



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2177583 - MG (2022/0232457-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JOANA FARIA SALOME - MG096744
AGRAVADO : JP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. FUNDAMENTOS DO JUÍZO PRELIBADOR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 7 E 211/STJ; 280 E 280/STF. INCIDÊNCIA. DIFAL E SIMPLES NACIONAL. VIÉS CONSTITUCIONAL.

1. Trata-se de Agravo contra decisão que entendeu não impugnada a consonância do acórdão recorrido com jurisprudência. Fez incidir a Súmula 182/STJ.
2. Inadmitiu-se o Recurso Especial por entender que o acórdão recorrido está em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que atrai as Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.
3. Não há o devido combate à Súmula 182/STJ.
4. Mesmo que se pudesse superar a falta de combate supramencionada, melhor sorte não socorreria o ente Estadual quanto à incidência das Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.
5. 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 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 06 de março de 2023.

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.177.583 - MG (2022/0232457-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JOANA FARIA SALOMÉ - MG096744
AGRAVADO : JP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo contra decisão que entendeu não impugnada a consonância do acórdão recorrido com jurisprudência. Fez incidir a Súmula 182/STJ.

Inadmitiu-se o Recurso Especial por entender que o acórdão recorrido está em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Fez incidir as Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.

Defende o Estado de Minas Gerais:

O juiz *a quo* entendeu pelo direito à restituição/compensação até 22/12/2014. O acórdão recorrido, por sua vez, reformou a sentença para determinar a restituição também após a vigência do Decreto n. 46.684/2014.

O Agravo em recurso especial, ainda trouxe que:

“A jurisprudência dos Tribunais superiores tem se firmado no sentido de impossibilidade de creditamento para empresas optantes pelos simples nacional. Nesse sentido:

[...]

(EDcl no REsp n. 1.453.980/MG, relatora Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, DJe 29/3/2016)."

[....]

Percebe-se assim que a divergência jurisprudencial, no sentido de abarcar a tese defendida pelo Estado de Minas Gerais foi precisamente citada, tanto no Agravo em Recurso Especial, quanto no próprio corpo do recurso especial, razão pela qual não há que se cogitar a incidência da Súmula 284 do STF, uma vez que a decisão foi impugnada em seus fundamentos estruturantes, o que com a devida vênica deve ser motivo para afastar a incidência do referido corolário.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2.177.583 - MG (2022/0232457-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : JOANA FARIA SALOMÉ - MG096744
AGRAVADO : JP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA -
MG096833

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. FUNDAMENTOS DO JUÍZO PRELIBADOR. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA. SÚMULAS 7 E 211/STJ; 280 E 280/STF. INCIDÊNCIA. DIFAL E SIMPLES NACIONAL. VIÉS CONSTITUCIONAL.

1. Trata-se de Agravo contra decisão que entendeu não impugnada a consonância do acórdão recorrido com jurisprudência. Fez incidir a Súmula 182/STJ.
2. Inadmitiu-se o Recurso Especial por entender que o acórdão recorrido está em consonância com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o que atrai as Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.
3. Não há o devido combate à Súmula 182/STJ.
4. Mesmo que se pudesse superar a falta de combate supramencionada, melhor sorte não socorreria o ente Estadual quanto à incidência das Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.
5. Agravo Interno não provido

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 13 de dezembro de 2022.

A irresignação não merece acolhida. Não há o devido combate à Súmula 182/STJ.

Mesmo que se pudesse superar a falta de combate supramencionada, melhor sorte não socorreria o ente Estadual quanto à incidência das Súmulas 280, 283/STF, 7 e 211/STJ.

O Estado informa que a tese é de direito e limita-se a buscar o pronunciamento desta Corte Uniformizadora sobre a interpretação dos arts. 13 e 23 da Lei Complementar Federal 126/2006, o art. 10 da Lei Complementar Federal 87/1996 e o art. 166 do CTN.

Assim, incide a Súmula 280/STF quanto à discussão sobre o Decreto Estadual 46.684/2014, com vigência a partir de 23/12/2014.

A comprovação do repasse, nas operações subsequentes, ou o custo do ICMS suportado nas aquisições (art. 166 do CTN) é matéria fático-probatória. Incide a Súmula 7/STJ.

À luz do art. 166 do Código Tributário Nacional — CTN, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento jurisprudencial segundo o qual o responsável tributário, recolhedor, em tese, do crédito tributário por substituição processual, só tem legitimidade ativa *ad causam* para a ação de repetição de indébito, quando comprovar ter pago o tributo. Fora as hipóteses do art. 166 do CTN, o responsável tributário não detém legitimidade para pleitear, em nome próprio, a restituição do tributo que recolheu. A respeito: EDcl no AgRg no REsp 1418303/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no REsp 1418207/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014; AgRg no REsp 1437789/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02/05/2014. 5. Recurso Especí al parcialmente conhecido, apenas no tocante à violação do art. 1022 do CPC e, nessa parte, não provido. (REsp

1814271/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01.0.2019)

O art. 10 da LC 87/1996, não foi prequestionado. Aplicam-se as Súmulas 211/STJ e 282/STF

Acrescento, ademais, o viés constitucional dado à matéria, por força do art. 146, III, "d", da CR/88, a impedir a atuação do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme consignado, a recorrida, empresa optante do Simples Nacional, postulou a declaração do direito à compensação ou restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS-ST (produtos relacionados no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02), até julho de 2015. O acórdão findou por conceder o pedido integralmente. Segue a ementa:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO – TRIBUTÁRIO – INTERESSE DE AGIR – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SIMPLES NACIONAL – APROVEITAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE – VIOLAÇÃO – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA POSTERIOR – RESTITUIÇÃO – LIMITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – VEDAÇÃO.

- O interesse de agir possui duas dimensões: a necessidade e a utilidade de se buscar a tutela jurisdicional. Enquanto o interesse-necessidade decorre da necessidade de se recorrer à jurisdição como última forma de solução de conflitos, o interesse-utilidade mostra-se presente quando o processo puder propiciar ao autor o resultado pretendido.

- A exigência tributária na esfera administrativa, por meio da substituição tributária, resulta em prejuízo concreto para o contribuinte, não havendo necessidade de provocação do Estado na esfera administrativa para que surja a negativa do direito.

- A sujeição da microempresa e da empresa de pequeno porte optante do Simples Nacional ao regime da substituição tributária não leva em consideração a impossibilidade de aproveitamento dos créditos tributários pelo contribuinte optante do Simples Nacional prevista no art. 23 da Lei Complementar 123/2002, **implicando em violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS**, além de distorção do tratamento privilegiado que deveria ser conferido às microempresas e empresas de pequeno, por força do art. 146, III, 'd', da CR/88.

- O Decreto Estadual nº 46.684/2014, com vigência a partir de 23/12/2014, corrigiu a disparidade de tratamento da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional que realiza operação interestadual de aquisição de mercadoria para industrialização, comercialização ou utilização na prestação de serviço, ao retirá-la do sistema de substituição tributária e determinar que o sistema de recolhimento, a título de antecipação do imposto, será limitado ao valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual (ICMS Difal).

- A alteração legislativa não limita o direito à restituição do ICMS

recolhido indevidamente, pois o enriquecimento ilícito é vedado pelo ordenamento jurídico.

Discutiu-se nos autos o malferimento do princípio constitucional da não Cumulatividade. Houve pagamento do ICMS ST, porém não se verificou compensação com o ICMS futuro a recolher. O acórdão reconhece a inexigibilidade do tributo e declara devida a restituição dos valores recolhidos da **diferença de alíquota (Difal) de ICMS** nos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da presente ação.

O Tema 517/STF trouxe a seguinte tese: "É constitucional a imposição tributária de diferencial de alíquota do ICMS pelo Estado de destino na entrada de mercadoria em seu território devido por sociedade empresária aderente ao Simples Nacional, **independentemente** da posição desta na cadeia produtiva ou **da possibilidade de compensação dos créditos**".

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tema 1.093/STF, compreendido pela ADI 5.469 e o RE 1.287.019, fixou: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional 87/2015, **pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais**".

Assim, sem motivos para a reforma do *decisum* presidencial ou do juízo prelibador, **nego provimento ao Agravo Interno**.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 2.177.583 / MG

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2022/0232457-0

Número de Origem:

10000211583406001 10000211583406002 10000211583406003 10000211583406004 51540205620178130024

Sessão Virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : JOANA FARIA SALOME - MG096744

AGRAVADO : JP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : JOANA FARIA SALOME - MG096744

AGRAVADO : JP COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : GILMARA APARECIDA DE CASTRO GARCIA - MG096833

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/02/2023 a 06/03/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Humberto Martins, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 07 de março de 2023

