



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1872036 - MG (2020/0097859-2)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADA : MARIA TERESA LIMA LANA - MG073198
AGRAVADO : AUTO POSTO REDE SOUZA LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI - MG075853
GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO. VENDA PRATICADA COM PREÇO MENOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial a quo.
2. Hipótese em que as razões do recurso especial relativas à apontada infringência ao art. 1.022 do CPC/2015 não atacaram o fundamento adotado no julgamento dos embargos de declaração de que as questões neles suscitadas configuravam indevida inovação recursal.
3. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre a tese relacionada ao dispositivo de lei supostamente violado, mesmo após opostos embargos de declaração.
4. "Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 630.966/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 27 de setembro de 2021.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.036 - MG (2020/0097859-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno manejado pelo ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão por mim proferida, constante às e-STJ fls. 446/452, em que, com fundamento nas Súmulas 283 do STF e 211 do STJ e na inaplicabilidade do art. 166 do CTN, conheci parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, neguei-lhe provimento.

Nas suas razões (e-STJ fls. 456/468), o agravante sustenta que: (a) o recurso especial atacou todos os fundamentos do acórdão recorrido, inclusive os consignados no julgamento dos embargos de declaração; (b) as questões suscitadas no recurso especial foram prequestionadas com a interposição dos embargos de declaração; (c) o direito à restituição do ICMS recolhido a maior pelo regime de substituição tributária (RE 593.849/MG) pressupõe prévio requerimento administrativo, até mesmo para fins do cômputo da atualização monetária, e demonstração de que não houve o repasse econômico da exação para o contribuinte de fato.

Sem impugnação (e-STJ fl. 474).

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.872.036 - MG (2020/0097859-2)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADA : MARIA TERESA LIMA LANA - MG073198
AGRAVADO : AUTO POSTO REDE SOUZA LTDA
ADVOGADOS : ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI - MG075853
GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO. VENDA PRATICADA COM PREÇO MENOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. Conforme entendimento sedimentado na Súmula 283 do STF, não se conhece de recurso especial quando inexistente impugnação específica a fundamento autônomo adotado pelo órgão judicial *a quo*.
2. Hipótese em que as razões do recurso especial relativas à apontada infringência ao art. 1.022 do CPC/2015 não atacaram o fundamento adotado no julgamento dos embargos de declaração de que as questões neles suscitadas configuravam indevida inovação recursal.
3. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre a tese relacionada ao dispositivo de lei supostamente violado, mesmo após opostos embargos de declaração.
4. "Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 630.966/RS, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).
5. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os argumentos ora deduzidos já foram suficientemente analisados e desacolhidos quando proferi a decisão ora impugnada, razão por que a mantenho pelos seus próprios fundamentos.

Superior Tribunal de Justiça

Na origem, cuidam os autos de ação ordinária ajuizada pela empresa agravada na qual pediu "seja definitivamente reconhecido o direito da parte Autora de ter ressarcido, de forma imediata e preferencial, o valor pago a mais de ICMS- ST por seu preço de venda ter sido inferior ao PMPF[que serviu de base à antecipação do imposto]", com a declaração do "direito à compensação (creditamento) ou restituição, pelo valor plenamente atualizado (juros e correção monetária), dos valores indevidamente já recolhidos desde 20/10/2017, bem como recolhimentos vincendos".

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para "condenar o Estado de Minas Gerais a restituir à parte autora a diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, limitando-se, conforme se apurar em liquidação de aos fatos geradores ocorridos a partir de 19.10.2016 sentença, podendo, outrossim, a parte autora optar pelo recebimento via precatório/RPV ou pela compensação".

Na sequência, o TJ/MG negou provimento às apelações manejadas por ambas as parte, vindo a manter a sentença em reexame necessário, com a seguinte motivação:

A) DA CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 10 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 Sustenta não haver pretensão resistida a permitir o ajuizamento da ação.

Para tanto, argumenta não se poder presumir "que o Estado de Minas Gerais descumprirá a decisão do STF proferida no RE nº 593.849/MG, vez que as normas estaduais contestadas e que conflitam com aquele pronunciamento perderam eficácia".

Lado outro, discorre que, nos termos do disposto no art. 10 da Lei Complementar nº 87/96, há duas alternativas à apelada: (i) formular o pedido de restituição na via administrativa; e, (ii) não havendo deliberação em 90 (noventa) dias, efetuar o crédito em sua escrita fiscal.

Assim, considerando que não houve pedido administrativo e, como cediço, ao Poder Judiciário não é dado atuar como órgão consultivo, defende a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015.

Sem respaldo tal alegação, porquanto, face ao disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, que consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, desnecessário o prévio esgotamento da via administrativa para se promover ajuizamento de ação judicial.

O interesse processual existe na medida em que as alegações do apelante demonstram sua resistência à pretensão do requerente, bem como a inexistência de indeferimento administrativo não denota a desnecessidade da ação.

Assim, rejeito a preliminar.

B) DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM Defende ser a parte autora ilegítima para pleitear a repetição do indébito por creditamento, à alegação de que, conforme a cadeia de comercialização, há mais de um substituído. Logo, não é apenas o varejista que arca com a tributação da substituição tributária, mas o atacadista que primeiro a suporta, podendo ou não repassá-la ao varejista, dependendo das condições do mercado. Desse modo, nos termos do disposto no art. 166 do CTN, necessária a autorização do consumidor para que haja a devolução pelo creditamento, motivo pelo qual, no caso, é de se reconhecer a ilegitimidade ativa da autora.

Sem razão, contudo.

Na esteira da jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça, a exigência contida na norma do art. 166 do CTN 1 não se aplica aos casos de substituição tributária "para frente".

Superior Tribunal de Justiça

Isso porque, em referida modalidade, “quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante”.

Posto isso, rejeito a preliminar.

II – DO MÉRITO A) DA RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA Versam os autos sobre ação pelo procedimento comum ajuizada por AUTO POSTO REDE SOUZA IGUAÇÚ LTDA. em face do ESTADO DE MINAS GERAIS, em que se pleiteia a declaração do direito: (i) em ter ressarcido, de forma imediata e preferencial, do valor pago a maior do ICMS-ST quando se apresente inferior ao PMPF (preço médio ponderado ao consumidor final); (ii) à compensação (creditamento) ou restituição, pelo valor atualizado, dos valores já recolhidos, dede 20/10/2017, bem como dos recolhimentos vincendos.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 593.849, sob o regime da repercussão geral, firmou posição no sentido de ser devida a restituição da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária “para frente”, se a base de cálculo efetiva da operação por inferior à presumida.

Confira-se:

[...] Desse modo, dúvidas não há de que a parte autora faz jus à restituição dos valores pagos a maior, tal como acertadamente entendera o magistrado singular.

Lado outro, a única alegação do Fisco, no sentido de que o demandante não logrou êxito em comprovar haver assumido o encargo ou, no caso de transferência a terceiro, estar expressamente autorizada a receber a compensação, nos termos do art. 166 do CTN, já foi afastada em sede preliminar, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença tal como lançada.

[...] C) DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA Requer o Fisco a aplicação, a título de juros e correção monetária, dos critérios constantes da norma inserta no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais nºs. 1.495.146/MG, 1.495.144/RS, 1.492.221/PR (Tema 905), representativos da controvérsia, a correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança do tributo pago em atraso. Ademais, observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, afigura-se legítima a utilização da Taxa SELIC, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

O Estado Federado possui competência para legislar, concorrentemente, sobre direito tributário e financeiro (art. 24, inciso I, da CR/88). Assim sendo, não há óbice à aplicação da taxa SELIC, porquanto há Lei Estadual específica regulando a matéria (Lei Estadual nº 6.763/75, art. 226, com a redação dada pelo ar. 28 da Lei nº 14.699/03) e, além disso, o CTN, no art. 161, §1º, não veda a possibilidade de o Estado membro dispor de modo diverso sobre juros de mora.

Nesse contexto, por se tratar de índice composto, é perfeitamente possível a aplicação da Taxa SELIC, para fins de correção monetária, e juros de mora, porém, apenas após o trânsito em julgado, porquanto, nos termos do enunciado da súmula nº 188 do Superior Tribunal de Justiça, os juros de mora, na repetição de indébito tributário, somente são devidos após o trânsito em julgado, enquanto que a correção monetária, a teor do que estabelece o enunciado da súmula nº 162 do STJ, incide desde o pagamento indevido.

Destarte, correta a sentença que determinou a incidência de correção monetária, pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do pagamento indevido (súmula nº 162 do STJ) e até o trânsito em julgado, e, após, pela Taxa Selic (art. 226 da Lei Estadual nº 6.763/75 e 39, §4º, da Lei Federal nº 9.250/95 e Súmula nº 188 do STJ).

Pois bem.

Inicialmente, no que tange à alegada infringência ao art. 1.022 do CPC, cabe destacar que a Corte estadual assentou que as questões suscitadas nos embargos de declaração fazendários "constituem inovação indevida na lide, haja vista que não foram sequer objeto de impugnação específica no âmbito do recurso adesivo interposto pelo Estado".

Entretanto, esse fundamento, que é autônomo e suficiente para a rejeição dos aclaratórios, não foi especificamente impugnado nas razões do recurso especial, o que revela a deficiência de sua irresignação quanto a esse capítulo, a ensejar a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 283 do STF.

Quanto ao juízo de reforma, verifico que as teses suscitadas em torno da aplicação dos arts. 10 da LC n. 87/1996 e 170 do CTN, de que (i) o direito à restituição do ICMS/ST reconhecido judicialmente somente poderia ser exercido depois de apresentado requerimento administrativo ao fisco; (ii) a atualização dos créditos reclamados somente seria devida depois de escoado o prazo para o exame desse requerimento; e (iii) não há lei local que autorize a compensação tributária para essa espécie de crédito, a despeito da oposição dos aclaratórios, não foram efetivamente analisadas pelo Tribunal *a quo*, carecendo o recurso especial, quanto a esses pontos, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211 do STJ.

Frise-se, por oportuno, que a menção feita no julgado estadual acerca do art. 10 da LC n. 87/1996 foi para afastar a preliminar de falta de interesse processual, sendo certo que os fundamentos adotados para esse mister, referentes à inafastabilidade de jurisdição e à resistência manifestada pelo fisco quanto à restituição pretendida, nem sequer foram objeto de impugnação nas razões do recurso especial.

Já o entendimento consignado no acórdão recorrido quanto à inaplicabilidade, na espécie, do art. 166 do CTN deve ser mantido.

Digo isso porque, "na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 630.966/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

Nesse mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASES DE CÁLCULO PRESUMIDA E EFETIVAMENTE REALIZADA. DIFERENÇA. REGRA DE COMPROVAÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Pacífica a orientação deste Tribunal no sentido de que, ocorrido o fato gerador com base de cálculo menor que a presumida em regime de substituição tributária é presumida a imposição direta do tributo, confundindo-se o contribuinte de fato com o contribuinte de direito, em razão da ausência de repercussão do tributo no preço praticado, de modo que inexigível a demonstração da assunção do encargo financeiro do tributo pelo contribuinte de direito. Inteligência do art. 166 do CTN (AgRg no REsp 1.091.781/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma,

julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009). Precedentes.

2. No caso dos autos, o recurso foi provido porque a recorrente, substituída tributária, não pretende devolução de ICMS incluído no preço da mercadoria vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1892901/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2021, DJe 17/03/2021) TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO - LEGITIMIDADE - ART. 116 DO CTN - COMPENSAÇÃO - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE A EFETIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. No regime de substituição tributária progressiva, autorizado pelo art. 150, § 7º, da CF, ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o substituído tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN.

Precedentes.

[...] (RMS 34.389/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013).

Cito, ainda, a decisões monocráticas proferidas nos seguintes recursos: REsp 1929217/PR, relatora Ministra Regina Helena Costa, DJ 23/04/2021; REsp 1902893/MG, relator Ministro Herman Benjamin, DJ 1º/12/2020.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, tenho que o presente inconformismo não representa interposição de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente, a ensejar, por decisão unânime do Colegiado, a multa processual prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.872.036 / MG
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0097859-2

Número de Origem:

10000190168815001 10000190168815003 50520744120178130024

Sessão Virtual de 21/09/2021 a 27/09/2021

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA : MARIA TERESA LIMA LANA - MG073198

RECORRIDO : AUTO POSTO REDE SOUZA LTDA

ADVOGADOS : ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI - MG075853

GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE
MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADA : MARIA TERESA LIMA LANA - MG073198

AGRAVADO : AUTO POSTO REDE SOUZA LTDA

ADVOGADOS : ANDRÉ CORRÊA CARVALHO PINELLI - MG075853

GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 28 de setembro de 2021