

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.770 - SP (2019/0031793-5)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : KORBACH VOLLET ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : SEBASTIÃO DIAS DE SOUZA - SP098060
ADRIANA APARECIDA ARAÚJO DE SOUZA - SP185138
SOC. de ADV. : ARAUJO E DE SOUZA ADVOGADOS
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AYLTON MARCELO BARBOSA DA SILVA - SP127145

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CAUSA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 85, § 3º, DO CPC/2015.

I – Na origem, trata-se de ação de repetição de indébito de ICMS. Em sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, o juízo de primeira instância julgou improcedentes os pedidos. Na ocasião, apesar de consignar que "o valor da operação relativa a mercadorias dadas como bonificação ou com descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS" entendeu-se que "não há que se falar em repetição de indébito ou compensação" porquanto "não ficou comprovado o atendimento ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, que prevê que "a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la".

II – A jurisprudência desta Corte entende pela inaplicabilidade do disposto no art. 166 do CTN na pretensão de repetição de indébito de ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação, uma vez que nessa espécie de operação não há contraprestação financeira que possa fazer constar o repasse da exação. Precedentes: AgInt no AREsp n. 729.192/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 3/4/2019; AgInt no REsp n. 1.352.948/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira turma, DJe 9/2/2018; REsp n. 1.751.124/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 21/9/2018 e AREsp n. 1.200.057, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 6/2/2018.

III – Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade,

Superior Tribunal de Justiça

dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 15 de agosto de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.770 - SP (2019/0031793-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Korbach Vollet Alimentos Ltda., com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO - DIREITO TRIBUTÁRIO - ICMS - MERCADORIAS CONCEDIDAS EM BONIFICAÇÃO – INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – PRETENSÃO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO – IMPOSSIBILIDADE - PRETENSÃO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS - IMPOSSIBILIDADE. 1. A remessa de mercadorias, em bonificação, não caracteriza o fato gerador do ICMS. 2. Repetição do indébito tributário, indevida, tendo em vista a aplicação e incidência do artigo 166 do CTN. 3. O ICMS é espécie de tributo indireto. 4. A ausência de comprovação da autorização, na hipótese da transferência do encargo financeiro, em favor de terceiros, para a cobrança do montante irregularmente recolhido à Fazenda Estadual, não autoriza o acolhimento da pretendida repetição tributária. 5. Precedentes da jurisprudência do C. STJ e deste E. TJSP. 6. Ação de procedimento ordinário, julgada improcedente. 7. Sentença, ratificada. 8. Recurso de apelação, apresentado pela parte autora, desprovido.

Na origem, trata-se de ação de repetição de indébito de ICMS cujo valor da causa, em agosto de 2014, era de R\$ 527.009,20 (quinhentos e vinte e sete mil, nove reais e vinte centavos).

Em recurso de sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, o Juízo de primeira instância julgou improcedentes os pedidos. Na ocasião, apesar de consignar que "o valor da operação relativa a mercadorias dadas como bonificação ou com descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS" entendeu-se que "não há que se falar em repetição de indébito ou compensação" porquanto "não ficou comprovado o atendimento ao disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional, que prevê que "a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la".

Superior Tribunal de Justiça

Os honorários advocatícios foram arbitrados em desfavor do recorrente, no valor de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), após aplicação do art. 85, § 8º, do CPC/2015.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

No presente recurso especial, o recorrente aponta violação do art. 166 do CTN. Sustenta, em síntese, que, no caso de produtos concedidos em bonificação, não há que se falar em comprovação da assunção do encargo econômico-financeiro do tributo, já que não houve pagamento da mercadoria e, portanto, quem suportou todo o custo foi o próprio recorrente.

Aduz, ainda, malferimento do art. 85, § 3º, do CPC/2015, afirmando que os honorários deveriam ter sido arbitrados conforme os incisos do referido parágrafo e não conforme as previsões do art. 85, § 8º, também do CPC/2015.

Aponta dissídio jurisprudencial.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão, a recorrida aduz a existência dos óbices das Súmulas n. 7 e 83/STJ, bem como 284 e 286/STF. No mérito, afirma que o Tribunal *a quo* aplicou corretamente a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.770 - SP (2019/0031793-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

A jurisprudência desta Corte entende pela inaplicabilidade do disposto no art. 166 do CTN na pretensão de repetição de indébito de ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação, uma vez que nessa espécie de operação não há contraprestação financeira que possa fazer constar o repasse da exação.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DOS VALORES DO TRIBUTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDO. DESNECESSIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO PARANÁ A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A jurisprudência desta Corte entende pela inaplicabilidade do disposto no art. 166 do CTN na pretensão de repetição de indébito de ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação, uma vez que nessa espécie de operação não há contraprestação financeira que possa fazer constar o repasse da exação. Precedentes: AgInt no REsp. 1.352.948/SC, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 9.2.2018; EDcl nos EDcl no REsp. 1.366.622/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 10.9.2013.

2. A análise a respeito da aplicabilidade ou não do art. 166 do CTN para os casos em que se discute repetição de indébito de ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação não depende de apreciação de matéria fático-probatória, pelo que não há falar em incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo Interno do ESTADO DO PARANÁ a que se nega provimento.
(AgInt no AREsp n. 729.192/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 25/3/2019, DJe 3/4/2019.)

TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou a orientação de que as condições para a repetição de indébito de tributo indireto previstas no art. 166 do CTN não são aplicáveis à pretensão voltada a obter a devolução do ICMS recolhido pela circulação de mercadorias dadas em bonificação, tendo em vista que nessa espécie de operação não há contraprestação financeira que possa fazer constar o repasse da exação.

2. Agravo interno não provido, com aplicação de multa.
(AgInt no REsp n. 1.352.948/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira

Superior Tribunal de Justiça

Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 9/2/2018.)

Também esposam do mesmo entendimento as recentes decisões monocráticas: REsp n. 1.751.124/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 21/9/2018 e AREsp n. 1.200.057, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 6/2/2018.

Invertida a decisão, faz-se impositiva a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento de honorários sucumbenciais.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que, nas causas em que a Fazenda Pública for litigante, os honorários advocatícios devem ser fixados observando-se os parâmetros estampados no art. 85, § 2º, *caput* e incisos I a IV, do CPC/2015 e com os percentuais delimitados no § 3º do referido artigo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para declarar o direito à compensação/restituição daquilo que foi pago indevidamente a título de ICMS incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, observada a prescrição quinquenal.

Fixo honorários advocatícios, a incidir sobre o proveito econômico obtido em favor da recorrente, no percentual mínimo estipulado no art. 85, § 3º, I a V, do CPC/2015, sopesado, para a definição do *quantum* ora aplicado, os critérios contidos no § 2º do artigo mencionado.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2019/0031793-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.795.770 / SP**

Números Origem: 00065346220148260650 1247/2014 12472014 65346220148260650

PAUTA: 15/08/2019

JULGADO: 15/08/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : KORBACH VOLLET ALIMENTOS LTDA
ADVOGADOS : SEBASTIÃO DIAS DE SOUZA - SP098060
 ADRIANA APARECIDA ARAÚJO DE SOUZA - SP185138
SOC. de ADV. : ARAUJO E DE SOUZA ADVOGADOS
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : AYLTON MARCELO BARBOSA DA SILVA - SP127145

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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