



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.366.622 - SP (2012/0226433-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
EMBARGADO : DANONE LTDA
ADVOGADOS : ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)
ELI DE ALMEIDA
FERNANDO ANTÔNIO ALBINO DE OLIVEIRA
MAURÍCIO BOUDAKIAN MOYSÉS
SIMONE FERREIRA KANNEBLEY

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DOS VALORES DO TRIBUTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDO. DESNECESSIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REEDIÇÃO DAS ALEGAÇÕES ANTERIORES. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA ESTADUAL REJEITADOS.

1. O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos.

2. Não se presta este recurso *sui generis* à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da Embargante.

3. A Turma concluiu que, na hipótese específica de mercadorias dadas em bonificação, a prova da repercussão é desnecessária, porque é a própria empresa que arca, nesses casos, não só com o valor da mercadoria dada em bonificação, como, por óbvio, dos impostos eventualmente incidentes; assim, se a mercadoria foi dada em bonificação, ou seja, foi entregue sem o pagamento de qualquer quantia pelo contribuinte final, e se sobre essas não incide ICMS (não configura fato gerador tributário), como já assentou esta Corte de Justiça, ausentes estão os pressupostos para a atração do art. 166 do CTN, constituindo um contra-senso exigir-se a prova da não repercussão para permitir o creditamento ou a repetição do ICMS indevidamente cobrado.

4. Embargos Declaratórios rejeitados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 15 de agosto de 2013 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.366.622 - SP (2012/0226433-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
EMBARGADO : DANONE LTDA
ADVOGADOS : ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)
ELI DE ALMEIDA
FERNANDO ANTÔNIO ALBINO DE OLIVEIRA
MAURÍCIO BOUDAKIAN MOYSÉS
SIMONE FERREIRA KANNEBLEY

RELATÓRIO

1. Cuida-se de novos Embargos Declaratórios opostos pela FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO ao acórdão que julgou anteriores declaratórios, assim ementado:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. RESP. 1.111.156/SP, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 22.10.2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RES. 8/STJ. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DOS VALORES DO TRIBUTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. DESNECESSIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN NO CASO CONCRETO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. IMPROPRIEDADE DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA ESTADUAL REJEITADOS.

1. *O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos.*

2. *Não se presta este recurso sui generis à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da peça recursal, observa-se claramente ser*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esse o intuito da Embargante.

3. *A Primeira Turma assentou que a configuração da repercussão jurídica, nos tributos ditos indiretos, acha-se condicionada à verificação de alguns fatores, principalmente que o negócio jurídico bilateral configure fato gerador do gravame repercutido, e que este gravame esteja embutido no preço e destacado na nota fiscal respectiva; assim, seguindo essa linha de raciocínio, se a mercadoria foi dada em bonificação, ou seja, foi entregue sem o pagamento de qualquer quantia pelo contribuinte final, e se sobre essas não incide qualquer tributo (não configura fato gerador tributário), como já assentou essa Corte de Justiça, ausentes estão os pressupostos para a atração do art. 166 do CTN, constituindo um contra-senso exigir-se a prova da não repercussão para permitir o creditamento ou a repetição.*

4. *Ausentes quaisquer omissões ou contradições, a pretensão de alteração do julgado, por suposta ofensa a princípios constitucionais, deve ser buscada por meio dos recursos cabíveis.*

5. *Embargos Declaratórios rejeitados. (fls. 451/452).*

2. *Aduz a Fazenda Estadual que o aresto olvidou o enfrentamento do entendimento encampado pelo acórdão local, deste STJ, de que, o pedido de creditamento, na sua essência, representa pedido de repetição do indébito e, para esse fim, faz-se mister a comprovação da não repercussão, nos termos do art. 166 do CTN.*

3. *Afirma que o acórdão embargado padece de omissão, partindo de premissa inexata ao não enfrentar a questão à luz da corrente jurisprudencial desta Corte.*

4. *É o relatório.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.366.622 - SP (2012/0226433-0)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
EMBARGADO : DANONE LTDA
ADVOGADOS : ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)
ELI DE ALMEIDA
FERNANDO ANTÔNIO ALBINO DE OLIVEIRA
MAURÍCIO BOUDAKIAN MOYSÉS
SIMONE FERREIRA KANNEBLEY

VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DOS VALORES DO TRIBUTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. DESNECESSIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REEDIÇÃO DAS ALEGAÇÕES ANTERIORES. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA ESTADUAL REJEITADOS.

1. *O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos.*

2. *Não se presta este recurso sui generis à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da Embargante.*

3. *A Turma concluiu que, na hipótese específica de mercadorias dadas em bonificação, a prova da repercussão é desnecessária, porque é a própria empresa que arca, nesses casos, não só com o valor da mercadoria dada em bonificação, como, por óbvio, dos impostos eventualmente incidentes; assim, se a mercadoria foi dada em bonificação, ou seja, foi entregue sem o pagamento de qualquer quantia*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo contribuinte final, e se sobre essas não incide ICMS (não configura fato gerador tributário), como já assentou esta Corte de Justiça, ausentes estão os pressupostos para a atração do art. 166 do CTN, constituindo um contra-senso exigir-se a prova da não repercussão para permitir o creditamento ou a repetição do ICMS indevidamente cobrado.

4. Embargos Declaratórios rejeitados.

1. O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos.

2. Não há qualquer omissão no enfrentamento da questão discutida nos autos, nem se olvidou a orientação jurisprudencial desta Corte.

3. Ao contrário, especificou-se que, em tese e normalmente, os tributos ditos indiretos, como o são o ICMS e o IPI, ou seja aqueles que, por sua própria natureza comportam a transferência do encargo financeiro, *são feitos obrigatoriamente para repercutir; conseqüentemente, no caso de repetição ou compensação, exige-se a prova da não repercussão, para se evitar o enriquecimento sem causa de quem não suportou efetivamente o pagamento da exação.*

4. Todavia, no caso de mercadoria dadas em bonificação, a prova da não repercussão é desnecessária, *pois, muito embora a natureza do tributo (ICMS) seja indireta e, em tese, admita o repasse, não há que se falar em repercussão jurídica, porque é a própria empresa que arca, nesses casos, não só com o valor da mercadoria dada em bonificação, como, por óbvio, dos impostos sobre ela incidentes.*

5. Assim, se a mercadoria foi dada em bonificação, ou seja, foi entregue sem o pagamento de qualquer quantia pelo contribuinte final, e se sobre essas não incide ICMS (não configura fato gerador tributário), como já assentou esta Corte de Justiça, ausentes estão os pressupostos para a atração do art. 166 do CTN, constituindo um contra-senso exigir-se a prova da não repercussão para permitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

creditamento ou a repetição do ICMS indevidamente cobrado.

6. O que se verifica é que a embargante, sob a alegação de omissão, pretende a reapreciação da controvérsia, providência inadmissível por meio dos presentes aclaratórios.

7. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos.

8. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0226433-0

EDcl nos EDcl no
REsp 1.366.622 / SP

Números Origem: 123079020018260053 2001744 3323705 33237052 7442001 91782171020038260000
994030152963

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DANONE LTDA
ADVOGADOS : ELI DE ALMEIDA
FERNANDO ANTÔNIO ALBINO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)
MAURÍCIO BOUDAKIAN MOYSÉS
SIMONE FERREIRA KANNEBLEY
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CLÁUDIA CAVALLARI FERREIRA MARQUES E OUTRO(S)
EMBARGADO : DANONE LTDA
ADVOGADOS : ELI DE ALMEIDA
FERNANDO ANTÔNIO ALBINO DE OLIVEIRA
ADRIANA MOURÃO NOGUEIRA E OUTRO(S)
MAURÍCIO BOUDAKIAN MOYSÉS
SIMONE FERREIRA KANNEBLEY

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.