



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 769.260 - SP (2005/0122892-0)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : EXCELENTE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : ROGÉRIO FEOLA LENCIONI E OUTRO
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA GARBELINI E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

I - RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL VIOLADA. INVIABILIDADE DE EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL OU DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL.
II - RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA.
TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ICMS. DEMANDA VISANDO A ESTORNAR VALORES CALCULADOS A MAIOR. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 20.910/32.
III - RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo e negar provimento ao da empresa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 23 de março de 2010.

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 769.260 - SP (2005/0122892-0)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : **EXCELENTE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA**
ADVOGADO : **ROGÉRIO FEOLA LENCIONI E OUTRO**
RECORRENTE : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA GARBELINI E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **OS MESMOS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trazem os autos recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, em demanda visando obter autorização judicial para promover estornos de valores de ICMS alegadamente calculados a maior em função do regime de substituição tributária, considerou que (a) "nos termos do Decreto nº 20.910/32, prescritos se encontram os créditos referentes a período anterior a cinco anos do ajuizamento da ação" (fl. 324); (b) reconhecendo, no mais, o direito pleiteado, invocando para tanto a CF/88, em seu artigo 150, § 7º, a Lei Complementar 87/96, em seu artigo 10, e a Lei Paulista 6.374/89, em seu art. 66-B.

Os embargos de declaração de ambas as partes foram rejeitados (fls. 344/346).

No primeiro recurso especial (fls. 349/360), fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a autora aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos: (a) art. 535, II, do CPC, pois, mesmo com a oposição dos embargos de declaração, não foram sanadas as omissões apontadas; e (b) arts. 150, § 4º, 165 e 168 do CTN, uma vez que, sendo o ICMS um tributo sujeito ao lançamento por homologação, os débitos tributários não se sujeitariam ao prazo prescricional fixado pelo Decreto-Lei 20.910/32, mas ao prazo decenal obtido com a conjugação dos artigos 150, § 4º e 168 do CTN.

No segundo recurso especial (fls. 373/397), também fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, a Fazenda Estadual aduz inexistir "qualquer preceito constitucional que obrigue o legislador a adotar, como base de cálculo, o valor exato da operação tributada" (fl. 381), recordando que o Convênio ICM 66/88 já incluía na base de incidência do tributo o percentual de margem de lucro fixado pela legislação. Pondera que (a) "a recorrida não apontou operações concretas, não podendo proceder ao ressarcimento sobre operações abstratas"; (fl. 397) e que (b) "não tem a recorrida direito a qualquer ressarcimento, sob pena de enriquecer-se ilícitamente, pois o ICMS é um imposto indireto, que quem arca com o encargo financeiro decorrente da tributação é o consumidor final" (fl. 397).

Em contra-razões (fls. 400/405), a Fazenda Estadual postula pelo não conhecimento do recurso ante (a) a ausência de prequestionamento dos dispositivos de lei apontados; e (b) a não comprovação da divergência jurisprudencial. No mérito, pede que se reconheça a improcedência da pretensão recursal. A empresa recorrente, por sua vez, requer a inadmissão do recurso, tendo em vista (a) a não indicação dos dispositivos de lei tidos por violados; (b) a não comprovação da divergência jurisprudencial; e (c) a impossibilidade de apreciação de direito local em sede de recurso especial. Ao final, pleiteia o desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 769.260 - SP (2005/0122892-0)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : EXCELENTE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : ROGÉRIO FEOLA LENCIONI E OUTRO
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA GARBELINI E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

I - RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

RECURSO ESPECIAL. NÃO INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL VIOLADA. INVIABILIDADE DE EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL OU DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

II - RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. ICMS. DEMANDA VISANDO A ESTORNAR VALORES CALCULADOS A MAIOR. PRAZO PRESCRICIONAL. APLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 20.910/32.

III - RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA IMPROVIDO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI(Relator):

I - RECURSO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1. O recurso especial não pode ser conhecido. Não há indicação, nas razões recursais, dos dispositivos de lei federal que teriam sido violados pelo acórdão recorrido. Com efeito, a recorrente apenas discorreu sobre aspectos diversos do regime de substituição tributária, pugnando pelo reconhecimento da improcedência da pretensão manifestada pela empresa. Todavia, não apontou quais dispositivos da legislação federal infraconstitucional teriam sido afrontados pelo acórdão recorrido. Tal circunstância consubstancia deficiência na fundamentação recursal, irregularidade que faz atrair, por analogia, o óbice da Súmula 284 do STF, a impedir a admissão da insurgência pela alínea *a* do permissivo constitucional.

Registre-se que o acórdão recorrido se fundou, essencialmente, em preceitos normativos constitucionais e em legislação estadual, não sendo cabível, em recurso especial, controlar o acerto ou não da interpretação ou da aplicação dada a tais dispositivos.

2. Também não é de se admitir o recurso especial quanto à interposição pela alínea *c* do permissivo constitucional. Além do vício já referido, de não ter sido indicado o preceito normativo federal a cujo respeito poderia haver interpretações conflitantes, esse dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § § 1º e 2º do RISTJ. A alegada divergência jurisprudencial deve ser demonstrada mediante identificação clara do dissídio entre os casos confrontados, identificando os trechos que os assemelhem, visto que a simples transcrição de ementas não é suficiente para a comprovação do dissídio. No caso, não houve o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os paradigmas, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicação das circunstâncias que os identificam ou assemelham. Desse modo, não pode ser conhecido o recurso especial com fundamento na divergência jurisprudencial.

II - RECURSO ESPECIAL DA EXCELENTE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.

3. A matéria prescricional foi expressamente enfrentada pelo acórdão recorrido, não havendo, portanto, omissão que possa acarretar a sua nulidade, por violação ao art. 535 do CPC.

4. Quanto à prescrição, não tem razão o recurso. Os preceitos normativos invocados dizem respeito à ação de repetição do indébito. Todavia, não é essa a hipótese dos autos. Aqui, o que se pretende, conforme esclarece a inicial (item 6.13), é autorização para promover um sistema singular de estornos, para aproveitamento em futuras operações, de valores de ICMS que teriam sido exigidos a maior. Essa singular pretensão, reconhecidamente formada à base da analogia (item 6.7), guarda semelhança, *mutatis mutandis*, com as hipóteses de aproveitamento de créditos de ICMS, sujeitas, segundo a jurisprudência do STJ, ao prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/32. Assim se decidiu, entre outros, nos seguintes julgados: REsp 631742/MG, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 30/06/2006; AgRg no REsp 953827/SP, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 08/11/2007; e REsp 807875/PR, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 02/04/2008.

Foi sob o enfoque daquele dispositivo (art. 1º do Decreto 20.910/32) que o acórdão recorrido examinou a questão prescricional, não fazendo qualquer alusão aos dispositivos do CTN invocados no recurso especial, que, como se enfatizou, não se aplicam à hipótese.

5. Diante do exposto, não conheço do recurso da Fazenda Estadual e nego provimento ao recurso da autora. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2005/0122892-0

REsp 769260 / SP

Números Origem: 1515595 1861999

PAUTA: 23/03/2010

JULGADO: 23/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EXCELENTE COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADO : ROGÉRIO FEOLA LENCIONI E OUTRO
RECORRENTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA GARBELINI E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

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

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, não conheceu do recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo e negou provimento ao da empresa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves (Presidente), Hamilton Carvalhido e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 23 de março de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária