RECURSO ESPECIAL Nº 1.782.259 - RS (2018/0312640-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE	:	WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO	:	JULIO CESAR GOULART LANES - RS046648
RECORRIDO	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR	:	GUILHERME VALLE BRUM E OUTRO(S) - RS064317

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ARTS. 19 E 20 DA LC 87/1996. ICMS. CREDITAMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. ART. 155, § 2º, I, CF. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES. ART. 21 DA LC 87/1996. SACOLAS PLÁSTICAS DISPONIBILIZADAS AOS CONSUMIDORES PARA TRANSPORTAR SEUS PRODUTOS. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. MERCADORIAS QUE NÃO CONFIGURAM EMBALAGENS OU INSUMOS. JUÍZO FIRMADO COM FUNDAMENTO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CREDITAMENTO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. INCIDÊNCIA DA LIMITAÇÃO TEMPORAL PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL. ANÁLISE VEDADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 280/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA., com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 592/593 e-STJ):

> APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS Á EXECUÇÃO FISCAL. DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. OCORRÊNCIA. ALÍQUOTA E BASE DE CÁLCULO REDUZIDAS PARA REFEIÇÕES PRONTAS. CABIMENTO. BIS IN IDEM CRÉDITO QUE JÁ FOI OBJETO DE OUTRO AUTO DE LANÇAMENTO. MATÉRIA JÁ DECIDIDA. OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS REFERENTES À AQUISIÇÃO DE SACOLAS PLÁSTICAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA DE 120% PARA 100%. POSIÇÃO FIRMADA NO STF.
>
> I) Na hipótese de imposto sujeito a lançamento por homologação, aplicável o disposto no § 4° do art. 150 do CTN quando o contribuinte efetua o pagamento antecipado do tributo, ainda que a menor. Transcorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador relativamente ao período de 01/01/2006 a 04/12/2011, evidente a ocorrência da decadência.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA

> II) No caso, verifica-se a cobrança de ICMS em duplicidade, bem como ocorrência da coisa julgada material, no tocante ao diferencial de alí- quota exigido para o alimentos prontos, por já ter sido objeto do auto de lançamento n° 11694408 (CDA n° 12/02492), que amparou a execução fiscal n° 001/112.0037166-7. A matéria tratada, envolvendo as mesmas partes e correspondente ao mesmo período exigido pelo Fisco, já foi julgado no âmbito desta Corte. Não fosse por isso, a atividade da embargante de fornecer refeições prontas para o consumo produzidas no próprio estabelecimento é atividade similar àquela realizada por "bares, lanchonetes, restaurantes, cozinhas industriais e empresas preparadoras de refeições coletivas", não havendo razão para se conceder tratamento diferenciado entre os referidos estabelecimentos e os supermercados, quando realizada esta mesma atividade. Portanto, a embargante sujeita-se à alíquota de 12%, conforme o art. 12 da Lei Estadual n° 8.820/89 c/c art. 27, V, Livro I, do RIC MS, vigentes à época do fato gerador do imposto. Da mesma forma, a base de cálculo é reduzida para 60%, conforme o art. 23, VI, Livro I, também do RICMS.
>
> III) É indevido o creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de sacolas plásticas personalizadas. As sacolas plásticas oferecidas para auxiliar o transporte dos produtos adquiridos nos supermercados configuram uma facilidade pos- ta posta à disposição do consumidor, sendo que essas embalagens não integram o produto final comercializado pelo estabelecimento e, portanto, não são indispensáveis ao exercício da sua atividade-fim. Tratando-se de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, é inviável o creditamento pretendido, pois o art. 33, inciso I, da LC n° 87/96 postergou o direito ao crédito, que será concedido somente a partir de janeiro de 2020. Precedentes do STJ e desta Corte.
>
> IV) A multa de 120%, devida por infração material qualificada, prevista no art. 9°, III da Lei n° 6.537/73, deve ser reduzida para 100%, uma vez que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multa fixadas em patamar superior a 100% do valor do tributo devido.
>
> APELO PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME.

Embargos de declaração opostos e rejeitados (fl. 641 e-STJ).

O recorrente alega, inicialmente, violação do art. 1.022, II, do CPC/2015, ao argumento de falta de prequestionamento expresso dos artigos legais apontados violados.

Sustenta contrariedade aos arts. 19, 20, 21 e 33 da LC 87/1996 apontando violação do princípio da não cumulatividade do ICMS e aduzindo direito ao creditamento, ao argumento de que as sacolas plásticas são utilizadas diretamente na área de comercialização do supermercado e empregadas na consecução da atividade econômica do estabelecimento, na condição de embalagem e/ou insumo, não sendo incidindo as hipóteses de exceção estabelecidas na CF, art. 155, § 2º, II.

Contrarrazões a fls. 710-726 e-STJ.

Decisão de admissibilidade a fls. 760-72 e-STJ.

É o relatório. Decido.

De início, não se conhece da suposta afronta ao art. 1.022, II, do CPC/2015, pois a recorrente se limita a afirmar de forma genérica a ofensa ao referido normativo sem indicar qual questão de direito não foi abordada no acórdão proferido em sede de embargos de declaração e a sua efetiva relevância para fins de novo julgamento pela Corte de origem. Incide à hipótese a Súmula 284/STF.

Quanto aos arts. 19 e 20 da LC 87/1996, com base nos quais se dá a tese

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA

recursal a respeito do aproveitamento dos créditos de ICMS, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia com fundamento eminentemente em normas e princípios constitucionais e à luz de jurisprudência do STF, entendendo que a inexistência de direito a crédito de ICMS dos valores relativos à aquisição de sacolas plásticas personalizadas para disposição dos consumidores transportarem suas compras não importa ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, da CF/88, norma essa reproduzida nos arts. 19 e 20 da LC 87/1996 (fls. 612-614 e-STJ).

> Melhor sorte assiste ao recorrente em relação aos valores referentes ao creditamento indevido do ICMS relativo à aquisição de sacolas plásticas.
>
> **O princípio da não-cumulatividade, consagrado pela Constituição Federal, no art. 155, § 2°, inc. I, autoriza o estabelecimento, na qualidade de contribuinte *de jure,* a compensação do imposto sobre circulação de mercadorias** incidente em cada operação de circulação mercadorias ou em cada operação de prestação de serviços, com o montante cobrado nas operações anteriores.
>
> **Nesse sentido é a previsão da Lei Complementar 87/96:**
>
> > Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e inter-municipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.
> >
> > Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.
>
> **Assim, em decorrência do princípio da não-cumulatividade, é reconhecida a possibilidade de creditamento dos valores de ICMS pagos na aquisição de bens quando utilizados para a concretização da atividade-fim da empresa.**
>
> [...]
>
> **Em recente precedente do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecido que as operações de aquisição de materiais de uso e consumo não geram direito a crédito de ICMS,** bem como que **as alterações previstas no art. 33 da LC 87/96 não violam o princípio da não-cumulatividade:**
>
> > [...] 2. A inexistência de direito a crédito de ICMS pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviços de comunicação ou de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo não viola o princípio da não cumulatividade. **De igual modo, não ofendem o princípio da não cumulatividade a modificação introduzida no art. 20, § 5°, da LC 87/96, e as alterações ocorridas no art. 33 da mencionada lei.** [...] (ARE 710026 ED, Relator(a): MM. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-075 DIVULG 22-04-2015 PUBLIC 23-04- 2015)

Com efeito, a questão recursal impõe o exame de acórdão baseado em normas e

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA

princípios de índole constitucional, matéria de competência exclusiva do STF, inviável de apreciação em sede de sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

Cabe ressaltar, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que os arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/1996, que instituíram nova disciplina para o aproveitamento de créditos de ICMS, apenas reproduzem o princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, não possuindo regramento autônomo da norma constitucional. Dessa forma, tratando-se de temática precipuamente constitucional, sua discussão é inviável de análise em sede de recurso especial.

A propósito, na parte que interessa, alguns precedentes desta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. [...] APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. [...]
> 1. Aplica-se a Súmula 284/STF quando a parte faz alegações genérica sobre a violação do art. 535 do CPC. Nesse sentido: - Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. (AgRg no REsp 879.400/RS, Rel. Min.
> Castro Meira, DJ de 9/2/2009).
> [...]
> 5. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que os arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, que instituíram nova disciplina para o aproveitamento de créditos de ICMS, alterando o regime estabelecido pelo Convênio 66/88, apenas reproduziram o princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal. Assim, a discussão dessa temática cinge-se ao exame de tema precipuamente constitucional, sendo, portanto, insuscetível de análise em sede de recurso especial. (AgRg no Ag 969.665/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 7/5/2008)." 6. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 1.106.835/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 5/5/2009, DJe 14/5/2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. MÉRITO. ICMS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.
> [...]
> 1. O exame de acórdão baseado em normas e princípios de índole constitucional é vedado em sede de recurso especial, por esbarrar na competência atribuída ao Superior Tribunal de Justiça pelo art. 105, III, da Constituição Federal. Isso, porque o exame de suposta violação de dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Federal, pela via do recurso extraordinário, sendo vedado a esta Corte Superior realizá-lo, ainda que para fins de prequestionamento.
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que **os arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/96,** que instituíram nova disciplina para o aproveitamento de créditos de ICMS,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA

> alterando o regime estabelecido pelo Convênio 66/88, **apenas reproduziram o princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I da Constituição Federal. Assim, a discussão dessa temática cinge-se ao exame de tema precipuamente constitucional,** sendo, portanto, insuscetível de análise em sede de recurso especial.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no Ag 969.665/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/4/2008, DJe 7/5/2008)
>
> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL ICMS VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO **ART. 19 DA LC 87/96 MATÉRIA CONSTITUCIONAL** [...]
> 1. Aplica-se a Súmula 284/STF quando a parte faz alegações genérica sobre a violação do art. 535 do CPC.
> 2. **Os arts. 19 e 20 da Lei Complementar 87/90 reproduzem o princípio da não-cumulatividade do ICMS, com assento no art. 155, § 2º, I da CF/88. Assim, a discussão desse tema é de caráter precipuamente constitucional,** insuscetível, portanto, de análise em sede de recurso especial. [...]
> (AgRg no REsp 949.223/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/6/2009, DJe 1º/7/2009)
>
> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. BENS DESTINADOS AO USO, AO CONSUMO E AO ATIVO PERMANENTE. LEI COMPLEMENTAR 102/2000. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO DO JULGADO. INOCORRÊNCIA. ARTS. 11 E 15 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. **ARTS. 19 E 20 DA LC 87/96. LIMITAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. ANÁLISE VEDADA EM RECURSO ESPECIAL.** RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.
> (REsp 666.413/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 11/2/2008, p. 56)

Quanto ao art. 21 da LC 87/1996, verifica-se que a Corte de origem firmou conclusão de que as referidas sacolas plásticas colocadas à disposição do consumidor para transporte das mercadorias adquiridas não configuram insumos ou embalagens, porquanto não integram o produto final comercializado, não fazendo parte do processo de industrialização dessas mercadorias, afastando assim o direito ao crédito do ICMS (fls. 614/615 e-STJ):

> No caso, a apelada, ao desenvolver a atividade de super- mercado, se creditou dos valores de ICMS incidentes quando da aquisição de sacolas plásticas personalizadas, que servem para os clientes transportarem os produtos, sob o fundamento de que essas sacolas são essenciais para o desenvolvimento de sua atividade comercial.
>
> Entendo que não lhe assiste razão.
>
> As sacolas plásticas oferecidas para auxiliar o transporte dos produtos adquiridos no supermercado configuram uma facilidade posta à disposição do consumidor, sendo que essas embalagens não integram o produto final comercializado pelo estabelecimento e, portanto, não são indispensáveis ao exercício da sua atividade-fim.
>
> O Des. Marcelo Bandeira Pereira, quando do julgamento da AC n2 70062803416, fez uma adequada distinção entre "as embalagens que são

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA

> indispensáveis à comercialização de determinados produtos, que se agregam como produto final, das embalagens (sacolas plásticas) que visam à comodidade e facilidade oferecidas pelo estabelecimento." Ao contrário das embalagens para acondicionamento, que envolvem individualmente os próprios produtos vendidos pelo estabelecimento, as sacolas plásticas personalizadas não fazem parte do processo de industrialização dessas mercadorias, o que afasta o direito ao crédito de ICMS.

Assim, rever a conclusão a que chegou a Corte de origem sobre a questão demanda o reexame do contexto fático-probatório dos autos, atividade essa vedada no âmbito do recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

Quanto ao art. 33 da LC 87/1996, a Corte de origem analisou a questão do creditamento relativo às aquisições destinadas ao uso e consumo do estabelecimento com fundamento na Lei estadual n. 8.820/1989, que instituiu o ICMS, que, seguindo a LC 87/1996, definiu a data de 1º de janeiro de 2020 para se dar o respectivo direito ao creditamento de ICMS dessas mercadorias (fl. 613 e-STJ):

> Todavia, quanto às mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, a Lei Complementar n° 138/2010, que alterou o art. 33, inciso I, da LC 87/965, **postergou para 1° de janeiro de 2020 a concessão de direito de crédito de ICMS.**
>
> **E a própria Lei Estadual que instituiu o ICMS em nosso Estado (Lei nº 8.820/89) remete o direito ao creditamento para a data prevista em lei complementar:**
>
> > "Art. 15 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto:
> > I - anteriormente cobrado e destacado na primeira via do documento fiscal, nos termos do disposto em regulamento, em operações ou prestações de que tenha resultado:
> > (..) b) a partir da data prevista em Lei Complementar, de que tra ta o inciso XII do § 2° do artigo 155 da Constituição Federal, a entrada de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento; (..)"

Com efeito, a questão em tela foi dirimida com fundamento na limitação temporal estabelecida em lei local, de modo que, verificar o acolhimento da pretensão da recorrente, ainda que sustentada com base em suposta violação de lei federal, exige, necessariamente, a interpretação da legislação local considerada pelo acórdão recorrido, o que é inviável pela via do recurso especial, nos termos da Súmula 280/STF.

Ante todo o exposto, não conheço do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de dezembro de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 736753DD-745A-4B18-9198-B35DA9F7EBAA