



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.782 - SP (2009/0161828-8)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
AGRAVANTE : **BRASHIDRO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**
ADVOGADOS : **ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)**
NELSON LOMBARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **JAQUES BUSHATSKY E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. RECURSO REPETITIVO.

1. O art. 166 do CTN aplica-se, apenas, nas hipóteses de repetição do indébito ou de compensação. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ (AAREsp nº 453.830, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/06/03 e REsp nº 397.171, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05/08/02).
2. A correção monetária não incide sobre os créditos de ICMS decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal, conforme assentado no acórdão recorrido.
3. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.
4. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.
5. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: **EREsp 490.547/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; **EREsp 613.977/RS**, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; **EREsp 495.953/PR**, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; **EREsp 522.796/PR**, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; **EREsp 430.498/RS**, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e **EREsp 605.921/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).
6. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.782 - SP (2009/0161828-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR MINISTRO LUIZ FUX: Trata-se de agravo regimental interposto por BRASHIDRO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, com fulcro no art. 557, § 1.º do Código de Processo Civil, no intuito de ver reformada decisão monocrática de minha lavra, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 280/STF.

- 1. Fundando-se o acórdão recorrido em questões eminentemente constitucionais, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. Precedentes: AgRg no Ag nº 1300310/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/10/2010; REsp 839650/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2008; REsp 1128981/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/03/2010.*
- 2. A análise do mérito recursal perpassa pela apreciação de dispositivos de norma local, o que atrai a incidência da Súmula 280 do STF. Precedentes: AgRg no Ag 762703/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 01/02/2007; REsp 191528/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24/06/2002, p. 231;.*
- 3. Recurso especial ao qual se nega seguimento.*

Em suas razões recursais sustenta que a matéria de fundo do recurso especial é infraconstitucional, fazendo jus à correção monetária dos créditos escriturários de ICMS, porquanto o seu aproveitamento foi obstado pelo Estado.

Ao final, requer a reforma da decisão agravada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.782 - SP (2009/0161828-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. CRÉDITOS EXTEMPORÂNEOS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. RECURSO REPETITIVO.

1. O art. 166 do CTN aplica-se, apenas, nas hipóteses de repetição do indébito ou de compensação. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ (AAREsp nº 453.830, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/06/03 e REsp nº 397.171, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 05/08/02).

2. A correção monetária não incide sobre os créditos de ICMS decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal, conforme assentado no acórdão recorrido.

3. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.

4. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.

5. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: **EResp 490.547/PR**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; **EResp 613.977/RS**, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; **EResp 495.953/PR**, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; **EResp 522.796/PR**, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; **EResp 430.498/RS**, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e **EResp 605.921/RS**, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).

6. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Assiste razão à agravante.

Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de correção monetária de créditos escriturários quando a utilização de tais créditos tenha sido obstada pelo fisco.

O recurso merece provimento.

O acórdão recorrido assim decidiu:

2. De fato a Decisão Normativa CAT n. 01, de 31 de julho de 1991, expedida pelo Coordenador da Administração Tributária, prevê no item 18:

"Por sua vez, importa dizer que é permitido lançar, extemporaneamente crédito do Imposto; mas pelo valor nominal consignado no documento fiscal, ou seja, sem nenhuma espécie de correção monetária, conforme preceitua o § 2º do artigo 38 da Lei n. 6.374/89..."

Esse dispositivo, de caráter administrativo, é reflexo do disposto no artigo 38 da Lei n. 6.374/89, que assegura ao contribuinte o direito ao crédito. Faz jus ao crédito a autora, mas, sem os acessórios (g.n.) (fl. 453 e-STJ).

Da leitura do trecho acima, constata-se que o julgado *a quo* manteve a sentença que concedeu o direito ao crédito de ICMS, nos seguintes termos:

"No caso concreto foi confirmado pela prova pericial que o ICMS foi recolhido no mês de janeiro de 1993, conforme documento juntado aos autos, pois para os demais meses que são objeto desta ação há apenas prova da cobrança da tarifa de telefone, mas o não de seu pagamento (fls. 237). Assim, é possível o crédito pretendido pela autora para o mês de janeiro de 1993" (g.n.) (fl. 348 e-STJ).

Todavia, o Tribunal de Justiça negou o direito à correção monetária de tais créditos, sob o fundamento de que não haveria previsão legal e pelo fato de que não teria sido comprovado o recolhimento "a maior" e o não repasse ao preço da mercadoria, aplicando o disposto no artigo 166 do CTN.

Com efeito, tendo sido concedido o direito ao creditamento de ICMS, em atenção ao princípio da não-cumulatividade que rege o imposto, não há que se falar em pagamento indevido, muito menos em restituição do indébito, uma vez que os créditos são utilizados para fins



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de apuração contábil do tributo devido. Inaplicável, por conseguinte, o disposto no art. 166 do CTN. Neste sentido, confira-se, à guisa de exemplo, os seguintes julgados desta Corte:

"RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. DESCABIMENTO. IPI. INSUMOS E MATÉRIAS-PRIMAS ISENTOS OU TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO. DIREITO AO CREDITAMENTO. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN.

- 1. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental.*
- 2. O egrégio STF, considerando o princípio constitucional da não-cumulatividade, assegurou ao contribuinte do IPI o direito ao creditamento do imposto na hipótese de aquisição de insumos e matérias-primas isentos ou tributados à alíquota zero.*
- 3. O art. 166 do CTN aplica-se, apenas, nas hipóteses de repetição do indébito ou de compensação.*
- 4. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.*
- 5. Agravo Regimental improvido." (AARESP nº 453830/SC, desta relatoria, DJ de 02.06.2003).*

"TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS - CREDITAMENTO DO IPI DOS INSUMOS E MATÉRIA-PRIMA - PRESCRIÇÃO - REPERCUSSÃO (ART. 166 DO CTN).

(...)

- 3. Exigência de prova da identificação do contribuinte de fato (art. 166, do CTN) que não se faz pertinente em situação diversa da repetição de indébito.*
- 4. Recursos especiais conhecidos pela alínea "a", mas improvidos." (RESP nº 397.171/SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 05.08.2002).*

Esta norma, por ter cunho restritivo, não pode ser interpretada de forma ampliativa para restringir o direito a pretensos créditos, sob pena de se impedir, quase de forma absoluta, a busca de valores despendidos indevidamente ou não aproveitados corretamente, possibilitando, em verdade, um enriquecimento sem causa do erário público. Ao encontro desse entendimento, há o apoio doutrinário de Hugo de Brito Machado:

"É importante ressaltar que o direito de compensar é distinto do direito à restituição do que tenha sido pago indevidamente. Nasce de suporte fático diverso, no qual, além da situação de credor de tributo pago indevidamente, está o fato de ser devedor de tributo atual. Tratando-se de direito diverso, a ele não se aplica a restrição do art. 166 do CTN, até porque as normas restritivas não podem ser interpretadas ampliativamente" (in Curso de Direito Tributário, 19ª ed., Malheiros Editores, p. 165).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não é diferente a posição do Eg. Supremo Tribunal Federal:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICM. DIREITO DE CRÉDITO PELA ENTRADA DE MATÉRIA PRIMA IMPORTADA COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS.

I. - Importação de matéria-prima isenta de ICM anteriormente a EC n. 23, de 1983: tem o importador direito de crédito do valor do imposto nas operações posteriores. Prevalcimento do princípio constitucional da não cumulatividade inscrito no art. 23, II, CF/67.

II. - Por se tratar de direito de crédito e não a restituição de indébito, não há que falar na transferência do encargo, já que inaplicável a regra do art. 166, C.T.N.

(..).” (RE nº 114.527/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 12/06/1992).

Neste passo, portanto, não há a necessidade de se fazer prova da transferência de eventual encargo a terceiros, restando possível a apropriação de créditos de ICMS, conforme já deferido no acórdão recorrido.

Destarte, a 1ª Seção, por força do julgamento proferido no Resp. n.º 1.035.847/RS, DJ de 03.08.2009, firmou entendimento de ser devida a correção monetária dos créditos do IPI quando o fisco posterga o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco. Com a mesma razão, há de ser concedida a correção dos créditos escriturários de ICMS.

Nesse sentido, a ementa do mencionado julgado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.

2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.

3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).

5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.035.847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 03/08/2009).

Ex positis, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL PARA **DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0161828-8 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.135.782 / SP

Números Origem: 15701997 200602350085 2067675

EM MESA

JULGADO: 15/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRASHIDRO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADOS : NELSON LOMBARDI E OUTRO(S)
ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JAQUES BUSHATSKY E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BRASHIDRO S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
ADVOGADOS : NELSON LOMBARDI E OUTRO(S)
ANGELES IZZO LOMBARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : JAQUES BUSHATSKY 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, deu provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 15 de fevereiro de 2011

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária