



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.926 - DF (2020/0026233-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARCOS CRISTIANO CARINHANHA CASTRO - DF033953
AGRAVADO : SAO JOAO POSTOS DE ABASTECIMENTO E SERVICOS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO AUGUSTO PEREIRA CAETANO - MG073162

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS COMPROVADOS POR LAUDO PERICIAL ACOSTADO AOS AUTOS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES ADOTADAS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA ORIGEM.

1. Consoante o entendimento do STJ, "o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, no âmbito do regime de substituição tributária, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final, nos termos do art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 1.237.117/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2011).

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, assim se manifestou: "(...) convém destacar que o autor tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, uma vez que, de acordo com o laudo pericial (fl.4, Id. 7552341), o demandante vende os produtos combustíveis ao consumidor final em valores mais baixos do que os presumidos pelo Distrito Federal e não repassa o que se cobrou antecipadamente para o preço final cobrado" (fl. 6.208, e-STJ).

3. Nesse panorama, tendo o acórdão recorrido, com base nos elementos de convicção, concluído que a recorrida faz jus à restituição do ICMS, porquanto preenche os requisitos do art. 166 do CTN, a revisão do entendimento proferido na origem requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via especial. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. As demais teses trazidas no apelo não foram objeto de debate pela Corte *a quo*, tampouco foram opostos Embargos Declaratórios para suprir eventual omissão. Assim, à falta de prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

5. Quanto à aplicação do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei 406/1968, a parte suscita que houve contradição, na medida em que o acórdão recorrido teria abordado a questão, mas mantido a sentença inalterada. Nesse contexto, caberia ao recorrente a oposição de Embargos de Declaração na origem, a fim de que a Corte *a quo* pudesse se manifestar sobre o ponto, providência da qual não se desincumbiu.

6. Agravo conhecido para não conhecer do Recurso Especial.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do agravo para não conhecer do recurso especial, 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, 16 de junho de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.926 - DF (2020/0026233-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARCOS CRISTIANO CARINHANHA CASTRO - DF033953
AGRAVADO : SAO JOAO POSTOS DE ABASTECIMENTO E SERVICOS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO AUGUSTO PEREIRA CAETANO - MG073162

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF/1988) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado (fl. 6.202, e-STJ):

REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. VALOR DO ICMS PAGO A MAIOR. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. BASE DE CÁLCULO EFETIVA. INFERIOR. COMBUSTÍVEIS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 201. RE Nº 593.849/MG. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA

1. Hipótese de restituição da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para frente, uma vez que a base de cálculo efetiva da operação de revenda de combustíveis é inferior à presumida.

2. O autor tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda na ocasião em que vende os produtos combustíveis ao consumidor final em valores mais baixos do que os presumidos pelo Distrito Federal e não repassa o encargo tributário para o preço cobrado.

3. É devida a restituição da diferença do valor do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida.

4. Remessa de ofício admitida e desprovida.

O agravante, nas razões do Recurso Especial, alega que ocorreu violação aos arts. 161, § 1º, e 166 do CTN e ao art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei 406/1968. Aduz, em suma, a ilegitimidade da recorrida em requerer a restituição do ICMS por ser contribuinte de fato e por não ter comprovado, por meio de documentos e perícia contábeis, que não repassou o ônus financeiro. Sustenta que o crédito deve ser lançado na escrituração fiscal da recorrida, e não restituído em pecúnia. Afirma que "os juros devem ser fixados nos termos da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Complementar 435/01" (fl. 6.235, e-STJ).

Contraminuta apresentada às fls. 6.298-6.304, e-STJ.

O recurso foi inadmitido na origem (fls. 6.254-6.255, e-STJ), o que deu ensejo à interposição do Agravo de fls. 6.258-6.294, e-STJ.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.926 - DF (2020/0026233-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 18.5.2020.

A irrisignação não merece prosperar.

Consoante o entendimento do STJ, "o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, no âmbito do regime de substituição tributária, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final, nos termos do art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 1.237.117/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/04/2011).

Na mesma linha:

REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO.
COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL. PIS E COFINS.
AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ASSUNÇÃO DO ENCARGO
FINANCEIRO. ILEGITIMIDADE. PRECEDENTES.

I - "A Primeira Seção, ao julgar os EREsp 648.288/PE, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 11 de novembro de 2006, manifestou-se no sentido de que, no âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, só terá legitimidade ativa para pleitear a repetição do indébito tributário, mediante restituição ou compensação, se demonstrar nos autos que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final" (EResp nº 603.675/BA, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 26/11/2007). Precedentes: REsp nº 954076/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 08/10/2007; REsp nº 774999/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 20/04/2007.

II - Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1071856/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 17/11/2008)

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, assim se manifestou (fl. 6208, e-STJ, grifei):

(...) Na substituição progressiva, antecipa-se o pagamento referente à obrigação tributária que surgiria para o contribuinte à frente. Nessa situação, o legislador presume a base de cálculo provável e, caso não se realize o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fato gerador presumido, assegura ao contribuinte a imediata e preferencial restituição da quantia que lhe foi cobrada.

Verifica-se, portanto, que a prática da substituição tributária para frente está condicionada à restituição imediata e preferencial da quantia paga em excesso, caso não se realize a operação ou esta seja realizada por valor inferior ao presumido. A restituição imediata e preferencial, a rigor, é cláusula que veda o confisco.

(...)

No caso ora em análise, o demandante revende produtos combustíveis ao consumidor final. No exercício de sua atividade comercial, o ICMS decorrente da revenda final é recolhido por substituição tributária para frente, nos estritos termos do art. 321[4] do Regulamento do ICMS/97 (Decreto nº 18.955/1997).

Inicialmente, convém destacar que o autor tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda, uma vez que, de acordo com o laudo pericial (fl.4, Id. 7552341), o demandante vende os produtos combustíveis ao consumidor final em valores mais baixos do que os presumidos pelo Distrito Federal e não repassa o que se cobrou antecipadamente para o preço final cobrado.

(...)

Quanto ao mais, o perito nomeado, ao responder um dos quesitos formulados pelo autor (fl. 2, Id. 7552341), concluiu que:

“decorrente da operação final de venda ao consumidor A diferença da base de cálculo presumida e a (preço efetivo de venda ao consumidor final), com transações ocorridas de base de cálculo efetiva 13/10/2016 a 31/08/2018 (quinhentos mil trezentos e dezoito reais e três centavos).” é de R\$ 500.318,03 (Ressalvam-se os grifos.) Observa-se, portanto, que a legislação local, para efeito de apuração do ICMS nas operações de revenda de combustíveis, presume a base de cálculo acima dos preços efetivamente praticados pelo autor, sem, contudo, lhe assegurar a imediata e preferencial restituição da quantia antecipadamente retida.

Dessa forma, o Distrito Federal recebeu valores a título de ICMS não correspondentes aos preços reais praticados pela sociedade empresária autora, que, por isso, passa a ter a legítima pretensão, de matriz constitucional, à restituição imediata e preferencial de tais valores.

(...)

Nesse panorama, tendo o acórdão recorrido, com base nos elementos de convicção, concluído que a recorrida faz jus à restituição do ICMS, porquanto preenche os requisitos do art. 166 do CTN, a revisão do entendimento proferido na origem requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II DO CPC: INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE PASSAGEM AÉREA. ART. 166 DO CTN: FUNDADO NA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS, O TRIBUNAL A QUO CONCLUIU QUE NÃO RESTOU PROVADA A ASSUNÇÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO PELA RECORRENTE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES: AGRG NO RESP 1.111.359/SP, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 24.5.2012; AGRG NO RESP. 1.003.385/SC, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 2.5.2012. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

1. A alegada violação ao art. 535, II do CPC não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites propostos e com a devida fundamentação. As questões postas a debate foram decididas com clareza, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. Destaca-se, ainda, que, tendo encontrado motivação suficiente para fundar a decisão, não fica o órgão julgador obrigado a responder, um a um, todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório seu caráter de infringência do julgado.

3. O Tribunal a quo concluiu que não restou provada a assunção do ônus tributário. Logo, descabe em sede de Recurso Especial reverter-se essa conclusão, ante a necessidade de reexame de fatos e provas, circunstância prosrita pelo enunciado 7 da Súmula de jurisprudência desta Corte.

4. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 384.301/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015, grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. PROVA DA REPERCUSSÃO FINANCEIRA. QUESTÃO ATRELADA A MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possua autorização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressa para tanto.

2. No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula 07/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1237418/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015, grifei)

Outrossim, verifica-se que as demais teses trazidas no apelo não foram objeto de debate pela Corte *a quo*, tampouco foram opostos Embargos Declaratórios para suprir eventual omissão. Assim, à falta de prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

Cabe destacar que o prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável contida na própria previsão constitucional, ao tratar do Recurso Especial, impondo-se como um dos principais pressupostos ao seu conhecimento.

Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATACÃO JUDICIAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS REQUERENTES.

1. Incide a Súmula 282/STF quando a tese recursal não foi objeto de debate pela instância ordinária e tampouco suscitada em embargos de declaração. Nesta instância especial, o requisito do prequestionamento é indispensável mesmo em questões de ordem pública.

(...)

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1552557/GO, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 09/03/2020, DJe 16/03/2020)

Quanto à aplicação do art. 3º, § 1º, do Decreto-Lei 406/1968, a parte suscita que houve contradição, na medida em que o acórdão recorrido teria abordado a questão, mas mantido a sentença inalterada. Nesse contexto, caberia ao recorrente a oposição de Embargos de Declaração na origem, a fim de que a Corte *a quo* pudesse se manifestar sobre o ponto, providência da qual não se desincumbiu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ilustrativamente:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Nos termos das Súmulas 282 e 356/STF, é inviável em sede de recurso especial a apreciação de matéria cujo tema não fora objeto de discussão no acórdão recorrido, tendo em vista que o Tribunal de origem não se manifestou, especificamente, sobre a matéria objeto de irresignação do recorrente. Note-se que caberia a oposição de embargos de declaração sobre o tema versado no especial, sob pena de preclusão. Com efeito, no presente caso, não foram opostos.

(...)

IV - Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 650.703/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 30/04/2007, p. 338)

Diante do exposto, **conheço do Agravo para não conhecer do Recurso**

Especial.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2020/0026233-9

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 1.658.926 /
DF

Números Origem: 07089746620178070018 7089746620178070018

PAUTA: 16/06/2020

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR : MARCOS CRISTIANO CARINHANHA CASTRO - DF033953
AGRAVADO : SAO JOAO POSTOS DE ABASTECIMENTO E SERVICOS LTDA
ADVOGADO : FERNANDO AUGUSTO PEREIRA CAETANO - MG073162

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 do agravo para não conhecer do recurso especial, 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.