

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.959.290 - SP (2021/0288964-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : FRICASA ALIMENTOS S/A
ADVOGADOS : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI - SC003210
PRISCILA DALCOMUNI - SC016054

EMENTA

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

1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Especial para declarar o direito à compensação/escrituração daquilo que foi pago indevidamente, pela empresa, a título de ICMS, incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, com atualização pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal.

2. A agravante alega, em síntese: "Como foi apontado nas contrarrazões do recurso especial, não é possível conferir efeitos patrimoniais pretéritos ao caso dos autos – mormente por se tratar de mandado de segurança. Transcreve-se, nesse sentido, os argumentos justificadores da postulação: De outra banda, também não há nenhuma violação à legislação federal ao se negar o reconhecimento do crédito a ser objeto de repetição de indébito ou à compensação contra o Fisco; eis que a discussão se dá por meio de Mandado de Segurança, em que são vedados efeitos patrimoniais sobre período pretérito, conforme sedimentado pelo E. STF com a edição das Súmulas 269 e 271. E isso se justifica dado ao caráter mandamental desta via, que veda decisões de natureza condenatória como a pretendida pelo contribuinte. (...) Tal pretensão não se confunde com a de reconhecimento ao direito à repetição ou compensação de um crédito já constituído, o que se permite pela via Mandamental conforme Súmula 213 editada pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Esse foi, inclusive, o fundamento do acórdão de origem para afastar a pretensão da parte contrária:" (fl. 248, e-STJ).

3. O acórdão recorrido consignou: "Assim, há que se conceder a segurança para reconhecer o direito ao não recolhimento do ICMS nas operações de saída de mercadorias a título de bonificação. Contudo, melhor sorte não assiste a impetrante quanto à possibilidade do creditamento do ICMS diante da declaração de não incidência do ICMS sobre as remessas de bonificação, pois o direito à restituição não é automático, ainda que reconhecida a inexigibilidade do título. Além disso, o pedido de aproveitamento de créditos diz respeito às notas fiscais que a impetrante acostou à inicial do mandado de segurança (fls. 35/53), isto é, trata-se de pedido de creditamento de ICMS em tudo equiparável a pagamento de valores pretéritos, o que, como se sabe, não é excogitável na via mandamental eleita. De fato, deve-se observar o disposto na súmula 271, do C. Supremo Tribunal Federal: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". (...) Ante o exposto, pelo meu

Superior Tribunal de Justiça

voto, dou provimento em parte ao recurso para conceder em parte a segurança postulada, julgando extinto o feito, com apreciação do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar o direito da impetrante a não recolher o ICMS sobre operações de saídas de mercadorias a título de bonificação. Custas na forma da lei. Indevida condenação em honorários advocatícios (conforme artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, Súmula 512 do Excelso Supremo Tribunal Federal e Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça)" (fl. 140-143, e-STJ).

4. Conforme consta na decisão monocrática, o STJ possui jurisprudência no sentido de ser inexigível prova da ausência de repasse, aos consumidores, do custo financeiro com o pagamento do ICMS (art. 166 do CTN), para viabilizar pedido de declaração do direito à compensação (caso dos autos) ou à repetição de indébito tributário, na hipótese de mercadorias dadas em bonificação.

5. Agravo Interno não 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: "'A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 14 de dezembro de 2021(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.959.290 - SP (2021/0288964-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : FRICASA ALIMENTOS S/A
ADVOGADOS : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI - SC003210
PRISCILA DALCOMUNI - SC016054

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Especial para declarar o direito à compensação/escrituração daquilo que foi pago indevidamente, pela empresa, a título de ICMS, incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, com atualização pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal.

A agravante alega, em síntese:

Trata-se de r. decisão que deu provimento ao Recurso Especial da parte contrária para declarar o direito à compensação/escrituração daquilo que foi pago indevidamente, pela empresa, a título de ICMS, incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, com atualização pela taxa SELIC, observada a prescrição quinquenal. Isso porque, segundo o decisum, “O STJ possui jurisprudência no sentido de que não é cabível a exigência de prova da ausência de repasse, aos consumidores, do custo financeiro com o pagamento do ICMS (art. 166 do CTN), para viabilizar pedido de declaração do direito à compensação (caso dos autos) ou à repetição de indébito tributário, na hipótese de mercadorias dadas em bonificação”.

Com a devida vênia, compulsando-se os autos é possível notar que a r. decisão partiu de premissa inexata para chegar à conclusão apontada, fazendo-se necessária a interposição deste agravo interno.

Como foi apontado nas contrarrazões do recurso especial, não é possível conferir efeitos patrimoniais pretéritos ao caso dos autos – mormente por se tratar de mandado de segurança. Transcreve-se, nesse sentido, os argumentos justificadores da postulação:

De outra banda, também não há nenhuma violação à legislação federal ao se negar o reconhecimento do crédito a ser objeto de repetição de indébito ou à compensação contra o Fisco; eis que a discussão se dá por meio de Mandado de Segurança, em que são vedados efeitos patrimoniais sobre período pretérito, conforme sedimentado pelo E. STF com a edição das Súmulas 269 e 271.

E isso se justifica dado ao caráter mandamental desta via, que veda decisões de natureza condenatória como a pretendida pelo contribuinte.

Repito, o que o recorrente pretende é uma norma de caráter

Superior Tribunal de Justiça

condenatório, uma vez que pleiteia o reconhecimento de um crédito em seu favor, o que é totalmente impossível pela via mandamental.

Tal pretensão não se confunde com a de reconhecimento ao direito à repetição ou compensação de um crédito já constituído, o que se permite pela via Mandamental conforme Súmula 213 editada pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Esse foi, inclusive, o fundamento do acórdão de origem para afastar a pretensão da parte contrária: (fl. 248, e-STJ)

Impugnação às fls. 253-263, e-STJ.

É o **relatório**.



Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.959.290 - SP (2021/0288964-8)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : FRICASA ALIMENTOS S/A
ADVOGADOS : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI - SC003210
PRISCILA DALCOMUNI - SC016054

EMENTA

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

1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática que deu provimento ao Recurso Especial para declarar o direito à compensação/escrituração daquilo que foi pago indevidamente, pela empresa, a título de ICMS, incidente sobre as mercadorias dadas em bonificação, com atualização pela taxa Selic, observada a prescrição quinquenal.

2. A agravante alega, em síntese: "Como foi apontado nas contrarrazões do recurso especial, não é possível conferir efeitos patrimoniais pretéritos ao caso dos autos – mormente por se tratar de mandado de segurança. Transcreve-se, nesse sentido, os argumentos justificadores da postulação: De outra banda, também não há nenhuma violação à legislação federal ao se negar o reconhecimento do crédito a ser objeto de repetição de indébito ou à compensação contra o Fisco; eis que a discussão se dá por meio de Mandado de Segurança, em que são vedados efeitos patrimoniais sobre período pretérito, conforme sedimentado pelo E. STF com a edição das Súmulas 269 e 271. E isso se justifica dado ao caráter mandamental desta via, que veda decisões de natureza condenatória como a pretendida pelo contribuinte. (...) Tal pretensão não se confunde com a de reconhecimento ao direito à repetição ou compensação de um crédito já constituído, o que se permite pela via Mandamental conforme Súmula 213 editada pelo E. Superior Tribunal de Justiça. Esse foi, inclusive, o fundamento do acórdão de origem para afastar a pretensão da parte contrária:" (fl. 248, e-STJ).

3. O acórdão recorrido consignou: "Assim, há que se conceder a segurança para reconhecer o direito ao não recolhimento do ICMS nas operações de saída de mercadorias a título de bonificação. Contudo, melhor sorte não assiste a impetrante quanto à possibilidade do creditamento do ICMS diante da declaração de não incidência do ICMS sobre as remessas de bonificação, pois o direito à restituição não é automático, ainda que reconhecida a inexigibilidade do título. Além disso, o pedido de aproveitamento de créditos diz respeito às notas fiscais que a impetrante acostou à inicial do mandado de segurança (fls. 35/53), isto é, trata-se de pedido de creditamento de ICMS em tudo equiparável a pagamento de valores pretéritos, o que, como se sabe, não é excogitável na via mandamental eleita. De fato, deve-se observar o disposto na súmula 271, do C. Supremo Tribunal Federal: "Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria". (...) Ante o exposto, pelo meu

voto, dou provimento em parte ao recurso para conceder em parte a segurança postulada, julgando extinto o feito, com apreciação do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar o direito da impetrante a não recolher o ICMS sobre operações de saídas de mercadorias a título de bonificação. Custas na forma da lei. Indevida condenação em honorários advocatícios (conforme artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, Súmula 512 do Excelso Supremo Tribunal Federal e Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça)" (fl. 140-143, e-STJ).

4. Conforme consta na decisão monocrática, o STJ possui jurisprudência no sentido de se inexigível prova da ausência de repasse, aos consumidores, do custo financeiro com o pagamento do ICMS (art. 166 do CTN), para viabilizar pedido de declaração do direito à compensação (caso dos autos) ou à repetição de indébito tributário, na hipótese de mercadorias dadas em bonificação.

5. Agravo Interno não provido.



VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 29.11.2021.

O acórdão recorrido consignou:

Assim, há que se conceder a segurança para reconhecer o direito ao não recolhimento do ICMS nas operações de saída de mercadorias a título de bonificação.

Contudo, melhor sorte não assiste a impetrante quanto à possibilidade do creditamento do ICMS diante da declaração de não incidência do ICMS sobre as remessas de bonificação, pois o direito à restituição não é automático, ainda que reconhecida a inexigibilidade do título.

Além disso, o pedido de aproveitamento de créditos diz respeito às notas fiscais que a impetrante acostou à inicial do mandado de segurança (fls. 35/53), isto é, trata-se de pedido de creditamento de ICMS em tudo equiparável a pagamento de valores pretéritos, o que, como se sabe, não é excogitável na via mandamental eleita.

De fato, deve-se observar o disposto na súmula 271, do C. Supremo Tribunal Federal: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

(...)

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento em parte ao recurso para conceder em parte a segurança postulada, julgando extinto o feito, com apreciação do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, para declarar o direito da impetrante a não recolher o ICMS sobre operações de saídas de mercadorias a título de bonificação. Custas na forma da lei. Indevida condenação em honorários advocatícios (conforme artigo 25 da Lei nº 12.016/2009, Súmula 512 do Excelso Supremo Tribunal Federal e Súmula 105 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça). (fl. 140-143, e-STJ)

Conforme consta na decisão monocrática, o STJ possui jurisprudência no sentido de que não é cabível a exigência de prova da ausência de repasse, aos consumidores, do custo financeiro com o pagamento do ICMS (art. 166 do CTN), para viabilizar pedido de declaração do direito à compensação (caso dos autos) ou à repetição de indébito tributário, na hipótese de mercadorias dadas em bonificação.

Cito os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM

Superior Tribunal de Justiça

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 1.352.948/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/02/2018).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. 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 NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. REEDIÇÃO DAS ALEGAÇÕES ANTERIORES. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA FAZENDA ESTADUAL REJEITADOS.

1. O acolhimento de Embargos de Declaração depende da presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, sem o que a decisão embargada é de ser mantida por todos os seus fundamentos.

2. Não se presta este recurso 'sui generis' à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da Embargante.

3. A Turma concluiu que, na hipótese específica de mercadorias dadas em bonificação, a prova da repercussão é desnecessária, porque é a própria empresa que arca, nesses casos, não só com o valor da mercadoria dada em bonificação, como, por óbvio, dos impostos eventualmente incidentes; assim, se a mercadoria foi dada em bonificação, ou seja, foi entregue sem o pagamento de qualquer quantia pelo contribuinte final, e se sobre essas não incide ICMS (não configura fato gerador tributário), como já assentou esta Corte de Justiça, ausentes estão os pressupostos para a atração do art. 166 do CTN, constituindo um contra-senso exigir-se a prova da não repercussão para permitir o creditamento ou a repetição do ICMS indevidamente cobrado.

4. Embargos Declaratórios rejeitados.

(EDcl nos EDcl no REsp 1.366.622/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/09/2013).

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

Superior Tribunal de Justiça

É como **voto**.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2021/0288964-8

**AgInt no
REsp 1.959.290 / SP**

Número Origem: 10048903920198260053

PAUTA: 14/12/2021

JULGADO: 14/12/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SAMANTHA CHANTAL DOBROWOLSKI**

Secretária

Bela. **VALÉRIA RODRIGUES SOARES**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRICASA ALIMENTOS S/A
ADVOGADOS : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI - SC003210
PRISCILA DALCOMUNI - SC016054
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : FRICASA ALIMENTOS S/A
ADVOGADOS : JOÃO JOAQUIM MARTINELLI - SC003210
PRISCILA DALCOMUNI - SC016054

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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