



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 17.085 - SP (2011/0061262-0)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : SADIA S/A
ADVOGADO : RICARDO LUZ DE BARROS BARRETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA MUNIZ DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. MAJORAÇÃO DE 17% PARA 18%. INDÉBITO. CREDITAMENTO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A compensação via creditamento de valores pagos indevidamente por tributos indiretos, a exemplo o ICMS, pela manifesta pretensão de ressarcimento, exige a prova negativa da repercussão, não obstante a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18%" (AgRg no REsp 1.078.145/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 16/3/10).

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 17.085 - SP (2011/0061262-0)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : **SADIA S/A**
ADVOGADO : **RICARDO LUZ DE BARROS BARRETO E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **MARIA CRISTINA MUNIZ DA SILVA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de agravo regimental interposto por SADIA S/A contra decisão que conheceu do agravo para negar-lhe provimento, ao fundamento de que o acórdão recorrido se encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que o pedido de compensação por creditamento dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto indireto, no caso, o ICMS, exige a prova de que o encargo não foi repassado a terceiro.

A agravante sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido teria violado o art. 535, II, do CPC e que a jurisprudência utilizada pela decisão agravada não se amolda aos casos de creditamento, não se aplicando, portanto, a regra prevista no art. 166 do CTN.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 17.085 - SP (2011/0061262-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. MAJORAÇÃO DE 17% PARA 18%. INDÉBITO. CREDITAMENTO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A compensação via creditamento de valores pagos indevidamente por tributos indiretos, a exemplo o ICMS, pela manifesta pretensão de ressarcimento, exige a prova negativa da repercussão, não obstante a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18%" (AgRg no REsp 1.078.145/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 16/3/10).

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim concebida (fls. 316/318e):

Trata-se de agravo interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado por SADIA S/A, com base no art. 105, III, *a*, *b* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 193e):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA FORMALMENTE EM ORDEM, ATENDENDO ÀS PRESCRIÇÕES LEGAIS. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS DE 17 PARA 18% SUBSISTENTE NO CASO PORQUE O ACRÉSCIMO NÃO SE TRADUZ EM DIREITO À REPETIÇÃO QUANDO INEXISTENTE DEMONSTRAÇÃO CONVINCENTE DE AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO AO CONSUMIDOR FINAL. IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS MANTIDA. MULTA MORATÓRIA DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO DE 30 PARA 20% (LEI N. 9.399/96). RETROATIVIDADE DE LEI QUE ESTABELECEU PENALIDADE MENOS SEVERA AO CONTRIBUINTE. RECURSO DA EMBARGANTE IMPROVIDO. ANOTADO, DE OFÍCIO, O PERCENTUAL DA MULTA MORATÓRIA DE 20%.

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados (fls. 216/220e).

Alega o agravante, nas razões do especial, violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil e 166 do Código Tributário Nacional. Sustenta a ocorrência de omissão não suprida em sede de embargos declaratórios. Afirma a irregularidade da exigência de prova da não transferência do encargo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

financeiro relativo ao ISS ao consumidor em sede de embargos à execução (fls. 248/264e).

Ausentes as contrarrazões (fl. 278e), não foi admitido o recurso na origem (fls.284/285e).

Decido.

Inicialmente, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, porquanto as questões suscitadas foram adequadamente apreciadas pelo acórdão recorrido. Assim, apesar de oposto aos interesses da ora recorrente, o aresto adotou fundamentação apropriada para a conclusão por ele alcançada. Ademais, não há confundir decisão contrária ao interesse da parte com a falta de pronunciamento do órgão julgador.

De resto, tem-se que o entendimento firmado no acórdão recorrido – no sentido de que o pedido de compensação por creditamento dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto indireto, no caso o ICMS, exige a prova de que o encargo não foi repassado a terceiro – está de acordo com a pacífica jurisprudência desta Corte sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. ARTIGO 166 DO CTN. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. TRIBUTO INDIRETO. PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO. NECESSIDADE. (RECURSO REPETITIVO - RESP 1.002.932-SP).

1. A compensação via creditamento de valores pagos indevidamente por tributos indiretos, a exemplo o ICMS, pela manifesta pretensão de ressarcimento, exige a prova negativa da repercussão, não obstante a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18%.

2. É cediço nesta Corte que, verbis: "Em se tratando de ação declaratória, onde se busca o reembolso pela via indireta do creditamento (auto-lançamento) e não pela via direta do pagamento mediante ação de repetição de indébito, incide a norma do artigo 166, Código Tributário Nacional, segundo a qual, a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo." (AGA 437657/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 22/09/2003).

3. À luz da novel metodologia legal, publicado o julgamento do Recurso Especial nº 1.110.550/SP, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.078.145/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 16/3/10)

Por fim, verificar a não transferência do encargo tributário, no caso, exigiria reexame de provas, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ILEGALIDADE. TRIBUTO INDIRETO. NATUREZA RECONHECIDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVAÇÃO DA NÃO-TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO. NECESSIDADE. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Não se conhece do recurso interposto com base na alínea "c" do permissivo constitucional se não há similitude fática entre os julgados comparados. Com efeito, o acórdão recorrido concluiu por indeferir a restituição do indébito pleiteado porque a autora deveria comprovar que suportou o encargo relativo ao ISS sobre locação de bens móveis e não o fez, ao passo que no aresto apresentado como paradigma não se discutiu quem teria pago o imposto.

2. A jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o ISS exigido sobre a locação de bens móveis tem a natureza de tributo indireto, permitindo o repasse do encargo financeiro ao tomador do serviço. Desse modo, a restituição do indébito sujeita-se à prévia comprovação de quem suportou o encargo, conforme a regra prevista no art. 166 do Código Tributário Nacional. Entendimento confirmado pela sistemática dos recursos repetitivos de que trata o art. 543-C do Código de Processo Civil.

3. No caso concreto, o julgador concluiu pela inexistência de documentos comprobatórios de que a autora efetivamente suportou o encargo. Para se decidir em sentido contrário, imprescindível adentrar no contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1.194.003/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 3/8/10). Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, II, *a*, do Código de Processo Civil, **conheço do agravo para negar-lhe provimento.** Intimem-se.

Ademais, o argumento de que inexistente jurisprudência pacificada acerca da matéria e de que o art. 166 do CTN não se aplica aos casos de creditamento, não merece provimento, porquanto esta Corte Superior, sobre o tema, assim tem se manifestado reiteradamente:

TRIBUTÁRIO. ICMS. MAJORAÇÃO DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. INDÉBITO. CREDITAMENTO. ART. 166 DO CTN. APLICAÇÃO.

1. **A pretensão de restituição ou creditamento do indébito tributário decorrente de ICMS indevidamente exigido nas operações de saída realizadas pela contribuinte (majoração de 17% para 18%) submete-se à exigência do art. 166 do CTN.** Orientação sedimentada na Primeira Seção, desta Corte no julgamento do ERESP 938.367, julgado em 10/09/2008, DJe 02/02/2009.

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no Ag 1.011.570/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 4/5/10)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS APONTADOS COMO VIOLADOS. COMPETÊNCIA DO STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 7/STJ. ICMS. COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO. TRIBUTO INDIRETO. PROVA DO ENCARGO SUPORTADO. APLICABILIDADE DO ART. 166



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO CTN. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DE MÉRITO EM SEDE DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA 123/STJ. DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADA. SÚMULA 182/STJ.

1. A menção aos dispositivos constitucionais não foi analisada, porquanto isso implicaria imiscuir-se na competência reservada ao apelo nobre dirigido ao Excelso Pretório.

2. Cerceamento de defesa afastada pela Corte de origem com base no contexto fático dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. **É possível a compensação via creditamento de valores pagos indevidamente por tributos indiretos, como é o caso do ICMS, e que neste caso é necessária prova de que não houve transferência do encargo financeiro. Aplicabilidade do art. 166 do CTN. Incidência da Súmula 83/STJ.**

4. Possibilidade de análise de mérito em sede de juízo de admissibilidade do recurso especial. Incidência da Súmula 123/STJ.

5. Ante a inadmissão do especial pela incidência da Súmula 83/STJ, caberia à agravante demonstrar que a jurisprudência não está pacificada em conformidade com o que decidiu a instância ordinária, ou, ainda, demonstrar que o precedente que fundamentou o acórdão recorrido constitui situação diversa daquela debatida nos autos, e não somente reiterar as razões do especial. Incidência da Súmula 182/STJ.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 50.090/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 23/11/11)

TRIBUTÁRIO. ICMS. MAJORAÇÃO DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE.

INDÉBITO. CREDITAMENTO. ART. 166 DO CTN. APLICAÇÃO.

1. Hipótese em que há dissídio entre o acórdão embargado, que afasta a aplicação do art. 166 do CTN no caso de creditamento de ICMS relativo a indébito tributário (majoração indevida de 17% para 18%) e o acórdão paradigmático, que exige a comprovação de assunção do encargo econômico pela contribuinte. Prevalência do paradigma.

2. **Há duas situações distintas relativamente ao creditamento de ICMS: a) creditamento relativo a tributo indevidamente exigido nas operações de saída realizadas pela contribuinte, que se equipara à restituição (é o caso presente); e b) creditamento extemporâneo, relativo aos créditos na aquisição de mercadorias pela contribuinte ou à correção de seus valores. Aplica-se o art. 166 do CTN apenas no primeiro caso.**

3. Quando há indébito tributário decorrente de ICMS indevidamente exigido nas operações de saída realizadas pela contribuinte, como na hipótese dos autos, o valor do tributo é destacado na nota fiscal e repassado ao adquirente. Nessa situação, a contribuinte pode, nos termos da lei local, optar pela compensação do indébito por meio da escrituração contábil correspondente (creditamento), em vez de aguardar o pagamento de precatório. Essa opção por compensar mediante creditamento não altera a natureza do indébito nem afasta a exigência do art. 166 do CTN. Precedentes do STJ.

4. Diferentemente, a não-contabilização do crédito de ICMS relativo à aquisição de mercadorias pela contribuinte (ou a contabilização a menor) não implica repasse do ônus correspondente nas operações de saída por ela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizadas, dentro da sistemática da não-cumulatividade. Inaplicabilidade do disposto no art. 166 do CTN a essa hipótese de creditamento extemporâneo. Precedentes do STJ.

5. Embargos de Divergência providos. (EREsp 938.367/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 2/2/09)

Nesse contexto, a decisão ora agravada não merece reforma, visto que a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que se aplica, tanto nos casos de restituição, como de creditamento, a exigência do art. 166 do CTN, o que faz incidir a Súmula 83/STJ.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0061262-0

AgRg no
AREsp 17.085 / SP

Números Origem: 1011296 4001875 40018759 4001875901 5060324301 9182269782005

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SADIA S/A
ADVOGADO : MARCELO RIBEIRO DE ALMEIDA E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA MUNIZ DA SILVA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SADIA S/A
ADVOGADO : RICARDO LUZ DE BARROS BARRETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARIA CRISTINA MUNIZ DA SILVA E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.