquisição de combustível, lubrificantes, peças e pneus utilizados na frota própria da empresa distribuidora de produtos alimentícios foi a de que os referidos insumos, a despeito de estarem relacionados à atividade-fim do estabelecimento, não integram a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não são

consumidos no processo de forma imediata e integral.

3. O entendimento exarado pelo acórdão local não reflete a atual orientação da Primeira Seção desta Corte, adotada no julgamento do EAREsp 1.775.781/SP, ocasião na qual concluiu-se que a LC n. 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade-fim do estabelecimento, conforme o seu art. 20, § 1º, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final.

4. Embora não seja possível afirmar que a empresa presta serviço de transporte de carga - pois se assim o fizesse seria contribuinte de ICMS transporte em serviço dessa natureza em operações interestaduais e intermunicipais -, ela atua, também, como distribuidora dos produtos comercializados, utilizando frota própria para a entrega dos produtos, incluindo nas notas fiscais de saída das mercadorias o custo do transporte da mercadoria, de modo que não há como dissociar a entrega, realizada pela própria empresa, da atividade fim da comercial distribuidora, certo de que os valores do transporte integram a base de cálculo do ICMS e, pelo princípio da não cumulatividade, os insumos utilizados no serviço de transporte em casos que tais geram direito a créditos de ICMS.

5. Reconhecido o direito à tomada de créditos relativos à aquisição de "insumos necessários à realização do objeto social da empresa - essencialidade em relação à atividade-fim", devem os autos retornar à origem para análise de questões tidas por prejudicadas, visto que não é possível a esta Corte avançar sobre elas, seja em razão da impossibilidade de supressão de instância, seja em razão da ausência de prequestionamento, quais sejam: (i) a possibilidade de utilização dos créditos para compensação tanto em relação ao ICMS próprio quanto em relação ao ICMS-ST recolhido antecipadamente; (ii) a possibilidade de apropriação extemporânea dos créditos de ICMS não aproveitados nos 5 anos anteriores à ação, com correção monetária pela Taxa Selic, desde o momento em que poderiam ter sido utilizados e não o foram.

6. A discussão relativa à contrariedade entre o entendimento desta Corte adotado no EAREsp n. 1.775.781/SP e o entendimento do STF no Tema 633 da repercussão geral sobre o alcance da não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal (RE 704.815/SC, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2023) deve ser veiculado em recurso próprio, tendo em vista que não cabe a esta Corte analisar ofensa a dispositivo da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.

7. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 11/06/2024 a 17/06/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 17 de junho de 2024.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AgInt nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2297501 -
RS (2023/0044531-9)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
MARCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
VICTOR HERZER DA SILVA - RS058261
AGRAVADO : DINAMICA REAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
ALIMENTICIOS LTDA
ADVOGADOS : MARCIANO BUFFON - RS034668
MARINA FURLAN - RS051789
MATEUS BASSANI DE MATOS - RS082697
JOÃO CARLOS LUCINI - RS078341
CAUE CARDOSO SOARES - RS113358

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. CREDITAMENTO DE ICMS. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, PEÇAS E PNEUS. FROTA PRÓPRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INCLUÍDO NO PREÇO DA MERCADORIA ENTREGUE PELA DISTRIBUIDORA. TRANSPORTE RELACIONADO À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. DIREITO À TOMADA DE CRÉDITOS DE ICMS. SISTEMÁTICA DA LC N. 87/1996. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ NO EARESP 1.775.781/SP, DJE 1º/12/2023. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DAS QUESTÕES ENTÃO PREJUDICADAS.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela contribuinte sob a alegação de possuir direito líquido e certo à apropriação de créditos de ICMS sobre a aquisição dos bens destinados à manutenção da frota própria utilizada para a distribuição de mercadorias (combustíveis, peças, lubrificantes e pneus) na proporção de suas saídas tributadas. A sentença denegou a segurança ao fundamento de que a atividade principal da empresa não corresponde à prestação de serviços de transporte, os quais seriam somente uma de suas atividades secundárias. O acórdão recorrido manteve a sentença, afirmando que "embora o transporte da mercadoria esteja relacionado com a atividade-fim do estabelecimento, não integra a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não é consumido no processo de forma integral e imediata" (fls. 571 e-STJ).

2. A premissa sob a qual a Corte de origem negou o direito ao creditamento de ICMS na aquisição de combustível, lubrificantes, peças e pneus utilizados na frota própria da empresa distribuidora de produtos alimentícios foi a de que os referidos insumos, a despeito de estarem relacionados à atividade-fim do estabelecimento, não integram a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não são

consumidos no processo de forma imediata e integral.

3. O entendimento exarado pelo acórdão local não reflete a atual orientação da Primeira Seção desta Corte, adotada no julgamento do EAREsp 1.775.781/SP, ocasião na qual concluiu-se que a LC n. 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade-fim do estabelecimento, conforme o seu art. 20, § 1º, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final.

4. Embora não seja possível afirmar que a empresa presta serviço de transporte de carga - pois se assim o fizesse seria contribuinte de ICMS transporte em serviço dessa natureza em operações interestaduais e intermunicipais -, ela atua, também, como distribuidora dos produtos comercializados, utilizando frota própria para a entrega dos produtos, incluindo nas notas fiscais de saída das mercadorias o custo do transporte da mercadoria, de modo que não há como dissociar a entrega, realizada pela própria empresa, da atividade fim da comercial distribuidora, certo de que os valores do transporte integram a base de cálculo do ICMS e, pelo princípio da não cumulatividade, os insumos utilizados no serviço de transporte em casos que tais geram direito a créditos de ICMS.

5. Reconhecido o direito à tomada de créditos relativos à aquisição de "insumos necessários à realização do objeto social da empresa - essencialidade em relação à atividade-fim", devem os autos retornar à origem para análise de questões tidas por prejudicadas, visto que não é possível a esta Corte avançar sobre elas, seja em razão da impossibilidade de supressão de instância, seja em razão da ausência de prequestionamento, quais sejam: (i) a possibilidade de utilização dos créditos para compensação tanto em relação ao ICMS próprio quanto em relação ao ICMS-ST recolhido antecipadamente; (ii) a possibilidade de apropriação extemporânea dos créditos de ICMS não aproveitados nos 5 anos anteriores à ação, com correção monetária pela Taxa Selic, desde o momento em que poderiam ter sido utilizados e não o foram.

6. A discussão relativa à contrariedade entre o entendimento desta Corte adotado no EAREsp n. 1.775.781/SP e o entendimento do STF no Tema 633 da repercussão geral sobre o alcance da não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal (RE 704.815/SC, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2023) deve ser veiculado em recurso próprio, tendo em vista que não cabe a esta Corte analisar ofensa a dispositivo da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal no âmbito do recurso extraordinário.

7. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno manejado pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contra decisão de minha lavra resumida da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 7 DO STJ. CREDITAMENTO DE ICMS. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS, LUBRIFICANTES, PEÇAS E PNEUS. FROTA PRÓPRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INCLUÍDO NO PREÇO DA MERCADORIA ENTREGUE PELA DISTRIBUIDORA. TRANSPORTE RELACIONADO À ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA. DIREITO À TOMADA DE CRÉDITOS DE ICMS. SISTEMÁTICA DA LC N. 87/1996. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ NO EARESP 1.775.781/SP, DJE 1º/12/2023. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DAS QUESTÕES ENTÃO PREJUDICADAS. AGRAVO INTERNO CONHECIDO PARA, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO CONHECER DO AGRAVO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

O agravante insurge-se contra a decisão agravada alegando que, no presente caso, combustíveis, peças, lubrificantes e pneus não são utilizados para a concretização da atividade-fim da empresa, o que impede o aproveitamento de créditos de ICMS relativos à aquisição desses produtos. Alega a incidência do óbice da Súmula n. 7 do STJ, eis que o acórdão local teria afastado a prestação de serviços de transporta da atividade-fim da empresa, de modo que rever tal orientação demandaria reexame de matéria fático-probatória. Aduz, outrossim, que os referidos produtos são de uso e consumo da empresa, visto que o serviço de transporte não está entre as atividades sociais da empresa (que seriam comércio atacadista e varejista), impossibilitando a tomada de créditos em razão do § 1º do art. 20 (mercadoria ou serviço alheio à atividade do estabelecimento) e 33 (bens para uso e consumo do estabelecimento) da LC n. 87/1996.

Por fim, alega que o entendimento adotado pelo STJ no EAREsp n. 1.775.781/SP - que concluiu pela possibilidade de tomada de créditos de ICMS referente à aquisição de materiais empregados (produtos intermediários) no processo produtivo, inclusive consumidos ou desgastados gradativamente, desde que comprovada a necessidade de sua utilização para a realização do objeto social da empresa - vai de encontro à jurisprudência do STF no Tema 633 da repercussão geral sobre o alcance da não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, ocasião em que o STF teria afirmado que o crédito de ICMS é crédito físico, não financeiro (RE 704.815/SC, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2023).

Requer o conhecimento e o provimento do presente agravo interno para que seja não conhecido ou desprovido o recurso especial do contribuinte.

Impugnação às fls. 858-878 e-STJ.

É o relatório.

VOTO

A irresignação não merece acolhida.

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela contribuinte sob a alegação de possuir direito líquido e certo à apropriação de créditos de ICMS sobre a aquisição dos bens destinados à manutenção da frota própria utilizada para a distribuição de mercadorias (combustíveis, peças, lubrificantes e pneus) na proporção

de suas saídas tributadas. Alega que sem os referidos insumos não é possível utilizar e manter a frota de caminhões para a consecução das atividades constantes nos objetos sociais da empresa. Alegou que houve significativa ampliação do direito à apropriação de créditos de ICMS a partir da LC n. 87/1996, explicando violação ao princípio da não cumulatividade por não permitir que tome créditos de ICMS sobre mercadorias/bens que são essenciais às suas atividades e foram oneradas pelo ICMS na etapa anterior, acarretando ofensa ao art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição e arts. 19 e 20, § 1º da LC n. 87/1996.

Apontou que a existência de uma prestação de serviços de transporte ínsita à distribuição de mercadorias, embora não haja emissão de um Conhecimento de Transporte, quando os adquirentes das mercadorias as adquirem, adquirem, juntamente, o serviço de transporte, e o custo do produto vendido é formado não apenas pelo seu custo de aquisição, de pessoal, dos tributos incidentes etc., mas, também e especialmente, se levando em consideração as despesas geradas pela utilização e manutenção da frota própria, não sendo o transporte das mercadorias mero diferencial competitivo.

A sentença denegou a segurança ao fundamento de que a atividade principal da empresa não corresponde à prestação de serviços de transporte, os quais seriam somente uma de suas atividades secundárias. O acórdão recorrido manteve a sentença, afirmando que "embora o transporte da mercadoria esteja relacionado com a atividade-fim do estabelecimento, não integra a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não é consumido no processo de forma integral e imediata" (fls. 571 e-STJ).

A decisão agravada, em juízo de retratação, conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial, afastando a preliminar de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC, tendo em vista que o acórdão local contém fundamentação clara e suficiente para o deslinde da controvérsia e, no mérito, afastando o óbice da Súmula n. 7 do STJ para reconhecer que o recente entendimento consolidado da Primeira Seção do STJ no EARESP 1.775.781/SP permite a tomada de créditos de ICMS em relação a insumos necessários à realização do objeto social da empresa, assim considerada a essencialidade em relação à atividade-fim, tendo o acórdão recorrido expressamente afirmado que o transporte está relacionado à atividade-fim da empresa, daí porque, em casos que tais, é permitida a tomada de créditos sobre a aquisição de combustíveis, lubrificantes, peças e

pneus, insumos do serviço de transporte integrante do objeto social da empresa que atua, também, como distribuidora dos produtos comercializados, custo que, segundo alega a empresa, é inserido nas notas finais de saída e sob o qual incide o ICMS da venda dos produtos. Ao final, determinou-se o retorno dos autos à origem para exame das questões tidas por prejudicadas: (i) a possibilidade de utilização dos créditos para compensação tanto em relação ao ICMS próprio quanto em relação ao ICMS-ST recolhido antecipadamente; (ii) a possibilidade de apropriação extemporânea dos créditos de ICMS não aproveitados nos 5 anos anteriores à ação, com correção monetária pela Taxa Selic, desde o momento em que poderiam ter sido utilizados e não o foram.

Com efeito, não incide a Súmula n. 7 do STJ para fins de aferir o direito de crédito de ICMS na aquisição de combustível utilizado na frota de veículos ou aquisição de produtos utilizados na realização do objeto social da empresa que atua, também, como distribuidora dos produtos por ela comercializados. Nesse sentido: AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.394.400/SP e no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.923.484/RS.

No caso dos autos, o acórdão local entendeu que (e-STJ fls. 568-):

[...]

Assim, em decorrência do princípio da não-cumulatividade, é reconhecida a possibilidade de creditamento dos valores de ICMS pago na aquisição de bens quando utilizados para a concretização da atividade-fim da empresa.

No caso dos combustíveis, a jurisprudência tem reconhecido o direito ao creditamento do ICMS recolhido na compra de combustível, quando se caracteriza como insumo, ou seja, quando consumido, necessariamente, na atividade fim da sociedade empresária, como no caso das prestadoras de serviços de transporte, o que - repito - não é o caso dos autos.

Ora, quando os combustíveis, peças, lubrificantes e pneus são adquiridos para simples uso e consumo não se reconhece o direito à compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Como se vê, do contido nos autos, a empresa autora não presta serviços de transporte, mas atua no ramo de Comércio Atacadista e Varejista, de alimentos, bebidas, embalagens, artigos de escritório e papelaria, material elétrico, ferramentas, entre outros, conforme contrato social do Evento 01 - Contrato Social 3 -da Origem. O combustível, peças, lubrificantes e pneus por ela adquirido é utilizado unicamente para transporte das mercadorias pela sua frota de caminhões.

E, embora o transporte da mercadoria esteja relacionados com a atividade-fim do estabelecimento, não integram a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não são consumidos no processo de forma imediata e integral.

Reitero que, para fins de creditamento do ICMS, a jurisprudência do STJ tem considerado que combustíveis, lubrificantes, pneus, etc., quando

utilizados para a concretização da atividade fim da empresa, são insumo, o que não é o caso dos autos.

A premissa sob a qual a Corte de origem negou o direito ao creditamento de ICMS na aquisição de combustível, lubrificantes, peças e pneus utilizados na frota própria da empresa distribuidora de produtos alimentícios foi a de que os referidos insumos, a despeito de estarem relacionados à atividade-fim do estabelecimento, não integram a cadeia produtiva dos produtos comercializados e não são consumidos no processo de forma imediata e integral.

O entendimento exarado pelo acórdão local reflete o entendimento então adotado pela Segunda Turma desta Corte, a qual somente admitia o creditamento de ICMS quando o insumo: a) fosse consumido integral e imediatamente no processo produtivo; e b) integrasse o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição. Contudo, esse entendimento foi superado no âmbito da Primeira Seção desta Corte no julgamento do EAREsp 1.775.781/SP, ocasião na qual concluiu-se que a LC n. 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade-fim do estabelecimento, conforme o seu art. 20, § 1º, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final.

A propósito: "O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado de que, a partir da vigência da Lei Complementar n. 87/1996, é legal o aproveitamento dos créditos de ICMS na compra de produtos intermediários utilizados nas atividades fins da sociedade empresária, ainda que consumidos ou desgastados gradativamente." (REsp 2.054.083/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 20.4.2023). Na mesma linha: AgInt no AREsp 1.661.443/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18.11.2021; e REsp 1.175.166/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26.3.2010.

De fato, embora não seja possível afirmar que a empresa presta serviço de transporte de carga - pois se assim o fizesse seria contribuinte de ICMS transporte em serviço dessa natureza em operações interestaduais e intermunicipais -, ela atua, também, como distribuidora dos produtos comercializados, utilizando frota própria para a entrega dos produtos, incluindo nas notas fiscais de saída das mercadorias o custo do transporte da mercadoria, de modo que não há como dissociar a entrega, realizada pela própria empresa, da atividade fim da comercial distribuidora, certo de

que os valores do transporte integram a base de cálculo do ICMS e, pelo princípio da não cumulatividade, os insumos utilizados no serviço de transporte em casos que tais geram direito a créditos de ICMS.

É preciso registrar que a tomada de crédito relativo ao ICMS pago na entrada de insumos (combustíveis, lubrificantes, peças e pneus) utilizados na frota da empresa comercial distribuidora que realiza por conta própria as entregas dos produtos comercializados por ela, não está vinculada à utilização do crédito para pagamento de ICMS Transporte (interestadual e intermunicipal), mas sim ao pagamento de ICMS pela própria atividade da empresa distribuidora, que inclui o valor do transporte no custo da mercadoria comercializada, incidindo o ICMS sobre toda a operação (incluído o custo do transporte), ou seja, a antiga compreensão que admitia creditamento apenas para "insumos consumidos integral e imediatamente no processo produtivo" deve ser entendida - a partir da LC n. 87/1996 (entendimento consolidado pela Primeira Seção do STJ no EAREsp 1.775.781/SP) - como "insumos necessários à realização do objeto social da empresa - essencialidade em relação à atividade-fim", tendo o acórdão recorrido expressamente afirmado que o transporte está relacionado à atividade-fim da empresa, daí porque, em casos que tais, é permitida a tomada de créditos sobre a aquisição de combustíveis, lubrificantes, peças e pneus, insumos do serviço de transporte integrante do objeto social da empresa, custo que, segundo alega a empresa, é inserido nas notas finais de saída e sob o qual incide o ICMS da venda dos produtos comercializados.

Confira-se a ementa do paradigma supracitado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGÁVEL O ACÓRDÃO QUE NÃO TENHA CONHECIDO DO RECURSO, EMBORA TENHA APRECIADO A CONTROVÉRSIA (ART. 1.043, III, DO CPC/2015). ICMS. LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS (PRODUTOS INTERMEDIÁRIOS). ITENS ESSENCIAIS AO PROCESSO PRODUTIVO E DESGASTADOS OU CONSUMIDOS GRADATIVAMENTE. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 9.3.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Conquanto se trate de Recurso Especial não conhecido pela 2ª Turma, a apreciação da controvérsia tributária (premissa jurídica) atrai a disciplina radcada no art. 1.043, III, do CPC/2015, a qual autoriza a interposição de embargos de divergência contra o acórdão de órgão fracionário que "divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia".

III - À luz das normas plasmadas nos arts. 20, 21 e 33 da Lei Complementar n. 87/1996, revela-se cabível o creditamento referente à aquisição de materiais (produtos intermediários) empregados no processo produtivo, inclusive os consumidos ou desgastados gradativamente, desde que comprovada a necessidade de sua utilização para a realização do objeto social da empresa - essencialidade em relação à atividade-fim.

IV - Tais materiais não se sujeitam à limitação temporal prevista no art. 33, I, do apontado diploma normativo, porquanto a postergação em tela restringe-se aos itens de uso e consumo.

V - Embargos de Divergência providos. (EAREsp 1.775.781/SP, Rel.Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 01/12/2023) (Grifei)

Nesse sentido também:

TRIBUTÁRIO – ICMS – APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS – ATACADISTA – CRÉDITOS PROVENIENTES DE INSUMOS NECESSÁRIOS AO FUNCIONAMENTO DA FROTA ENTREGADORA DE MERCADORIAS – REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ART. 66, 4) - A comerciante atacadista que entrega as mercadorias no estabelecimento do varejista comprador presta, também, serviços empresariais de transporte. Beneficia-se, por isso, do direito de abater, sob forma de crédito, o ICMS pago na aquisição de insumos necessários à operação da frota transportadora (RICMS/MG, Art. 66, 4). (RMS 10.701/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 13/8/2001)

Diante desse contexto, é possível reconhecer o direito à tomada de créditos relativos à aquisição de "insumos necessários à realização do objeto social da empresa - essencialidade em relação à atividade-fim", nos termos da fundamentação. Via de consequência, devem os autos retornar à origem para análise de questões tidas por prejudicadas, visto que não é possível a esta Corte avançar sobre elas, seja em razão da impossibilidade de supressão de instância, seja em razão da ausência de prequestionamento, quais sejam: (i) a possibilidade de utilização dos créditos para compensação tanto em relação ao ICMS próprio quanto em relação ao ICMS-ST recolhido antecipadamente; (ii) a possibilidade de apropriação extemporânea dos créditos de ICMS não aproveitados nos 5 anos anteriores à ação, com correção monetária pela Taxa Selic, desde o momento em que poderiam ter sido utilizados e não o foram.

Por fim, impende registrar que a discussão relativa à contrariedade entre o entendimento desta Corte adotado no EAREsp n. 1.775.781/SP e o entendimento do STF no Tema 633 da repercussão geral sobre o alcance da não cumulatividade prevista no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal (RE 704.815/SC, Tribunal Pleno, DJe 12/12/2023) deve ser veiculado em recurso próprio, tendo em vista que não cabe a esta Corte analisar ofensa a dispositivo da Constituição Federal, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal

Federal no âmbito do recurso extraordinário.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO

SEGUNDA TURMA

AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 2.297.501 / RS

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2023/0044531-9

Número de Origem:

50855906020218210001

Sessão Virtual de 11/06/2024 a 17/06/2024

Relator do AgInt no AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DINAMICA REAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
ALIMENTICIOS LTDA

ADVOGADOS : MARCIANO BUFFON - RS034668
MARINA FURLAN - RS051789
MATEUS BASSANI DE MATOS - RS082697
JOÃO CARLOS LUCINI - RS078341
CAUE CARDOSO SOARES - RS113358

AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADORES: PAULO PERETTI TORELLY - RS026208
PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
MARCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
VICTOR HERZER DA SILVA - RS058261

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE
CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADOS: PAULO PERETTI TORELLY - RS026208

PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

MARCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266

VICTOR HERZER DA SILVA - RS058261

AGRAVADO : DINAMICA REAL DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS
LTDA

ADVOGADOS: MARCIANO BUFFON - RS034668

MARINA FURLAN - RS051789

MATEUS BASSANI DE MATOS - RS082697

JOÃO CARLOS LUCINI - RS078341

CAUE CARDOSO SOARES - RS113358

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 11/06/2024 a 17/06/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 17 de junho de 2024