



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1977691 - RS (2021/0385499-2)**

**RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762**  
**AGRAVADO : EXPERT RESTAURANTES EMPRESARIAIS LTDA**  
**ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619**

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, II, DO CPC. OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora agravada pleiteando o reconhecimento de seu direito líquido e certo de transferir mercadorias para seu estabelecimento situado em Lages, no Estado de Santa Catarina, conforme notas fiscais que acompanham a inicial, sem o destaque do tributo.

2. Nas razões do recurso especial, a agravada argumentou que a Corte local deixou de se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inobservância da Súmula n. 213/STJ e às decisões dos REspS n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP, nos quais se consagrou que o mandado de segurança é ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária; (ii) Tema n. 1.009/STF no que tange ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal e no art. 19 da LC n. 87/96, relativamente ao pedido de manutenção dos créditos apropriados de ICMS na prévia entrada das mercadorias em seu estabelecimento.

3. Ao se manifestar acerca do creditamento de ICMS, a Corte local entendeu que "considera-se ocorrido o fato gerador do imposto (ICMS) no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, nos termos do art. 12, I, da Lei Complementar n. 87/1996, cujo teor nunca foi declarado ilegal ou inconstitucional" (e-STJ fl. 279).

4. Tal fundamentação foi proferida sem levar em consideração o que restou decidido pela Suprema Corte no Tema n. 1.099/STF, quando se firmou que não ocorre fato gerador de ICMS quando do deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. O Tema n. 1.009/STF é relevante ao deslinde da controvérsia na medida em que, caso analisado, poderia alterar o resultado do julgamento para afastar a ocorrência do fato gerador.

5. Consequentemente, não ocorrido o fato gerador, torna-se relevante também o exame, pela Corte local, da Súmula n. 214/STJ e da tese fixada nos REspS n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP uma vez que comprovado o recolhimento indevido para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. Omissões configuradas.

6. Agravo interno não 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 07/02/2023 a 13/02/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 13 de fevereiro de 2023.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1977691 - RS (2021/0385499-2)**

**RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**  
**ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762**  
**AGRAVADO : EXPERT RESTAURANTES EMPRESARIAIS LTDA**  
**ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619**

### **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, II, DO CPC. OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora agravada pleiteando o reconhecimento de seu direito líquido e certo de transferir mercadorias para seu estabelecimento situado em Lages, no Estado de Santa Catarina, conforme notas fiscais que acompanham a inicial, sem o destaque do tributo.

2. Nas razões do recurso especial, a agravada argumentou que a Corte local deixou de se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inobservância da Súmula n. 213/STJ e às decisões dos REspS n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP, nos quais se consagrou que o mandado de segurança é ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária; (ii) Tema n. 1.009/STF no que tange ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal e no art. 19 da LC n. 87/96, relativamente ao pedido de manutenção dos créditos apropriados de ICMS na prévia entrada das mercadorias em seu estabelecimento.

3. Ao se manifestar acerca do creditamento de ICMS, a Corte local entendeu que "considera-se ocorrido o fato gerador do imposto (ICMS) no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, nos termos do art. 12, I, da Lei Complementar n. 87/1996, cujo teor nunca foi declarado ilegal ou inconstitucional" (e-STJ fl. 279).

4. Tal fundamentação foi proferida sem levar em consideração o que restou decidido pela Suprema Corte no Tema n. 1.099/STF, quando se firmou que não ocorre fato gerador de ICMS quando do deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular. O Tema n. 1.009/STF é relevante ao deslinde da controvérsia na medida em que, caso analisado, poderia alterar o resultado do julgamento para afastar a ocorrência do fato gerador.

5. Consequentemente, não ocorrido o fato gerador, torna-se relevante também o exame, pela Corte local, da Súmula n. 214/STJ e da tese fixada nos REspS n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP uma vez que comprovado o recolhimento indevido para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança. Omissões configuradas.

6. Agravo interno não provido.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Agravo Interno interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, contra a decisão de minha relatoria, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, II, DO CPC. OMISSÃO. CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À CORTE DE ORIGEM.

Em suas razões recursais, o agravante sustenta que o acórdão recorrido não padece de omissão. Argumenta que, contrariamente ao que concluiu a decisão agravada, o Tribunal local entendeu que a impetrante não se desincumbiu do dever de demonstrar seu direito líquido e certo, analisando os documentos apresentados e denegando a ordem à luz das provas do autos.

Pugna, por fim, pelo conhecimento e provimento do presente agravo interno para que seja reformada a decisão agravada com o não conhecimento ou o desprovimento do recurso especial da ora agravada.

É o relatório.

### **VOTO**

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado pela ora agravada pleiteando o reconhecimento de seu direito líquido e certo de transferir mercadorias para seu estabelecimento situado em Lages, no Estado de Santa Catarina, conforme notas fiscais que acompanham a inicial, sem o destaque do tributo.

Nas razões do recurso especial, a agravada argumentou que a Corte local deixou de se manifestar acerca dos seguintes pontos: (i) inobservância da Súmula n. 213/STJ e às decisões dos REsp's n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP, nos quais se consagrou que o mandado de segurança é ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária; (ii) Tema n. 1.009/STF no que tange ao art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal e no art. 19 da LC n. 87/96, relativamente ao pedido de manutenção dos créditos apropriados de ICMS na prévia entrada das mercadorias em seu estabelecimento.

A preliminar comporta acolhida.

Isso porque, ao se manifestar acerca do creditamento de ICMS, a Corte local entendeu que "considera-se ocorrido o fato gerador do imposto (ICMS) no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, nos termos do art. 12, I, da Lei Complementar n.

87/1996, cujo teor nunca foi declarado ilegal ou inconstitucional" (e-STJ fl. 279).

Entretanto, tal fundamentação foi proferida sem levar em consideração o que restou decidido pela Suprema Corte no Tema n. 1.099/STF, quando se firmou que não ocorre fato gerador de ICMS quando do deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.

O Tema n. 1.009/STF é relevante ao deslinde da controvérsia na medida em que, caso analisado, poderia alterar o resultado do julgamento para afastar a ocorrência do fato gerador.

Consequentemente, não ocorrido o fato gerador, torna-se relevante também o exame, pela Corte local, da Súmula n. 214/STJ e da tese fixada nos REspS n. 1.124.537/SP e 1.715.256/SP uma vez que comprovado o recolhimento indevido para fins de declaração do direito à compensação tributária em sede de mandado de segurança.

Dito isso, as omissões apontadas em sede de apelo nobre são essenciais e, caso analisadas, poderiam alterar a conclusão a que chegou o aresto combatido, possibilitando o acolhimento da preliminar de violação do art. 1.022, II, do Código de Processo Civil.

A propósito, os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL, NOS QUAIS O EMBARGANTE, PROMITENTE COMPRADOR DE APARTAMENTO E DE BOX DE GARAGEM, IMPUGNOU A COBRANÇA DE IPTU, ARGUINDO, NA INICIAL, A SUA ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO, AO ARGUMENTO DE QUE A PROPRIEDADE E A POSSE DA GARAGEM NUNCA LHE FORAM TRANSMITIDAS, ALÉM DA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. SENTENÇA QUE, EM JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, JULGOU PROCEDENTES OS EMBARGOS DE DEVEDOR. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTEVE O AFASTAMENTO DA TRIBUTAÇÃO DO BOX DE GARAGEM, DANDO PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, INTERPOSTA PELO MUNICÍPIO EXEQUENTE, PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DA COBRANÇA DE IPTU EM RELAÇÃO AO APARTAMENTO, EXCLUÍDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO MAIS ANTIGO, DECLARADO PRESCRITO. ACÓRDÃO EMBARGADO EM QUE O STJ MANTEVE A DECISÃO QUE CONHECEU DO AGRAVO E DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, TAMBÉM INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO EXEQUENTE, PARA REFORMAR O CAPÍTULO DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, EM RELAÇÃO AO BOX DE GARAGEM, CONFIRMARA, POR FUNDAMENTO DIVERSO, A SENTENÇA QUE, EM JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, HAVIA AFASTADO A LEGITIMIDADE DO EMBARGANTE. VÍCIO DE OMISSÃO CONFIGURADO, QUANTO À

ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE POSSE DO BOX DE GARAGEM. IMPOSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DE APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE, DESDE LOGO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA FÁTICA SOBRE A CONDIÇÃO DE POSSUIDOR DO PROMITENTE COMPRADOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO ENTE PÚBLICO APENAS EM PARTE, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM, A FIM DE QUE ALI SE PROSSIGA, NO JULGAMENTO DA CAUSA, APÓS A REGULAR INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado em 30/03/2016.

II. No acórdão embargado restou assentado que a Primeira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.111.202/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 18/06/2009), firmou a orientação no sentido de que tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel, quanto o proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), são contribuintes responsáveis pelo IPTU, cabendo ao legislador municipal eleger quaisquer deles para o pagamento. Assim, havendo contrato de promessa de compra e venda de imóvel, pode a Municipalidade eleger o promitente comprador, possuidor do imóvel, como sujeito passivo da obrigação tributária de pagar IPTU.

III. Contudo, houve omissão sobre o ponto do Agravo Regimental em que o embargante pleiteara, alternativamente, o retorno dos autos à origem, a fim de que ali se resolva, após regular instrução probatória, a questão de fato relativa à alegada inexistência de posse do box de garagem, objeto da exação tributária impugnada neste feito, ponto sobre o qual a Segunda Turma do STJ devia ter-se pronunciado.

IV. De acordo com o § 5º do art. 255 do Regimento Interno do STJ, no julgamento do Recurso Especial verificar-se-á, preliminarmente, se o Recurso é cabível. Decidida a preliminar pelo cabimento, será julgada a causa, com aplicação do direito à espécie. Em conformidade com essa regra regimental, quando a aplicação do direito à espécie pressupõe a produção de provas, em hipóteses nas quais houve julgamento antecipado da lide, faz-se necessário o retorno dos autos à instância de origem, para ulatimação do procedimento de subsunção dos fatos às normas jurídicas pertinentes, após regular instrução probatória. Nesse sentido: STJ, REsp 964.909/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/11/2009; AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 856.072/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 14/02/2014.

V. Nos presentes autos de Embargos à Execução Fiscal, constam, da petição inicial, tanto a alegação de que a propriedade e a posse do box de garagem nunca foram transmitidas ao embargante, como também o requerimento de comprovação do alegado "por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente documental, pericial e testemunhal". Na impugnação dos Embargos à Execução, embora haja apresentado pedido de julgamento antecipado da lide, a Fazenda Pública ainda formulou requerimento, em caráter sucessivo, para "produção de todos os meios de prova admitidos em direito, notadamente a documental, testemunhal, pericial e outras que se fizerem necessárias". Intimado a se manifestar sobre a aludida impugnação, o embargante ratificou suas alegações iniciais e concluiu que, "considerando que a impugnação ofertada pelo embargado não ilide e nem modifica o conteúdo dos Embargos, a procedência destes se impõe, oportunizando-se a produção das provas já requeridas". Na sentença, em julgamento antecipado da lide, o Juízo de 1º Grau julgou procedentes os Embargos de Devedor, por entender que o embargante, na condição de promitente comprador do apartamento e do box de garagem, não teria legitimidade para figurar no polo passivo da Execução Fiscal para a cobrança de IPTU, deixando de analisar a alegação do embargante de que nunca foi possuidor do box de garagem. Interposta Apelação, pelo Município exequente, o Tribunal de origem - considerando que ficou provada, na fase recursal, a condição do embargante

de proprietário do apartamento, bem como que restou consumada a prescrição parcial e que, "no tocante ao box de garagem, de fato, não há comprovação da propriedade, devendo ser mantida, no ponto, a sentença" - deu parcial provimento ao recurso e julgou parcialmente procedentes os Embargos de Devedor, para extinguir, apenas em parte, a Execução Fiscal a eles correspondente, seja quanto a uma das duas CDAs que a embasam - aquela que tem por objeto a tributação do box de garagem -, seja, ainda, no tocante a um dos seis créditos cobrados na outra CDA - a qual, por sua vez, refere-se à tributação do apartamento.

VI. Considerando que houve julgamento antecipado da lide, em 1º Grau, favoravelmente ao embargante, e tendo em vista, outrossim, que a sentença foi mantida, pelo Tribunal de origem, em relação ao box de garagem, e levando em consideração, ainda, que restou afastado, pelo STJ, o fundamento do capítulo do acórdão recorrido impugnado no Recurso Especial, referente ao box de garagem (e, por conta disso, o interesse processual do embargante em reiterar o requerimento de produção de prova acerca da alegação de que nunca foi possuidor do box de garagem somente surgiu no STJ), faz-se necessária, para fins de aplicação do direito à espécie, a produção de provas acerca da alegada inexistência de posse do box de garagem, sob pena de cerceamento do direito de defesa, devendo ser observada a orientação firmada por esta Corte nos seguintes precedentes, mutatis mutandis:

STJ, REsp 282.515/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, DJU de 07/05/2001; REsp 468.276/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/09/2008.

VII. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para, sanando a omissão constatada, dar provimento ao Recurso Especial apenas em parte, determinando o retorno dos autos à origem, a fim de que ali se resolva, após regular instrução probatória, a questão de fato relativa à alegação de inexistência de posse do box de garagem objeto da exação tributária impugnada neste feito.

(EDcl no AgRg no AREsp n. 337.190/SC, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24/10/2022, DJe de 3/11/2022.)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FUNDOS PÚBLICOS. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. PRECATÓRIO. PARCELA DOS JUROS. ADPF N. 528/STF. NÃO APRECIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Omissão quanto à aplicação do resultado do julgamento da ADPF n. 528, pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando a possibilidade de pagamento dos honorários advocatícios contratuais com a verba correspondente de juros de mora incidentes sobre o valor do precatório devido pela União.

III - Embargos de declaração acolhidos, com excepcionais efeitos infringentes, para anular o acórdão embargado e determinar o retorno dos autos à origem.

(EDcl no AgInt no REsp n. 1.937.874/AL, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 11/11/2022.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



# **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## **TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA**

**AgInt no REsp 1.977.691 / RS  
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2021/0385499-2

Número de Origem:  
50164723120208210001

Sessão Virtual de 07/02/2023 a 13/02/2023

### **Relator do AgInt**

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

### **Presidente da Sessão**

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

### **Secretário**

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

## **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : EXPERT RESTAURANTES EMPRESARIAIS LTDA

ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

RECORRIDO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROCURADOR : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

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

## **AGRAVO INTERNO**

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : PAULO ROBERTO BASSO - RS025762

AGRAVADO : EXPERT RESTAURANTES EMPRESARIAIS LTDA

ADVOGADO : PAULO CÉSAR GUILLET STENSTRASSER - RS043619

## **TERMO**

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/02/2023 a 13/02/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 14 de fevereiro de 2023

