SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1875831 - RS (2020/0122445-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES	:	PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
		CRISTIANO XAVIER BAYNE - RS046302
AGRAVADO	:	SLC ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	:	MARCELO BORGES ILLANA - RS055769
		LUCIANO BRANDAO VIEIRA - RS055739

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR EM OUTROS ESTADOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN.

1. A comprovação, por amostragem, de creditamento administrativo de ICMS nos Estados de destino não inviabiliza a possibilidade de ainda subsistirem créditos a serem restituídos, portanto, não sendo este fundamento autônomo suficiente a inviabilizar o recurso especial, afastada a súmula 283/STF.

2. A situação descrita nos presentes autos não encontra óbice na Súmula 7/STJ. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o preceituado enunciado no caso de mera revaloração jurídica das provas e dos fatos.

3. Não se aplica o disposto no art. 166 do CTN para as hipóteses de restituição de indébito de ICMS exigido na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

4. Diante da necessidade de se afastar o duplo aproveitamento do indébito reclamado, caso ele já tenha sido objeto de creditamento anterior, necessária apuração dos valores a serem repetidos em sede de liquidação.

5. Agravo interno parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 18/06/2024 a 24/06/2024, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 24 de junho de 2024.

Documento eletrônico VDA42153790 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 25/06/2024 15:58:54
Código de Controle do Documento: 9bb005dd-63f3-475a-ba6b-e8daff94c55d

MINISTRO AFRÂNIO VILELA
Relator

Documento eletrônico VDA42153790 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 25/06/2024 15:58:54
Código de Controle do Documento: 9bb005dd-63f3-475a-ba6b-e8daff94c55d

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1875831 - RS (2020/0122445-6)

RELATOR	:	**MINISTRO AFRÂNIO VILELA**
AGRAVANTE	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES	:	PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
		CRISTIANO XAVIER BAYNE - RS046302
AGRAVADO	:	SLC ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	:	MARCELO BORGES ILLANA - RS055769
		LUCIANO BRANDAO VIEIRA - RS055739

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR EM OUTROS ESTADOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN.

1. A comprovação, por amostragem, de creditamento administrativo de ICMS nos Estados de destino não inviabiliza a possibilidade de ainda subsistirem créditos a serem restituídos, portanto, não sendo este fundamento autônomo suficiente a inviabilizar o recurso especial, afastada a súmula 283/STF.

2. A situação descrita nos presentes autos não encontra óbice na Súmula 7/STJ. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o preceituado enunciado no caso de mera revaloração jurídica das provas e dos fatos.

3. Não se aplica o disposto no art. 166 do CTN para as hipóteses de restituição de indébito de ICMS exigido na operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

4. Diante da necessidade de se afastar o duplo aproveitamento do indébito reclamado, caso ele já tenha sido objeto de creditamento anterior, necessária apuração dos valores a serem repetidos em sede de liquidação.

5. Agravo interno parcialmente provido.

RELATÓRIO

Em análise, agravo interno interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão monocrática que deu provimento integral ao recurso especial interposto pela parte adversa (fls. 2.709-2.711).

O fisco estadual sustenta, em síntese, que a decisão monocrática não poderia ter dado provimento ao recurso da contribuinte porquanto o recurso especial

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

não poderia ter sido admitido por violação às súmulas 7/STJ e 283/STF; e que há necessidade de se abater os créditos previamente aproveitados na unidade federativa de destino, nos termos do AREsp nº 581.679/RS.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

O fisco estadual sustenta, em síntese, que o recurso especial não teria impugnado o fundamento autônomo de que a empresa contribuinte já teria previamente se creditado administrativamente dos valores recolhidos a título de ICMS em outros estados, por meio de suas filiais, não tendo o recurso especial impugnado este fundamento, cuja revisão fática estaria obstada no âmbito da instância especial.

Assiste razão parcial à recorrente.

De fato, o acórdão recorrido consignou a comprovação, por amostragem, de que a empresa contribuinte já havia se creditado das operações de transferência de mercadorias por suas filiais localizadas noutros estados, administrativamente, nos seguintes termos:

> Retornando ao caso concreto, verifico que a demandante não logrou evidenciar ter assumido o encargo financeiro do imposto, ônus que lhe incumbia. **Não apenas isso, como o Estado anexou à contestação cópia de consulta do "Programa de Recenseamento de Notas PRN/SINTEGRA por CFOP" (fls. 531/538@), que demonstra, por amostragem, ter a autora/apelada adjudicado crédito de ICMS das operações de saída no Estado do Rio Grande do Sul em outras unidades da federação.**
> Prova até mesmo desnecessária, tendo em vista que sequer houve alegação em sentido oposto pela autora, cuja réplica e contrarrazões tratam apenas da inaplicabilidade do art. 166 do CTN (fl. 49 - grifo nosso).

Por outro lado, o acórdão recorrido não reconheceu o creditamento integral do ICMS recolhido, fazendo alusão a um creditamento parcial, por amostragem.

O reconhecimento, pelo Tribunal de origem, de parte do crédito não afasta a

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

possibilidade de ainda subsistirem valores recolhidos a serem repetidos.

Portando, não subsiste fundamento autônomo suficiente a inviabilizar todo o recurso especial, nos termos da súmula 283/STF.

No caso concreto, assim como ficou decidido na decisão monocrática, também verifico a desnecessidade de reapreciação de fatos e provas para analisar o mérito do recurso especial.

Considerando que todos os elementos fático-probatórios estão devidamente descritos no acórdão recorrido, é desnecessária a incursão no substrato fático para que seja delineada a nova apreciação jurídica.

Não há violação à Súmula 7/STJ quando o recurso especial pretende a mera valoração probatória dos fatos expressamente delineados no acórdão recorrido.

Quanto ao mérito, a decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que não se aplica o disposto no art. 166 do CTN às hipóteses de restituição de indébito de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, devendo ser mantida.

Nesse caso, a operação indevidamente tributada não envolve o repasse do encargo financeiro do ICMS a terceiro, pois a contribuinte continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO À DECISÃO DE INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL NA CORTE DE ORIGEM. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN.
> [...]
> 3. Ao contrário do decidido pelo Tribunal a quo, não se aplica o disposto no art. 166 do CTN para as hipóteses de restituição de indébito de ICMS exigido na específica operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Isso porque, nesses casos, a operação indevidamente tributada não envolve venda de mercadoria que possa ensejar o repasse do encargo financeiro do ICMS para terceiro, visto que, nesse estágio da cadeia comercial, a Contribuinte continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

transferido o encargo financeiro. Precedente.
4. Agravo interno não provido (AgInt no REsp n. 2.057.460/RS, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11/3/2024, DJe de 14/3/2024 - grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA ESTABELECIMENTOS DE MESMO TITULAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DESPROVIDO.
[...]
2. Contudo, ao contrário do decidido pelo Tribunal a quo, não se aplica o disposto no art. 166 do CTN para as hipóteses de restituição de indébito de ICMS exigido na específica operação de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. Isso porque, nesses casos, a operação indevidamente tributada não envolve venda de mercadoria que possa ensejar o repasse do encargo financeiro do ICMS para terceiro, visto que, nesse estágio da cadeia comercial, a Contribuinte continua ostentando a titularidade física e jurídica da mercadoria, não havendo, ainda, a figura de terceira pessoa a quem possa ser transferido o encargo financeiro. Precedente desta Primeira Turma: AREsp. 581.679/RS, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 4.2.2019.
3. Ainda, nos termos do referido julgado, a operação de transferência de mercadoria não se confunde com a de comercialização e, por isso, não é possível concluir que a tributação exigida quando da transferência possa ter sido imediatamente repassada para terceiro, pois tal repasse pressupõe a ocorrência futura e, portanto, incerta da operação de compra e venda. Dessa forma, a condição prevista no art. 166 do CTN somente terá lugar na operação posterior, quando da efetiva venda da mercadoria pelo estabelecimento para o qual ela (a mercadoria) tiver sido transferida.
4. Agravo Interno do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido (AgInt no AREsp n. 1.134.366/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020 - grifo nosso).

Não obstante, deve ser reconhecida a relevância da argumentação trazida pelo estado agravante, uma vez que, tendo sido comprovado prévio creditamento da empresa contribuinte em outros estados, a repetição integral do ICMS recolhido no Estado do Rio Grande do Sul implicaria em inaceitável enriquecimento ilícito da contribuinte.

Cumpre destacar que, no precedente do AREsp n. 581.679/RS, o STJ firmou a necessidade de se afastar o duplo aproveitamento do indébito reclamado, quando ele

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

já tenha sido objeto de creditamento junto ao estado de destino.

Na petição inicial, a contribuinte faz pedido da devolução integral do ICMS pago, sem ressalvar a existência de qualquer creditamento administrativo, nos seguintes termos:

> Considerando que o autor já possui o mérito transitado em julgado no mandado de segurança n° 001/1.08.0039361-2 e que este interrompeu a prescrição da ação de cobrança do quinquídio anterior, pede-se com base nos argumentos desenvolvidos na inicial, pelo processamento **e total provimento da presente ação de cobrança e seus pedidos condenando o estado a devolver os pagamentos indevidamente recolhidos a título de ICMS**, devidos pela transferência de mercadorias para outras filiais estabelecidas em diferentes unidades da federação, no período de25/02/2003 a 24/02/2008, posto encontrar a matéria, além da já mencionada sentença favorável já transitada em julgado, também recepção nos Tribunais Superiores contando inclusive com Recurso Repetitivo e súmula (166) no SI) restando aplicável, assim, os artigos 150§ 4° e 173, I do CTN c/c artigo 219, § 1° do CPC/73, que encontra correspondência nos artigos 802, parágrafo único e 240, 5 1° do CPC/15 (fl. 237 - grifo nosso).

No mesmo sentido, o recurso especial também requereu a devolução integral dos valores pagos a título de ICMS, sem ressalvar eventual creditamento administrativo anterior, nos seguintes termos:

> Recorre-se lastreado nos artigos 105, III, “a” e “c” da Constituição federal de 1988:
> a) O total provimento do recurso interposto pois a decisão recorrida negou vigência ou contrariou a Lei Federal, in casu, o artigo 166 do CTN posto que tal dispositivo não é aplicável às remessas entre estabelecimentos da mesma empresa, ainda que estabelecidos em unidades diversas da federação **determinando-se a condenação do recorrido a devolver os pagamentos indevidamente recolhidos a título de ICMS**, posto encontrar a matéria recepção nos Tribunais Superiores contando inclusive com Recurso Repetitivo e súmula (166) no STJ (fl. 114 - grifo nosso).

Assim, sob pena de enriquecimento ilícito da empresa contribuinte, o provimento recursal monocrático deveria ter sido apenas parcial, de modo a garantir à empresa contribuinte a devolução dos valores de ICMS recolhidos à Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, porém, descontada a quantia que já tenha sido objeto de creditamento junto ao estado destinatário, conforme defende o Estado do Rio Grande

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

do Sul.

Isso posto, **conheço do agravo interno para que seja dado apenas parcial provimento ao recurso especial da contribuinte**, de modo que seja reconhecida a repetição pleiteada, sem necessidade de atendimento ao art. 166 do Código Tributário Nacional, porém, determinando que os valores a serem repetidos sejam apurados em liquidação, descontada quantia que já tenha sido objeto de creditamento junto ao estado destinatário.

Considerando o resultado do julgamento, necessário o redimensionamento da sucumbência, para que incidam honorários, no mínimo legal, conforme a gradação do §3º do art. 85 do CPC/2015, em favor (i) dos patronos da contribuinte, calculados sobre a vantagem econômica efetivamente devolvida à contribuinte; e (ii) dos patronos do Estado do Rio Grande do Sul, calculados sobre os valores excluídos da repetição por terem sido objeto anterior de creditamento administrativo.

Afasto a majoração de honorários recursais, uma vez que o recurso especial teve provimento apenas parcial. Nesse sentido: REsp 1.864.633/RS, da Corte Especial do STJ.

Documento eletrônico VDA41992988 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): JOSÉ AFRÂNIO VILELA Assinado em: 14/06/2024 20:21:37
Código de Controle do Documento: ce73a5af-a6df-4992-a699-bf39283beaf1

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt nos EDcl no REsp 1.875.831 / RS

Número Registro: 2020/0122445-6 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
01550167320198217000 02720021320198217000 03095325120198217000 1550167320198217000 272002132019821700 309532512019821700 70081831075 70083000935 70083376236 90493219020178210001

Sessão Virtual de 18/06/2024 a 24/06/2024

Relator do AgInt nos EDcl

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: SLC ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	: MARCELO BORGES ILLANA - RS055769
	LUCIANO BRANDAO VIEIRA - RS055739
RECORRIDO	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES	: PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
	CRISTIANO XAVIER BAYNE - RS046302

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES	: PAULO ROBERTO BASSO - RS025762
	CRISTIANO XAVIER BAYNE - RS046302
AGRAVADO	: SLC ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS	: MARCELO BORGES ILLANA - RS055769
	LUCIANO BRANDAO VIEIRA - RS055739

Documento eletrônico VDA42130728 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 25/06/2024 00:30:59
Código de Controle do Documento: 6ad65965-9227-476b-b121-6d7272e5aeb5

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 18/06/2024 a 24/06/2024, por unanimidade, decidiu dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Teodoro Silva Santos votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 24 de junho de 2024

Documento eletrônico VDA42130728 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 25/06/2024 00:30:59
Código de Controle do Documento: 6ad65965-9227-476b-b121-6d7272e5aeb5