



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.271 - DF (2019/0087086-8)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CARLOS SARAIVA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : LEONARDO DE LIMA NAVES - MG091166
RAFAEL FABIANO DOS SANTOS SILVA - MG116200
ERICKA RAYANA DOS REIS OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF047320
FERNANDA ALVES PEREIRA BASTOS - DF048091
NATALIA MARIA CHEIB - MG167567
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : ROGÉRIO OLIVEIRA ANDERSON E OUTRO(S) - DF028290

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 11, 489 E 1022 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS. ARTIGO 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, QUANDO NÃO COMPROVADO QUE SUPORTOU O ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DO STJ.

1. Constata-se que não se configurou a ofensa aos arts. 11, 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

3. Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte de origem examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

4. À luz do art. 166 do Código Tributário Nacional - CTN, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento jurisprudencial segundo o qual o responsável tributário, recolhedor, em tese, do crédito tributário por substituição processual, só tem legitimidade ativa *ad causam* para a ação de repetição de indébito, quando comprovar ter pago o tributo. Fora as hipótese do art. 166 do CTN, o responsável tributário não detém legitimidade para pleitear, em nome próprio, a restituição do tributo que recolheu. A respeito: EDcl no AgRg no REsp 1418303/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no REsp 1418207/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014; AgRg no REsp 1437789/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Recurso Especial parcialmente conhecido, apenas no tocante à violação do art. 1022 do CPC e, nessa parte, 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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 11 de junho de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.271 - DF (2019/0087086-8)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CARLOS SARAIVA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : LEONARDO DE LIMA NAVES - MG091166
RAFAEL FABIANO DOS SANTOS SILVA - MG116200
ERICKA RAYANA DOS REIS OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF047320
FERNANDA ALVES PEREIRA BASTOS - DF048091
NATALIA MARIA CHEIB - MG167567
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : ROGÉRIO OLIVEIRA ANDERSON E OUTRO(S) - DF028290

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da Constituição da República) interposto contra acórdão assim ementado (fl. 235, e-STJ):

MANDADO DE SEGURANÇA. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 176. INAPLICABILIDADE. COMÉRCIO VAREJISTA. ELETRODOMÉSTICOS. ELETROELETRÔNICOS. ICMS. INEXISTÊNCIA DE REPASSE AO CONSUMIDOR. PROVAS. AUSÊNCIA. ART. 166 DO CTN. LEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNCIA.

1. A substituição tributária progressiva ocorre quando pessoas que ocupam posições posteriores da cadeia de produção/circulação são substituídas, no dever de pagar tributo, pelas que ocupam posições anteriores, nos termos do art. 150, § 7º da CF.

2. No caso do ICMS, a base de cálculo utilizada para o recolhimento antecipado do tributo é presumida. Logo, a empresa do ramo varejista de eletrodomésticos e eletroeletrônicos, na condição de substituta tributária, tem legitimidade ativa para pleitear o crédito tributário, desde que demonstrem nos autos que inexistiu repasse do encargo tributário ao consumidor final (art. 166 do CTN).

3. Recurso conhecido e desprovido.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 263, e-STJ).

Aponta a parte recorrente, em Recurso Especial, violação, no mérito, dos 11, 489 e 1022 do CPC; 165, 166 e 170 do CTN. Afirma:

Conforme se verifica da argumentação exposta em sede de sentença e mantida no julgamento da apelação interposta, foi decidido que a ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente não possuiria legitimidade para pleitear a restituição do ICMS-ST visto que não teria demonstrado que suportou o encargo financeiro previsto no art. 166 do Código Tributário Nacional.

Entretanto, a aplicação do dispositivo supracitado sequer é cabível ao presente caso, pois, tal qual foi asseverado quando da impetração do mandado de segurança, a Recorrente é empresa que atua no ramo do comércio varejista e, dessa forma, lhe é atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS que seria devido nas operações subsequentes.

Insta asseverar que a empresa não pode ser rotulada como substituta ou substituída na hipótese em que ela mesma recolhe o ICMS/ST, eis que o RICMS/DF (Decreto n. 18.955/1997) não indica categoricamente quem viria a ser o substituto tributário, se o industrial, o atacadista ou o comerciante varejista, dotando, na realidade, todos de responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS que seria devido nas operações subsequentes.

É que conforme já se evidenciou, a Recorrente é uma rede varejista que comercializa eletrodomésticos e eletroeletrônicos e, de tal modo, realiza a venda de mercadorias ao consumidor final.

Nesse sentido, a adoção de um pretenso regime de substituição tributária em que a empresa recolhe o ICMS/ST configura-se tão somente em um regime de antecipação do recolhimento do ICMS de sua "operação própria" e não a substituição da tributação que incidiria em toda uma cadeia de contribuintes, o que faz com que a Recorrente seja, em tal hipótese, a substituta e a substituída tributária ao mesmo tempo.

A necessidade da existência de uma outra pessoa (o substituído) para que se possa falar em antecipação do dever tributário encontra-se também disposta no artigo 128 do Código Tributário Nacional.

Contrarrazões às fls. 344-348, e-STJ.

À fl. 421, e-STJ, proveu-se o Agravo e determinou-se sua conversão em Recurso Especial, sem prejuízo de exame posterior mais profundo da admissibilidade.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.271 - DF (2019/0087086-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 13 de maio de 2019.

Preliminarmente, constato que não se configurou a ofensa aos arts. 11, 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

Cabe destacar que o simples descontentamento da parte com o julgado não tem o condão de tornar cabíveis os Embargos de Declaração, que servem ao aprimoramento da decisão, mas não à sua modificação, que só muito excepcionalmente é admitida.

Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte de origem examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

No mérito, para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo os fundamentos do *decisum* recorrido (e-STJ, fls. 238-241, grifei):

O cerne da controvérsia consiste em verificar se o apelante tem direito líquido e certo à compensação dos valores supostamente recolhidos a mais a título de ICMS, uma vez que a base de cálculo utilizada para o recolhimento antecipado do tributo é superior àquela que é efetivamente utilizada quando da ocorrência do fato gerador.

A apelante é do ramo varejista de eletrodomésticos e eletroeletrônicos e, por isso, é contribuinte do ICMS. Alega que o recolhimento do ICMS ocorre de forma antecipada, sob o regime de substituição tributária progressiva ou para frente.

(...)

O Magistrado concluiu ser incabível a restituição do valor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretendido, por não haver nos autos comprovação de que o apelante su 159-160v):

eixando de repassá-lo ao consumidor final. Confira-se (fl.

"Assim, nos termos da referida norma transcrita, somente deverá postular a sua restituição aquele que comprovar ter arcado com o referido encargo.

Do contrário, estar-se-ia a possibilitar o enriquecimento injustificado, eis que o intermediário receberia de ambos os lados da cadeia de consumo (de um lado a restituição de quem cobrou indevidamente e, de outro, do consumidor destinatário que efetivamente arcou com o encargo embutido no preço).

Portanto, não demonstrado nos autos que a parte Impetrante suportou o ônus do ICMS, a extinção sem resolução do mérito face a sua ilegitimidade ativa é medida que se impõe." [grifo na transcrição].

De fato, não há controvérsia acerca da possibilidade de devolução imediata quando o recolhimento do tributo pago for maior, com direito à compensação.

Todavia, o apelante não comprovou a ausência do repasse do encargo tributário ao consumidor final. Na verdade, a despeito do mandado de segurança exigir prova pré -constituída, a parte não juntou aos autos qualquer documento. Não há uma nota fiscal sequer.

Logo, inexistem elementos probatórios mínimos para verificar se o preço de revenda do produto ao consumidor final foi inferior ao presumido, bem como se o substituído, no caso, o apelante, suportou o pagamento a maior, sem repassar o custo ao consumidor final.

Assim, caberia ao apelante o ônus probatório de comprovar que suportou o recolhimento do tributo para poder exigir o crédito, nos termos do art. 166 do CTN, o que não ocorreu.

Nota-se que a instância de origem decidiu a questão com base no suporte fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Assim, ultrapassar os fundamentos do acórdão, no sentido de que não há elementos probatórios mínimos que demonstrem que o recorrente suportou o recolhimento do tributo para poder exigir o crédito, nem para verificar se o preço de revenda do produto ao consumidor final foi inferior ao presumido, e acolher a tese recursal, demandaria o reexame de provas, vedado na presente sede pelo enunciado 7 da Súmula da Corte Superior.

Portanto, o Recurso Especial interposto não merece trânsito, haja vista que os argumentos *sub examine* implicam revolvimento do conjunto fático-probatório carreado aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, providência que o Recurso Especial não comporta.

Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

À luz do art. 166 do Código Tributário Nacional - CTN, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento jurisprudencial segundo o qual o responsável tributário, recolhedor, em tese, do crédito tributário por substituição processual, só tem legitimidade ativa *ad causam* para a ação de repetição de indébito, quando comprovar ter pago o tributo. Fora as hipótese do art. 166 do CTN, o responsável tributário não detém legitimidade para pleitear, em nome próprio, a restituição do tributo que recolheu. A respeito: EDcl no AgRg no REsp 1418303/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no REsp 1418207/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014; AgRg no REsp 1437789/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014.

Cumprе ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

Caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas instâncias de origem, determino a sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça.

Por tudo isso, **conheço parcialmente do Recurso Especial, apenas com relação à violação do art. 1022 do CPC e, nessa parte, não o provejo.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0087086-8

REsp 1.814.271 / DF

Números Origem: 00384320920168070018 01102498720168070001 201601111102494 201601111102494AGS

PAUTA: 11/06/2019

JULGADO: 11/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CARLOS SARAIVA IMPORTAÇÃO E COMÉRCIO LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : LEONARDO DE LIMA NAVES - MG091166
RAFAEL FABIANO DOS SANTOS SILVA - MG116200
ERICKA RAYANA DOS REIS OLIVEIRA E OUTRO(S) - DF047320
FERNANDA ALVES PEREIRA BASTOS - DF048091
NATALIA MARIA CHEIB - MG167567
RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : ROGÉRIO OLIVEIRA ANDERSON E OUTRO(S) - DF028290

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

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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.