

RECURSO ESPECIAL Nº 1.801.159 - RS (2019/0059050-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORE : MARCIA REGINA LUSA CADORE E OUTRO(S) - RS029266
S
CRISTIANO XAVIER BAYNE - RS046302
LUÍS FERNANDO ROSA NUNES - RS049263
RECORRIDO : UNIDASUL DISTRIBUIDORA ALIMENTÍCIA S/A E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : ERENITA PEREIRA NUNES E OUTRO(S) - RS018371
CELSON LUIZ BERNARDON - RS018157
DILSON GERENT - RS022484

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da Constituição Federal) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA.
MANDADO DE SEGURANÇA. SUPERMERCADO. SACOLAS
PLÁSTICAS. CREDITAMENTO E COMPENSAÇÃO DO ICMS.

1. Apelação cabível (Lei 12.016/09, art. 14) e que preenche os requisitos legais. Preliminares contrarrecursais rejeitadas.

2. As embalagens das mercadorias, sem as quais inclusive a comercialização fica inviabilizada, se agregam a estas nas operações de saída. Não constituem produtos destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, muito menos integram o ativo fixo. Assim, pelo princípio da não cumulatividade, o adquirente das embalagens tem o direito líquido e certo de se creditar do ICMS sobre elas incidente nas operações de entrada.

3. O mandado de segurança não tem efeitos patrimoniais retroativos nem substitui a ação de cobrança. Inaplicabilidade da Súm. 213 do STJ em relação ao período pretérito. Uma coisa é o direito líquido e certo ao creditamento e compensação a partir do ingresso do *mandamus*, e outra é o creditamento retroativo.

4. Dispositivo.

Preliminares contrarrecursais rejeitadas, apelação provida em parte è, no mais, sentença confirmada em remessa necessária.

Não foram opostos Embargos de Declaração.

A parte recorrente alega, em breve síntese, violação dos arts. 19, 20 e 33 da Lei Complementar 87/1996 e 1º da Lei 12.016/2009. Sustenta: "[...] se as sacolas plásticas e outras embalagens não se agregam ao produto vendido pela empresa, mas são uma facilidade fornecida a seus clientes, por evidente são adquiridas para uso e consumo, do estabelecimento. Bem por isso, apenas a leitura

dos arts. 19, 20 33 da LC 87/96 já obstaría a pretensão. Não é o fato de, eventualmente, serem importantes ou integrarem o custo final do produto que dá direito ao crédito. Todos os custos são considerados pelo comerciante na formação dos preços. Mas o que confere o direito de crédito é a lei".

Contrarrrazões apresentadas às fls. 324-337, e-STJ.

É o **relatório**.

Decido.

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela parte recorrida, tendo por objeto o aproveitamento de crédito fiscal de ICMS recolhido sobre aquisições de sacolas plásticas utilizadas na comercialização de produtos e disponibilizadas ao consumidor final.

O juízo de primeiro grau concedeu a segurança, "[...] a fim de declarar o direito da impetrante ao aproveitamento integral do crédito de ICMS sobre o valor do imposto cobrado na aquisição de sacolas plásticas utilizadas no acondicionamento dos produtos tributáveis vendidos no seu estabelecimento, bem como o direito à compensação dos créditos fiscais, a serem apurados na via administrativa ou em ação própria para tanto [...]".

O Tribunal local deu parcial provimento à Apelação do Estado do Rio Grande do Sul, excluindo o creditamento e a compensação retroativos pela via do Mandado de Segurança, confirmando os demais fundamentos da sentença.

Inicialmente, em relação à alegada violação ao art. 1º da Lei 12.016/2009, a parte recorrente aduz que "(...) a r. sentença concedeu a segurança, sem que fosse oportunizada qualquer prova sobre os produtos indicados na petição inicial. O acórdão - reproduzindo um verdadeiro ato de fé - partiu do pressuposto que todas as sacolas integram o produto final vendido. E não fez referência a qualquer prova".

O acolhimento da tese da parte recorrente, de que não há prova pré-constituída, demanda o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. BOMBEIRO DA POLICIA MILITAR ESTADUAL. EXCLUSÃO DA CORPORAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE SER REINTEGRADO NAS FILEIRAS DA PMPR. LEGALIDADE DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DO COMANDANTE-GERAL. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO EM LEI LOCAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. AGRAVO INTERNO

IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 03/09/2018, que julgara Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de mandado de segurança, impetrado por Paulo José Moreira dos Santos, em face de ato apontado ilegal do Comandante-Geral da Polícia Militar do Estado do Paraná, que, em processo administrativo disciplinar, expulsou o impetrante das fileiras do Batalhão de Polícia Rodoviária, a bem da disciplina e moralidade da tropa, mediante a Portaria 1.411/SJD.

III. O Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, "uma vez ausente o direito líquido e certo alegado pelo Apelante, levando em consideração a ausência de ilegalidade ou abuso de poder do ato do Comandante-Geral da Polícia Militar (Portaria nº 1411/SJD - mov. 5.14), prevalecendo a legalidade da decisão administrativa de expulsão, é de se denegar a ordem impetrada, devendo ser mantida a decisão de 1º grau".

IV. O entendimento firmado pelo Tribunal a quo, no sentido de que inexistente o direito líquido e certo alegado pelo impetrante, não pode ser revisto, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte.

V. Na linha da jurisprudência do STJ, a análise da alegação de contrariedade ao art. 1º da Lei 12.016/2009, a fim de aferir a existência de direito líquido e certo necessário à concessão da segurança, demanda exceder os fundamentos colacionados no acórdão guerreado, com a incursão no conteúdo fático-probatório dos autos, o que implica, necessariamente, o reexame de fatos e provas, insuscetível de ser realizado em sede de Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

VI. No caso, a revisão da conclusão do Tribunal de origem - feita com base na interpretação do direito local (Lei estadual 6.961/77) - é vedada a este Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da aplicação do disposto na Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

VII. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1.314.241/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 13.12.2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DEMONSTRADA NA ORIGEM. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 113, § 2º, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO PELA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 211 DO STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência pacífica de que é "incabível, em Recurso Especial, o exame acerca da presença ou não dos pressupostos autorizadores da impetração do Mandado de Segurança, referentes ao direito líquido e certo e ao reexame da eventual desnecessidade de realização de dilação probatória. Incide, na espécie, a Súmula 7 deste Tribunal" (REsp 1.660.683/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/5/2017, DJe 20/6/2017). 2. O Tribunal a quo, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluiu que a impetrante, ora agravada, "instruiu os autos com a documentação necessária para comprovar o direito alegado". Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável, na via eleita, consoante o enunciado sumular 7/STJ. 3. Extrai-se do acórdão recorrido que o art. 113, § 2º, do CPC/1973, apontado como violado, e a matéria a ele correlata não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1.121.288/PI, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 30.8.2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INCIDÊNCIA DO E. N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - No tocante à prescrição tributária, o acórdão não tratou desse tema, faltando-lhe, portanto, prequestionamento, a justificar a aplicação do entendimento sedimentado nos enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

II - O Tribunal de origem consignou que não houve antecipação do pagamento do tributo cobrado. Decidir de forma contrária ao que ficou expressamente consignado no v. acórdão recorrido implica revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7 do STJ.

III - Em mandado de segurança, a pretensão deduzida deve embasar-se em prova pré-constituída do direito alegado. Nesse contexto, rever o fundamento adotado pelo Tribunal a quo demandaria reexame de elementos probatórios, o que é inviável em recurso especial, à vista da Súmula n. 7/STJ.

IV - A incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ,

quanto à alínea a, inviabiliza a análise da divergência jurisprudencial.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 978976 / SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 21.8.2017)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS DE INTEGRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Os embargos de declaração têm por escopo sanar decisão judicial eivada de obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

2. Hipótese em que o acórdão embargado não contém o vício apontado pela parte embargante, uma vez que os embargos de declaração anteriores não foram apreciados por não merecerem conhecimento em razão da preclusão consumativa que decorre do princípio da unicidade recursal.

3. Ademais, uma vez fundada a conclusão adotada pelo Tribunal *a quo* na análise dos elementos fáticos e de provas trazidas aos autos (insuficiência das provas e documentos que instruem a inicial do mandado de segurança), o conhecimento do recurso especial fica obstado pela Súmula 7 do STJ.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgInt no REsp 1.340.261/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14.2.2019)

No que tange à questão de mérito, a irresignação merece acolhida.

Compulsando os autos, verifica-se que a Corte de origem, nada obstante não tenha se manifestado de forma expressa sobre todos os artigos apontados como violados, pronunciou-se acerca da tese em discussão: "As embalagens, sejam quais forem, se agregam aos produtos nas operações de saída. Obviamente, nada têm a ver com mercadorias de uso e consumo do estabelecimento, muito menos com ativo fixo, confusões que o Estado faz, ao meu ver intencionais, a fim de inserir o pedido do impetrante nas sucessivas postergações (LC 87/96, art. 33, I), pois não atino que, de sua consciência, não saiba a distinção".

O STJ possui compreensão de que se configura o prequestionamento implícito quando, a despeito da falta de menção expressa aos dispositivos legais invocados, o Tribunal *a quo* emite juízo de valor acerca da questão jurídica deduzida no Recurso Especial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIDO. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. DÉBITOS DE FGTS. PAGAMENTO DIRETO AOS TRABALHADORES NO ÂMBITO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INOBSERVÂNCIA DA LEI 9.491/997. ACÓRDÃO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão

monocrática que acolheu parcialmente os Embargos de Declaração, sem efeitos infringentes, mantendo decisão que não conheceu do Recurso Especial da Fazenda Nacional, considerando: a) em relação à alegada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, não foi apontado, de forma clara e precisa, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado, incidindo o enunciado da Súmula 284/STF; b) não foi preenchido o requisito do prequestionamento quanto aos arts. 15, 18 e 25 da Lei 8.036/1990, aplicando-se o óbice da Súmula 211/STJ; c) o acórdão recorrido determinou a anulação da sentença, por entender configurado o cerceamento de defesa decorrente da não realização da prova pericial. Não houve, portanto, manifestação decisória quanto aos apontados pagamentos.

2. A agravante sustenta: "(...) a decisão impugnada pelo recurso especial fundamentou-se amplamente na legislação que rege o tema, aduzindo expressamente que a decisão estava flexibilizando a legislação aplicável, ou seja, deixando de aplicar as disposições legais pertinentes. Segundo o acórdão recorrido, 'tal posicionamento, na verdade, veio flexibilizar o texto da lei a fim de serem evitados pagamentos em duplicidade.' Não se pode afirmar, portanto, que o tema não foi enfrentando, apesar de os artigos de lei não terem sido citados".

3. A Corte de origem, nada obstante não tenha se manifestado de forma expressa sobre os arts. 15, 18 e 25 da Lei 8.036/1990, flexibilizou as normas que versam sobre o FGTS, para reconhecer "a possibilidade de serem aproveitados os pagamentos feitos diretamente aos empregados, relativamente às contribuições para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, seja no âmbito da Justiça do Trabalho, seja perante o Sindicato da Categoria".

4. Nas razões recursais, a Fazenda Nacional impugna tal flexibilização, argumentando: "a determinação do pagamento direto afronta duplamente a letra da lei, seja porque inibe o ingresso de valores que poderiam ser manejados na consecução de projetos de interesse público, seja porque pode ensejar o levantamento dos valores fora das restritas hipóteses da Lei".

5. O STJ possui compreensão de que se configura o prequestionamento implícito quando, a despeito da menção expressa aos dispositivos legais invocados, o Tribunal a quo emite juízo de valor acerca questão jurídica deduzida no Recurso Especial. Precedentes: AgInt no AREsp 267.732/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 2.10.2018; AgInt no AgInt no AREsp 983.778/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 1.6.2017; AgRg no REsp 1.503.023/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.11.2015; AgRg no REsp 1.159.310/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20.2.2015.

6. O acórdão recorrido dissente da jurisprudência firmada no STJ, de que, com a alteração procedida pela Lei 9.491/1997, nada mais poderia ser pago diretamente ao empregado, devendo o empregador

depositar todas as parcelas devidas do FGTS por força de reclamação trabalhista, na conta vinculada. Precedentes: AgRg no REsp 1.551.718/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17.3.2016; AgRg nos EDcl no REsp 1.493.854/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2.3.2015.

7. Agravo Interno provido, para dar parcial provimento ao Recurso Especial. (AgInt nos EDcl no REsp 1.733.179/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 11.3.2019)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONVENCIONAIS. REVISÃO. HIPÓTESE LEGAL. AUSÊNCIA. REEXAME DE ELEMENTOS DE FATOS E DE PROVAS DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando a decisão explicita fundamentação suficiente para a solução da lide, demonstrando a violação do dispositivo legal indicado nas razões recursais.

2. Tem-se o prequestionamento implícito quando o órgão julgador, embora não tenha feito menção expressa aos dispositivos legais tidos por violados, emite juízo de valor a respeito da questão jurídica deduzida no recurso especial.

3. O controle jurisdicional dos valores ou percentuais livremente avençados para a remuneração do profissional contratado (honorários advocatícios contratuais) só é cabível em circunstâncias excepcionais, exigindo seja demonstrada a ocorrência de defeitos previstos no ordenamento legal para os negócios jurídicos (v.g., arts. 138 e ss. do CC/2002), ou se reconhecida sua colidência com a boa-fé e a função social do contrato, circunstâncias não identificadas no caso concreto.

4. Quando o acórdão recorrido contém todas as informações necessárias para uma perfeita e adequada compreensão da controvérsia - inclusive com a assertiva de que o profissional comprovou a prestação dos serviços contratados -, prescindindo do exame de elementos fático-probatórios dos autos, não se faz presente o óbice da Súmula n. 7/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 267.732/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe 2.10.2018)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. REAJUSTE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. 1. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO. 2. DESNECESSÁRIA

ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. 3. NULIDADE DA DECISÃO MONOCRÁTICA AFASTADA. APRECIACÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. 4. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. O STJ firmou tese admitindo o prequestionamento implícito para fins de conhecimento do recurso em instâncias superiores, desde que a matéria tenha sido devidamente enfrentada no aresto, como ocorreu no presente caso.

2. A análise do mérito prescinde de exame do conjunto fático-probatório e da interpretação das cláusulas contratuais, uma vez que os termos da sentença exequenda foram reproduzidos no acórdão proferido pelo Tribunal de origem.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a execução de título judicial deve ser realizada nos termos da condenação exposta na sentença exequenda, sendo defeso ao juízo da execução modificar o que foi decidido no título executivo, sob pena de violação da coisa julgada.

4. A interposição de agravo interno tem por efeito sanar eventual nulidade relacionada à opção feita pelo Relator de decidir monocraticamente o recurso, dadas as possibilidades que assim se abrem, de confirmação ou reforma da questionada deliberação unipessoal, por órgão colegiado do Tribunal.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AgInt no AREsp 983.778/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 1.6.2017)

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. COISA JULGADA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL.

1. O recurso especial da União, ora agravada, foi provido, sob o fundamento de que, estando o título executivo judicial acobertado pela coisa julgada, é incabível, na fase de execução, a alteração do índice de correção monetária estabelecido na sentença exequenda, ainda que já extinto (no caso, a ORTN).

2. O recurso especial da S.A. Tribuna da Imprensa, ora agravante, foi conhecido em parte e improvido, sob o fundamento principal de que é inviável a revisão dos critérios de correção monetária fixados em decisão protegida pela coisa julgada.

3. Não obstante inexistir referência expressa, no acórdão recorrido, aos arts. 460 e 467 do CPC, que ampararam o recurso especial da União, a matéria é intrínseca ao que foi debatido no aresto vergastado. Tem-se, pois, o prequestionamento implícito do tema em debate, uma vez que o Tribunal de origem emitiu juízo de valor sobre a aplicação da norma federal à matéria controvertida.

[...]

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.503.023/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13.11.2015)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. POSSIBILIDADE. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. INVIABILIDADE.

1. "Esta Corte Superior de Justiça admite o prequestionamento implícito, que viabiliza o conhecimento do recurso especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, desde que a matéria federal invocada tenha sido efetivamente debatida na instância ordinária, ainda que sem a indicação expressa dos dispositivos legais tidos por violados, o que ocorreu no caso" (AgRg no REsp 1.039.206/RO, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1/8/2012).

2. As Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ firmaram a compreensão de que a mera sentença de procedência emitida em ação anulatória de débito fiscal não é suficiente, por si só, para afastar a exigibilidade do crédito tributário, sobretudo quando inexistente a concessão de antecipação de tutela ou comprovação de que a apelação interposta tenha sido recebida apenas no efeito devolutivo. Precedentes: AgRg no AREsp 298.798/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 11/02/2014; AgRg nos EDcl no REsp 1049203/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 11/12/2009; e AgRg na MC 15.496/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/08/2009.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.159.310/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 20.2.2015)

Reconhecido o preenchimento do requisito do prequestionamento, observa-se que o acórdão recorrido dissente do entendimento do STJ "(...) de que somente exsurge o direito ao creditamento do ICMS quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, na forma do § 1º do art. 20 da Lei Complementar 87/1996" (REsp 1.808.979/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.7.2019).

Nessa linha, citam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. MANDADO DE SEGURANÇA NA ORIGEM. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7/STJ. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. INSUMO.

ESSENCIALIDADE. INVÓLUCROS. PRODUTO PRESCINDÍVEL DESPROVIDO DE ESSENCIALIDADE. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS. ART. 170 DO CTN. AUSÊNCIA DE JUÍZO DE VALOR NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A origem entendeu que existe direito líquido e certo, bem como que "não restam dúvidas de que as embalagens adquiridas pela impetrante integram o custo do produto da mercadoria vendida" (e-STJ fl. 209). Desconstituir essa conclusão para consignar que não há, no caso concreto, direito líquido e certo e que há mera presunção da indispensabilidade das embalagens, não havendo prova disso nos autos, exigiria, necessariamente, análise dos fatos e provas. Súmula n. 7/STJ.

2. De fato, o direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de sacolas e embalagens adquiridas para o acondicionamento de produtos possui tratamento infraconstitucional e o direito pleiteado foi analisado à luz do art. 20 da Lei Complementar n. 87/96.

3. Os insumos que geram direito ao creditamento são aqueles que, extrapolando a condição de mera facilidade, se incorporam ao produto final, de forma a modificar a maneira como esse se apresenta e configurar parte essencial do processo produtivo.

4. Ante a atividade prestada pelo agravado, os materiais utilizados para embalar ou acondicionar os produtos postos à venda no estabelecimento, como sacolas plásticas personalizadas, bandejas, etiquetas térmicas, rolos plásticos, dentre outros, configuram mera facilidade posta à disposição do consumidor, não integrando o produto final comercializado tampouco sendo essencial ao exercício da atividade do supermercado.

5. O cumprimento do requisito do prequestionamento se observa com o debate sobre a tese jurídica específica, isto é, com a emissão de juízo de valor sobre determinada norma e a sua aplicabilidade ao caso concreto pelo acórdão recorrido, não bastando, para tanto, a simples provocação da parte para que a Corte *a quo* se manifeste. Súmulas n. 282 e 356 do STF.

6. Agravo Interno parcialmente provido. (AgInt no REsp 1.802.032/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.8.2019)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. DIREITO DE CREDITAMENTO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. PRODUTO INTERMEDIÁRIO. ESSENCIALIDADE. SACOLAS PLÁSTICAS. PRODUTO PRESCINDÍVEL E DESPROVIDO DE ESSENCIALIDADE À ATIVIDADE EMPRESARIAL. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuidaram os autos, na origem, de Mandado de Segurança visando ao aproveitamento dos créditos obtidos com a aquisição de insumos

aplicados e consumidos com a atividade fim da empresa (sacolas plásticas colocadas a disposição dos clientes). A sentença concedeu a ordem. O acórdão deu provimento à Apelação para denegar a segurança.

2. Consoante entendimento jurisprudencial já sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, somente exsurge o direito ao creditamento do ICMS quando se tratar de insumos que se incorporam ao produto final ou que são consumidos no curso do processo de industrialização, na forma do § 1º do art. 20 da Lei Complementar 87/1.996. Precedentes: REsp 1.090.156/SC, Rel. Min^a Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.8.2010; AgRg no REsp 139.996/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 12.8.2002; REsp 235.324/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 13.3.2000.

3. É inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos para afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido de que "as sacolas plásticas colocadas à disposição dos consumidores para facilitar o transporte das mercadorias adquiridas, não integram o produto final comercializado e, assim, não caracterizam insumo necessário à sua circulação". Aplica-se, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.806.834/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.6.2019)

Diante do exposto, **conheço parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, dou-lhe provimento.**

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2019.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator