AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2055172 - DF (2023/0056665-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	SOUFER INDUSTRIAL LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO	:	FLÁVIO RICARDO FERREIRA - SP198445
AGRAVADO	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	DIANA DE ALMEIDA RAMOS ARANTES - DF008204

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURNÇA. ICMS/DIFAL E FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA-FCP. INEXIGIBILIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ENCARGO FINANCEIRO. REPASSE PARA TERCEIROS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ART. 166 DO CTN.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Soufer Industrial Ltda. e outros contra o Subsecretário da Subsecretaria da Receita do Distrito Federal objetivando a declaração de inexigibilidade de recolhimento do ICMS-DIFAL e da alíquota com arrecadação vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FCP.

II - Na sentença, denegou-se a segurança. No Tribunal *a quo,* a sentença foi reformada para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante somente o pagamento do DIFAL e do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FCP, incidentes nas operações interestaduais de mercadorias que tenham como destinatário consumidor não contribuinte do imposto, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2022. Esta Corte deu provimento ao recurso especial para condicionar o direito de restituir ou compensar os valores pagos a maior ao cumprimento da previsão contida no art. 166 do CTN, ou seja, a prova do não repasse do ônus financeiro a terceiro.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a obtenção de restituição compensação do tributo, faz-se necessária a prova de que não houve repasse do encargo financeiro para terceiro. Nesse sentido, confiram-se: (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.693.394/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 13/12/2019 e EREsp n. 648.288/PE, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/8/2006, DJ de

Documento eletrônico VDA37357703 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 21/06/2023 14:49:49
Código de Controle do Documento: 9a808572-20ef-4cd0-9af5-31d7626e90a4

11/9/2006, p. 224.)

IV - Agravo interno improvido.

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 13/06/2023 a 19/06/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 19 de junho de 2023.

Ministro FRANCISCO FALCÃO
Relator

Documento eletrônico VDA37357703 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 21/06/2023 14:49:49
Código de Controle do Documento: 9a808572-20ef-4cd0-9af5-31d7626e90a4

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2055172 - DF (2023/0056665-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	SOUFER INDUSTRIAL LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO	:	FLÁVIO RICARDO FERREIRA - SP198445
AGRAVADO	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	DIANA DE ALMEIDA RAMOS ARANTES - DF008204

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURNÇA. ICMS/DIFAL E FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA-FCP. INEXIGIBILIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ENCARGO FINANCEIRO. REPASSE PARA TERCEIROS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ART. 166 DO CTN.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Soufer Industrial Ltda. e outros contra o Subsecretário da Subsecretaria da Receita do Distrito Federal objetivando a declaração de inexigibilidade de recolhimento do ICMS-DIFAL e da alíquota com arrecadação vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FCP.

II - Na sentença, denegou-se a segurança. No Tribunal *a quo,* a sentença foi reformada para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante somente o pagamento do DIFAL e do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FCP, incidentes nas operações interestaduais de mercadorias que tenham como destinatário consumidor não contribuinte do imposto, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2022. Esta Corte deu provimento ao recurso especial para condicionar o direito de restituir ou compensar os valores pagos a maior ao cumprimento da previsão contida no art. 166 do CTN, ou seja, a prova do não repasse do ônus financeiro a terceiro.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para a obtenção de restituição compensação do tributo, faz-se necessária a prova de que não houve repasse do encargo financeiro para terceiro. Nesse sentido, confiram-se: (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.693.394/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 13/12/2019 e EREsp n. 648.288/PE, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/8/2006, DJ de

Documento eletrônico VDA36996226 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 29/05/2023 16:14:47
Código de Controle do Documento: 1f70aacc-c6ec-4b37-9676-2e2141573dd3

11/9/2006, p. 224.)

IV - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto contra monocrática que decidiu recurso especial interposto pelo Distrito Federal, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF/1988.

O recurso especial visa reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nos termos assim ementados:

> CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. MÉRITO. ICMS/DIFAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87/2015. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE. CONVÊNIO ICMS 93/2015. TEMA 1.093/STF. ADI Nº 5.469/DF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1287019/DF. NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. ESTABELECIMENTO DO REGRAMENTO GERAL DO ICMSDIFAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 190/2022. ANTERIORIDADE DE EXERCÍCIO E ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA.
>
> 1. Observado que a parte impetrante apresentou prova pré-constituída da sua condição de contribuinte do ICMS, o iminente risco de violação do direito líquido e certo invocado, e não se tratando de impetração contra lei em tese, deve ser reconhecida a adequação da via eleita, para o fim de ver reconhecida a inexigibilidade da exação, bem como a repetição do indébito.
>
> 2. Nos termos do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS -, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
>
> 3. Com a edição do convênio CONFAZ nº 93/2015 houve a instituição do ICMSDIFAL, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de ICMS, a qual, de acordo com o citado convênio, deveria ser partilhada entre as unidades federadas de origem e de destino, no caso de operações e prestações que destinem bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da Federação.
>
> 4. O colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 5.469/DF e do Recurso Extraordinário nº 1287019/DF, com repercussão geral (Tema 1.093) fixou tese no sentido de que a cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais, de modo que tem-se por impositivo o reconhecimento da ilegalidade da exação incidente sobre operações e prestações que destinem bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado nesta unidade da Federação.
>
> 4.1. Em conformidade com a decisão exarada pelo colendo Supremo Tribunal Federal, foram modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que, quanto à cláusula nona, a decisão produzirá efeitos desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento do Recursos Extraordinário nº 1287019, ficando ressalvadas da modulação todas as ações judiciais em curso, isto é, as demandas ajuizadas antes do julgamento do aludido recurso extraordinário.
>
> 4.2. O Tema n. 1.093, trata especificamente da nova disciplina trazida pela Emenda

Documento eletrônico VDA36996226 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 29/05/2023 16:14:47
Código de Controle do Documento: 1f70aacc-c6ec-4b37-9676-2e2141573dd3

Constitucional n. 87/2015, no que diz respeito à cobrança do ICMS-DIFAL em favor do Estado de localização do destinatário e imputada ao remetente, em operações interestaduais, sobre mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte (artigo 155, inciso VIII, alínea "b", da Constituição Federal).

5. O princípio da anterioridade configura-se como garantia de conhecimento antecipado de lei tributária considerada mais gravosa ao contribuinte, por instituir novo tributo ou majorar tributo já existente.

5.1. O princípio da anterioridade tributária, ou princípio da eficácia diferida, está previsto no artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c", da Constituição Federal.

5.2. Em regra, a anterioridade de exercício (artigo 150, inciso III, alínea "b") e a anterioridade nonagesimal (artigo 150, inciso III, alínea "c") se completam, uma reforçando a outra, ressalvadas, todavia, as exceções previstas nos artigos 150, §1º; 177, §4º; e 195, §6º, todos da Constituição Federal.

5.3. Uma vez que o rol das exceções ao princípio da anterioridade é taxativo e não contempla a previsão do ICMS como uma das ressalvas, o citado imposto se submete, cumulativamente, à anterioridade de exercício e à anterioridade nonagesimal.

6. Do teor da Lei Complementar n. 190/2022 extrai-se a conclusão de que, a partir de sua edição, houve expressa definição legal dos aspectos material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo do ICMS-DIFAL, razão pela qual fica evidente que a mencionada Lei Complementar instituiu o ICMS-DIFAL, estabelecendo o regramento geral do imposto, devendo respeito, portanto, aos princípios da anterioridade de exercício e anterioridade nonagesimal, cumulativamente.

6.1. A própria Lei Complementar n. 190/2022 previu, em seu artigo 3º, a observância ao princípio da anterioridade nonagesimal, não estando evidenciada qualquer inconstitucionalidade no citado dispositivo legal.

6.2. Considerando que a Lei Complementar n. 190/2022 foi publicada em 04 de janeiro de 2022, somente produzirá seus efeitos a partir do exercício financeiro seguinte (2023), em atendimento ao que estabelece o artigo 150, inciso III, alíneas "b" e "c", da Constituição Federal.

7. Preliminar rejeitada. Apelação Cível conhecida e provida.

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por Soufer Industrial Ltda. e outros contra o Subsecretário da Subsecretaria da Receita do Distrito Federal objetivando a declaração de inexigibilidade de recolhimento do ICMS-DIFAL e da alíquota com arrecadação vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FCP.

Na sentença, denegou-se a segurança. No Tribunal *a quo,* a sentença foi reformada para determinar à autoridade impetrada que se abstenha de exigir da impetrante somente o pagamento do DIFAL e do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FCP, incidentes nas operações interestaduais de mercadorias que tenham como destinatário consumidor não contribuinte do imposto, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2022. Esta Corte deu provimento ao recurso especial para condicionar o direito de restituir ou compensar os valores pagos a maior ao cumprimento

Documento eletrônico VDA36996226 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 29/05/2023 16:14:47
Código de Controle do Documento: 1f70aacc-c6ec-4b37-9676-2e2141573dd3

da previsão contida no art. 166 do CTN, ou seja, a prova do não repasse do ônus financeiro a terceiro.

No recurso especial, o Distrito Federal alega ofensa ao art. 166 do CTN, afirmando, em suma, que, para a obtenção da restituição compensação do tributo, faz-se necessário o cumprimento no disposto no referido dispositivo legal.

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial para condicionar o direito de restituir ou compensar os valores pagos a maior ao cumprimento da previsão contida no art. 166 do CTN, ou seja, a prova do não repasse do ônus financeiro a terceiro."

Interposto agravo interno, a parte agravante traz argumentos contrários aos fundamentos da decisão, resumidos nestes termos:

> ... diferentemente do que sustentou o Agravado e do que admitiu a decisão agravada, o ICMS-DIFAL discutido no presente feito não se sujeita ao art. 166 do Código Tributário Nacional (CTN), pois esse tributo não comporta transferência do respectivo encargo financeiro. (...)
>
> Ou seja, o art. 166 do CTN é aplicável ao ICMS destacado nas NF, não ao ICMS-DIFAL, que é informado no campo "Informações Complementares". Portanto, como o encargo financeiro desse último é sempre suportado exclusivamente pelo remetente (no caso, a Agravante), a restituição sempre cabe a esse, sem se sujeitar ao disposto legal mencionado.

É o relatório.

VOTO

O recurso não merece provimento.

A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, pois aplicou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firme no sentido de que, para a obtenção

Documento eletrônico VDA36996226 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 29/05/2023 16:14:47
Código de Controle do Documento: 1f70aacc-c6ec-4b37-9676-2e2141573dd3

de restituição compensação do tributo, faz-se necessária a prova de que não houve repasse do encargo financeiro para terceiro. Nesse sentido, confiram-se:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. COMPENSAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.
>
> I - Na origem, trata-se de ação mandamental em que se questiona, segundo a parte agravante "a restituição do PIS e COFINS incidentes sobre o diferencial da alíquota de 17% para 18% do ICMS". Na sentença, considerou-se que não seria possível o acolhimento do pedido de compensação resultante do diferencial de alíquota de 1% do ICMS, que serviu de base de cálculo para apuração do montante devido a título de PIS e COFINS, no período compreendido entre 1990 e 1997.
>
> II - O Tribunal de origem reconheceu o direito do contribuinte à compensação da diferença de alíquota de ICMS referente à majoração do percentual de 17% para 18% estabelecida pela Lei Paulista. Entendeu o julgador que, para a compensação/restituição do ICMS, não se faz necessária a prova de que houve repasse do encargo financeiro para terceiro, não se aplicando, in casu, o teor do art. 166 do CTN.
>
> III - O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diverso daquele pronunciado pelo acórdão recorrido, no sentido da exigibilidade da prova do repasse do encargo financeiro do tributo ao contribuinte de fato ou de que estaria por este autorizado a pleitear a repetição do indébito. Nesse sentido: AgRg no AREsp 201.055/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 2/10/2012, DJe 9/10/2012; STJ, AgRg no REsp 1.233.729/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013.
>
> IV - Correta, portanto, a decisão recorrida que deu provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional para restaurar a sentença de primeiro grau que julgou improcedente o pedido de compensação do diferencial de alíquota de 1% do ICMS pretendido.
>
> V - Agravo interno improvido.
>
> (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.693.394/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 13/12/2019.)

> TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, MEDIANTE COMPENSAÇÃO, FORMULADO POR COMERCIANTE VAREJISTA. INVIABILIDADE, SALVO QUANDO DEMONSTRAR QUE NÃO HOUVE REPASSE DO ENCARGO AO CONTRIBUINTE DE FATO.
>
> 1. No âmbito do regime de substituição tributária, o comerciante varejista de combustível, substituído tributário, detém legitimidade ativa para questionar a exigência do FINSOCIAL incidente no comércio de derivados de petróleo e álcool etílico hidratado para fins carburantes. Todavia, o direito de pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, depende da demonstração de que o substituído suportou o encargo, não repassando para o preço cobrado do consumidor final.
>
> 2. Embargos de divergência a que se nega provimento.
>
> (EREsp n. 648.288/PE, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 23/8/2006, DJ de 11/9/2006, p. 224.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Documento eletrônico VDA36996226 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 29/05/2023 16:14:47
Código de Controle do Documento: 1f70aacc-c6ec-4b37-9676-2e2141573dd3

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 2.055.172 / DF

Número Registro: 2023/0056665-8 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
07010485820228070018 7010485820228070018

Sessão Virtual de 13/06/2023 a 19/06/2023

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR	:	DIANA DE ALMEIDA RAMOS ARANTES - DF008204
RECORRIDO	:	SOUFER INDUSTRIAL LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO	:	FLÁVIO RICARDO FERREIRA - SP198445

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	SOUFER INDUSTRIAL LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADO	:	FLÁVIO RICARDO FERREIRA - SP198445
AGRAVADO	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	DIANA DE ALMEIDA RAMOS ARANTES - DF008204

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 13/06/2023 a 19/06/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 20 de junho de 2023

Documento eletrônico VDA37347309 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/06/2023 00:21:07
Código de Controle do Documento: 88e10cbe-47df-41e0-bc3c-a31ae4f95b9d

Documento eletrônico VDA37347309 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 20/06/2023 00:21:07
Código de Controle do Documento: 88e10cbe-47df-41e0-bc3c-a31ae4f95b9d