RECURSO ESPECIAL Nº 1.450.809 - SP (2013/0197532-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE	:	PLÁSTICOS MUELLER S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADOS	:	SOLANO DE CAMARGO - SP149754 LENISE DOMINIQUE HAITER E OUTRO(S) - SP180865 RICARDO MALACHIAS CICONELO - SP130857 FERNANDA MEDEI - SP269587
RECORRIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	AUREA LUCIA ANTUNES SALVATORE SCHULZ FREHSE E OUTRO(S) - SP080941

DECISÃO

Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado por **Plásticos Mueller S/A - Indústria e Comércio**, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 547):

> *IMPOSTO - ICMS - BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA - UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS DECORRENTES DAS RESPECTIVAS AQUISIÇÕES - INADMISSIBILIDADE - AÇÃO IMPROCEDENTE - RECURSO NÃO PROVIDO.*

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 561/562).

A parte recorrente aponta violação ao art. 33, I, *b*, da Lei Complementar 102/2000. Sustenta, em resumo, que "*o valor de ICMS pago relativo ao consumo de energia elétrica no seu processo fabril há de ser creditado, por expressa autorização da Lei Complementar 102/2000, que, normativamente, reproduz o comando impresso na Constituição Federal da não-cumulatividade"* (fl. 580).

Contrarrazões às fls. 592/618.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que a decisão recorrida foi publicada na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo

Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 - devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*).

Destaca-se da fundamentação do acórdão recorrido o seguinte trecho (fls. 548/549):

> *O fato da Constituição Federal estabelecer, no art. 155, § 2º, inciso I, que o ICMS "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal", não significa que os bens adquiridos pela empresa para integrar o ativo fixo ou os serviços de comunicação e energia elétrica nos quais não ocorra circulação gerem direito ao creditamento pretendido, pela simples razão de que não têm a natureza de mercadorias ou serviços a tanto destinadas, colocando-se a adquirente na posição de consumidora final. Somente se houvesse saída é que poderia cogitar-se da utilização pela autora do valor do tributo pago nas operações antecedentes.*
> *Verifica-se, então, que a Lei Complementar n° 87/96, ao invés de declarar ou explicitar direito já garantido pela Lei Maior, na verdade instituiu benefício fiscal, que assim somente pode ser utilizado nos termos do diploma concessivo.*
> *Despropositado igualmente falar em ofensa ao art. 152 da Constituição Federal, quando é certo que a diferença de tratamento no caso decorre da natureza dos bens e serviços, e não em virtude de sua procedência ou destino.*
> *Do mesmo modo, o art. 148 não tem nenhuma aplicação à espécie, que longe está de tratar de hipótese de instituição de empréstimo compulsório.*
> *Em tais condições, rejeitadas as preliminares suscitadas pela Fazenda do Estado, nega-se provimento ao recurso da autora.*

Assim, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos eminentemente constitucionais, matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

Além disso, a Corte local nada teceu acerca do art. 33, I, *b*, da Lei Complementar 102/2000, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial,

indicar ofensa ao art. 535 do CPC, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ ("*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal* **a quo**.").

ANTE O EXPOSTO, não conheço do recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator