



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 108.242 - SP (2011/0245404-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : LOJAS AMERICANAS S.A
ADVOGADO : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMBENHUBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AUREA LUCIA ANTUNES SALVATORE SCHULZ FREHSE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. MAJORAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. CREDITAMENTO DO INDÉBITO. DEMONSTRAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO DA EXAÇÃO. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. "A pretensão de restituição ou creditamento do indébitos tributários 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" (AgRg nos Edlc no Ag 1.011.570/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 4/5/2010). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 50.090/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/11/2011.

3. 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 Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.
Brasília (DF), 20 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 108.242 - SP (2011/0245404-1)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : LOJAS AMERICANAS S.A
ADVOGADO : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMMENHUBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AUREA LUCIA ANTUNES SALVATORE SCHULZ FREHSE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Lojas Americanas S/A contra decisão que seguimento ao recurso especial, assim ementada (fl. 550):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. MAJORAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. CREDITAMENTO DO INDÉBITO. DEMONSTRAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO DA EXAÇÃO. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Em suas razões recursais, a parte agravante alega, em síntese, que: a) o acórdão recorrido foi omisso, porquanto deixou de analisar a aplicação do art. 155, § 2º, I, da CF ao caso concreto; e b) o art. 166 do CTN não é aplicável para os casos de creditamento.

Ao final, pleiteia a reconsideração da decisão agravada ou, se mantida, a submissão do presente recurso ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 108.242 - SP (2011/0245404-1)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. MAJORAÇÃO INCONSTITUCIONAL DE ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. CREDITAMENTO DO INDÉBITO. DEMONSTRAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO DA EXAÇÃO. NECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 166 DO CTN.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

2. "A pretensão de restituição ou creditamento do indébitos tributários 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" (AgRg nos Edlc no Ag 1.011.570/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 4/5/2010). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 50.090/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/11/2011.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: A decisão agravada não merece reforma e mantém-se por seus próprios fundamentos, *in verbis* (fls. 550-551):

Trata-se de agravo interposto por Lojas Americanas S/A contra decisão que inadmitiu recurso especial ao fundamento de que não "restou evidenciado qualquer maltrato a normas legais ou divergência jurisprudencial" (fl. 477).

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão, assim ementado (fl. 340):

Apelação Cível - Ação Declaratória - ICMS - Majoração de Alíquota de 17% para 18% - Inconstitucionalidade reconhecida no período compreendido entre a edição das Leis nºs 6.556/89 e 9.903/97. Ausência de interesse de agir da requerente não configurada. Restituição do valor pago indevidamente a maior no período em que considerado inconstitucional o aumento da alíquota do ICMS em 1% - não-cabimento - incidência do artigo 166 do Código Tributário Nacional - CTN na hipótese. Sentença mantida. Recursos voluntários a que se nega provimento, desacolhido o reexame necessário.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme acórdão de fls. 379.

No apelo especial (fls. 388-409), a parte recorrente, além de divergência jurisprudencial, alega violação dos arts. 535, II, do CPC; 16, 108 e 166 do CTN, 176, IV, da Constituição do Estado de São Paulo; 3º, *caput*, do DL 406/68 e 19 da LC 87/96. Para tanto, no que diz respeito ao mérito, defende que: a) "tem o direito de ver reconhecida a inexistência de relação jurídica entre as partes no que tange à majoração da alíquota do ICMS paulista entre os anos de 1990 e 1997"; b) o contribuinte do imposto (art. 121, I, do CTN) tem direito à restituição do indébito (art. 165 do CTN); c) a regra do art. 166 do CTN é incompatível com o Sistema Tributário Brasileiro; c) tal dispositivo não se aplica aos casos de creditamento; d) o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de creditamento decorre do princípio da não-cumulatividade.

Contrarrazões às fls. 464-475.

Neste agravo (fls. 483-504), a recorrente, em resumo, afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade.

Oferecida contraminuta (fls. 538-542).

É o relatório. Decido.

O presente recurso não merece prosperar.

Inicialmente, extrai-se dos autos que a Corte *a quo* empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Nessa esteira, depreende-se que o acórdão recorrido reconheceu a ilegitimidade ativa da recorrente para postular o pedido de creditamento de ICMS, cobrado com base em norma inconstitucional (majoração de alíquota de 17% para 18%), em face da falta de comprovação quanto ao não repasse do tributo, nos termos do art. 166 do CTN.

Afasto, pois, a alegada infringência ao art. 535 do CPC.

Diversamente do alegado, a sentença confirmada pelo acórdão recorrido julgou parcialmente procedente a demanda para reconhecer a inexistência de relação jurídica quanto à inconstitucional elevação de alíquota em 1% (fl. 231). Patente, portanto, a falta de interesse recursal nesse particular.

Importa registrar, por oportuno, que o crédito reclamado pela recorrente não decorre de aplicação do mecanismo da não cumulatividade, mas de tributação tida por inconstitucional. Inaplicáveis, na espécie, os arts. 3º, *caput*, do DL 406/68 e 19 da LC 87/96.

Frise-se, ainda, que o acórdão recorrido não infirmou a condição de contribuinte ostentada pela recorrente, mas, apenas, aplicou norma específica concernente à restituição de tributo indireto.

No mais, verifica-se que o acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência do STJ no sentido de que "[a] pretensão de restituição ou creditamento do indébitos 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" (AgRg nos Edlc no Ag 1.011.570/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 4/5/2010).

No mesmo sentido, também colaciono recente precedente da Segunda Turma: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. [...] ICMS. COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO. TRIBUTO INDIRETO. PROVA DO ENCARGO SUPOSTADO. APLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. SÚMULA 83/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.

[...] (AgRg no AREsp 50.090/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/11/2011).

Ante o exposto, conheço do agravo para, desde logo, **negar seguimento** ao recurso especial (art. 544, § 4º, II, b, do CPC).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registre-se, ainda, que, conforme assentado pela decisão agravada, "o crédito reclamado pela recorrente não decorre de aplicação do mecanismo da não cumulatividade, mas de tributação tida por inconstitucional", razão por que não havia necessidade de o Tribunal de origem manifestar-se sobre os dispositivos constitucionais e legais concernentes ao princípio da não cumulatividade.

No mais, tendo em vista que as razões do presente agravo já foram suficientemente respondidas pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer nenhuma consideração complementar à devida fundamentação deste julgado.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0245404-1

AgRg no
AREsp 108.242 / SP

Números Origem: 1139053020177103 1621053020253624 3523195 53020177103 53020253624
91046175320038260000 994030836547

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LOJAS AMERICANAS S.A
ADVOGADO : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AUREA LUCIA ANTUNES SALVATORE SCHULZ FREHSE E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LOJAS AMERICANAS S.A
ADVOGADO : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AUREA LUCIA ANTUNES SALVATORE SCHULZ FREHSE 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 Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

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