



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.138.236 - SP (2008/0284468-5) (f)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : **SANTACONSTANCIA TECELAGEM LTDA**
ADVOGADO : **PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **REGINA CELI PEDROTTI VESPERO FERNANDES E OUTRO(S)**
INTERES. : **TELEXPEL INDUSTRIAL LTDA - MASSA FALIDA**
ADVOGADO : **GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - SÍNDICO E OUTROS**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OFENSA. ICMS. RESTITUIÇÃO. ART. 166 DO CTN. SÚMULA 546/STF. INCIDÊNCIA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos estabelecidos no artigo 166 do CTN, o que não ocorreu na espécie, segundo conclusão obtida pelo Tribunal *a quo*" (REsp 1.209.607/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma).

3. "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo" (Súmula 546/STF).

4. Agrado 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 agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.138.236 - SP (2008/0284468-5) (f)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AGRAVANTE : **SANTACONSTANCIA TECELAGEM LTDA**
ADVOGADO : **PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **REGINA CELI PEDROTTI VESPERO FERNANDES E OUTRO(S)**
INTERES. : **TELEXPEL INDUSTRIAL LTDA - MASSA FALIDA**
ADVOGADO : **GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - SÍNDICO E OUTROS**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de agravo regimental interposto por SANTA CONSTÂNCIA TECELAGEM LTDA, em que se insurge contra decisão da eminente Ministra DENISE ARRUDA, então relatora, que negou provimento ao agravo de instrumento, por entender que: **a)** não houve ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC pelo acórdão recorrido; **b)** apesar dos embargos declaratórios opostos, a matéria tratada nos arts. 150, § 4º, e 168, I, do CTN não foi prequestionada; **c)** o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, no caso do ICMS, tributo indireto, o contribuinte de direito deve comprovar que não repassou o ônus financeiro do valor a ser restituído ao contribuinte de fato, conforme prevê o art. 166 do CTN.

Sustenta a parte agravante, em essência, que, tendo havido majoração da alíquota do ICMS de 17% para 18% de forma inconstitucional, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, é patente a lesão patrimonial por ela sofrida, nascendo o direito de recuperar os valores indevidamente pagos, sem a observância da prova da repercussão a que se refere o art. 166 do CTN.

Aduz que a "tese daqueles que sustentam a impossibilidade de restituição do ICMS, por conta da aplicabilidade do artigo 166, reside, data vênia, na simplicidade da teoria econômica, e não jurídica, de que o ICMS é tributo indireto e como tal, repercute" (fl. 754).

Segue afirmando haver ofensa ao disposto nos arts. 150, § 4º, e 168 do CTN, à asserção de que "o prazo prescricional para fins de restituição dos créditos, deve ser contado da data dos fatos geradores, acrescidos de cinco anos, contados da homologação do lançamento" (fl. 760).

Defende, ainda, que os "valores a serem creditados devem ser monetariamente corrigidos, de acordo com a Súmula 46 do extinto Tribunal Federal de Recursos, confirmada pela Súmula 162 do STJ, desde a data do pagamento indevido, incidindo até o efetivo creditamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importância reclamada" (fl. 762).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.138.236 - SP (2008/0284468-5) (f)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OFENSA. ICMS. RESTITUIÇÃO. ART. 166 DO CTN. SÚMULA 546/STF. INCIDÊNCIA. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. Não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.
2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos estabelecidos no artigo 166 do CTN, o que não ocorreu na espécie, segundo conclusão obtida pelo Tribunal *a quo*" (REsp 1.209.607/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma).
3. "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo" (Súmula 546/STF).
4. Agrado regimental não provido.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

A parte agravante não trouxe elementos capazes de infirmar a decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 727/730):

1. Trata-se de agrado de instrumento contra a inadmissão de recurso especial interposto em face de acórdão, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Direito Tributário - Ilegalidade da vinculação da arrecadação do imposto em determinado órgão ou despesa - Impossibilidade de admissão da restituição - Precedente do Supremo Tribunal federal - ICMS - Compensação - Consumidor Final que arca com o pagamento - Impossibilidade da restituição ou de crédito - Sentença mantida - Apelo improvido." (fl. 553)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, a ora agravante apontou violação dos arts. 150, § 4º, 166 e 168, I, do CTN e 165, 458, II, e 535, II, do CPC. Afirma, em síntese, que: (a) ocorreu omissão; (b) o ICMS não repercutiu juridicamente; (c) deve ser aplicada a regra prescricional dos "cinco mais cinco".

As contra-razões foram apresentadas às fls. 650-682.

A inadmissão do recurso deu-se à consideração de que seria deficiente a fundamentação recursal.

A agravante infirmou a decisão atacada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.

2. A irresignação não merece prosperar.

(a) Verifica-se que o Tribunal *a quo*, apesar dos embargos declaratórios opostos, não emitiu juízo acerca dos arts 150, § 4º, e 168, I, do CTN, motivo pelo qual a questão não merece ser conhecida. Aplica-se ao caso o princípio consolidado na Súmula 211 desta Corte: *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo."*

Nesse sentido, entre incontáveis julgados, podem ser lembrados os seguintes:

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO. CONSTRUÇÃO DE REDE ELÉTRICA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. SIGNATÁRIA DO PACTO. REVISÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

(...)

III. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1.013.4371/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 28.8.2008)

"AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULA 211/STJ.

(...)

2 - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição de embargos de declaração, incide o enunciado 211 desta Corte.

3 - Recurso ao qual se nega provimento." (AgRg no REsp 927.731/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva - desembargadora convocada do TJ/MG -, DJe de 28.4.2008)

(b) Malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, ora agravante, o Tribunal *a quo* manifestou-se expressamente acerca de todos os temas necessários ao deslinde da controvérsia, razão pela qual não há falar em violação ou interpretação divergente do disposto no art. 535 do CPC.

Na linha de precedentes desta Corte, não viola os arts. 165, 458 e 535 do CPC o acórdão que, mesmo sem se ter pronunciado sobre todos os temas trazidos pelas partes, manifestou-se de forma precisa sobre aqueles relevantes e aptos à formação da convicção do órgão julgador, resolvendo de modo integral o litúgio.

A corroborar esse entendimento, podem ser lembrados os seguintes julgados: EDcl no AgRg no Ag 930.789/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe de 17.12.2008; AgRg no Ag 835.829/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; AgRg no Ag 1.027.171/RO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 19.12.2008.

(c) No tocante ao art. 166 do CTN, cabe salientar que *"na restituição do ICMS em razão do recolhimento indevido, não há como fugir da regra prevista no art. 166 do CTN, que exige peremptoriamente a comprovação de que o contribuinte de direito (comerciante) não repassou ao contribuinte de fato (consumidor) o encargo financeiro do tributo, ou, no caso de o ter transferido a terceiro, de que está por este autorizado a pleitear a repetição do indébito"* (AgRg no REsp 506.257/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 28.11.2005).

A restituição ou compensação de tributos na forma do art. 166 do CTN implica, inicialmente, verificar se o tributo comporta ou não transferência do encargo financeiro para terceiro. Em regra, todos os tributos trazem em si uma repercussão econômica nos preços finais dos produtos, mas essa se mostra irrelevante se não há previsão legal específica de que o ônus será suportado por terceiro. Desse modo, a repercussão meramente econômica não leva o tributo a ser classificado como indireto, sendo imprescindível, para que o tributo comporte essa natureza, a expressa previsão legal. Apenas em tais casos aplica-se a norma contida no art. 166 do CTN.

No recolhimento do ICMS ocorre o fenômeno da substituição tributária, a qual significa transferir a responsabilidade, em decorrência de previsão legal, concernente ao recolhimento do tributo. O contribuinte substituto (empresa) é responsável pelo imposto pago pelo contribuinte substituído (consumidor). Assim, por se tratar de tributo indireto, o ICMS sujeita-se ao disposto no referido dispositivo legal.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SÚMULA 7/STJ. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO. ICMS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. 17% PARA 18%. RESTITUIÇÃO, COMPENSAÇÃO OU CREDITAMENTO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE.

(...)

3. Ademais, para a restituição, compensação ou creditamento do montante de ICMS indevidamente recolhido, relativo à majoração considerada inconstitucional, é necessário comprovar o cumprimento do disposto no art. 166 do CTN. Exigência que somente é afastada no caso de Embargos à Execução Fiscal.

4. *Agravo Regimental não provido.*" (AgRg no EREsp 657.984/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 5.3.2008)

"TRIBUTÁRIO – ICMS – PEDIDO DE CREDITAMENTO DO IMPOSTO – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18% – ARTIGO 166 DO CTN – APLICABILIDADE – PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO.

1. Buscam-se, nos autos, a declaração de inexistência de relação jurídica entre as partes e o reconhecimento do direito ao creditamento de tudo que foi pago, indevidamente, a título de ICMS, por força da majoração indevida da alíquota do imposto, de 17% para 18%, prevista na Lei Estadual Paulista n. 6.556/89, que teve sua inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte.

2. A Primeira Seção decidiu, em inúmeros julgados, pela necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de comprovação, por parte do contribuinte de direito, de que não repassou ao contribuinte de fato o encargo financeiro do tributo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, de que está por ele autorizado a pleitear a repetição do indébito.

3. O 'creditamento de ICMS', como requer a agravante, nada mais é do que vantagem financeira, que muito se assemelha à repetição de indébito, merecendo, portanto, igual tratamento. Precedente: AgRg nos EREsp 728.325/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 14.5.2008, DJe 26.5.2008.

Agravo regimental improvido." (AgRg na Pet 6.555/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 5.3.2008)

3. Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Intimem-se.

Consoante pacífica orientação jurisprudencial, consolidada no enunciado da Súmula 546/STF, "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte de *jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo".

Com efeito, especificamente nos casos de ações de repetição de indébito relacionadas à majoração do ICMS no Estado de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça não alterou seu entendimento segundo o qual, na hipótese, incide a regra do art. 166 do CTN, que requer prova da ausência de repasse do contribuinte de direito do ônus financeiro do encargo ao contribuinte de fato. Nesse sentido, transcrevo as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. RESTITUIÇÃO, CREDITAMENTO OU COMPENSAÇÃO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos estabelecidos no artigo 166 do CTN, o que não ocorreu na espécie, segundo conclusão obtida pelo Tribunal *a quo*. A aferição a respeito da ocorrência do repasse ou não do encargo financeiro importa revolver matéria fático-probatória, o que é inviável nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.209.607/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 12/11/10)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DE 18% PARA 17%. CREDITAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO REPASSE DA ALÍQUOTA MAJORADA INDEVIDAMENTE AOS CONSUMIDORES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO COM FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL DO MAGISTRADO.

1. Inexiste violação do artigo 458 do Código de Processo Civil se o acórdão mostra motivação suficiente, abrangendo a matéria que lhe era própria, de modo a permitir a exata compreensão da controvérsia, sendo certo que a apreciação de modo contrário ao interesse da parte não configura ausência de fundamentação.

2. Em havendo o acórdão recorrido apreciado o laudo pericial e reconhecido que não há prova de que a empresa recorrente suportou a alíquota majorada de ICMS sem repassá-la a seus consumidores, inverter-se a conclusão a que chegou a Corte regional enseja o reexame de matéria fáctico-probatória, o que é vedado no enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.175.483/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJe 12/05/10)

Por fim, à múnua de direito à repetição do indébito a ser reconhecido, conforme exposto acima, prejudicada a discussão a respeito do prazo prescricional e de incidência de correção monetária.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0284468-5

AgRg no
Ag 1.138.236 / SP

Números Origem: 1302000

1899785

18997850

1899785201

1899785402

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SANTACONSTANCIA TECELAGEM LTDA
ADVOGADO : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : REGINA CELI PEDROTTI VESPERO FERNANDES E OUTRO(S)
INTERES. : TELEXPEL INDUSTRIAL LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - SÍNDICO E OUTROS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SANTACONSTANCIA TECELAGEM LTDA
ADVOGADO : PEDRO WANDERLEY RONCATO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : REGINA CELI PEDROTTI VESPERO FERNANDES E OUTRO(S)
INTERES. : TELEXPEL INDUSTRIAL LTDA - MASSA FALIDA
ADVOGADO : GUSTAVO HENRIQUE SAUER DE ARRUDA PINTO - SÍNDICO E OUTROS

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, Francisco Falcão e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator.