

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 105.387 - RS (2011/0245407-7)**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Trata-se de agravo interposto por [REDACTED] contra decisão que inadmitiu recurso especial, o qual desafia acórdão que, em sede de embargos infringentes, tomado por maioria de votos (4x3), confirmou o juízo de procedência parcial de pedido de ação rescisória fundado em violação à literal disposição do art. 166 do CTN, em razão de a decisão rescindenda ter admitido a compensação (por creditamento) de ICMS, que indevidamente incidiu sobre mercadorias dadas em bonificação sem a comprovação de que não houve o repasse econômico do tributo.

O acórdão ora recorrido recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 316):

**EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSITIVO DE LEI CONFIGURADA.**

Havendo posição sedimentada ao STJ quando do julgamento da ação rescindenda, no sentido da prova de falta de repasse do encargo econômico para a repetição de indébito, resta configurada violação à literal dispositivo de lei em julgamento que assegura o direito à compensação, na escrita fiscal, do ICMS pago a maior, sem comprovação da referida exigência legal, não merecendo reparo a procedência da rescisória no ponto.

Precedentes do TJRS e STJ.

**Embargos infringentes desacolhidos, por maioria.**

Rejeitados os aclaratórios (e-STJ fls. 347/352).

No apelo nobre (e-STJ fls. 357/369), a recorrente apontou violação dos arts. 165, 458, II, 485, V, e 535, I e II, do CPC/1973 e 166 do CTN. Sustentou, em resumo, que: *(a)* o acórdão recorrido é nulo, porquanto não sanou os vícios suscitados nos embargos de declaração; *(b)* não está caracterizada a violação à literal disposição de lei, pois não é possível exigir prova de repercussão do tributo (ICMS) quando não há entrega de recursos, justificada pela graciousidade que configura a bonificação; e *(c)* os precedentes que ampararam o afastamento do óbice estampado na Súmula 343 do STF não se aplicam ao caso dos autos, já que não tratam de mercadorias dadas em bonificação.

Contrarrazões às e-STJ fls. 378/389, nas quais a Fazenda estadual aduziu, preliminarmente, a aplicação da Súmula 284 do STF, ao argumento de que as razões recursais não guardariam "correspondência lógico-material com o v. acórdão vergastado" (e-STJ fls. 379), e, no mérito, defendeu a manutenção do acórdão recorrido, com o reconhecimento da violação literal da lei (art. 166 do CTN), não sendo o caso de aplicação da Súmula 343 do STF.

O Tribunal de origem, às e-STJ fls. 392/397, obistou o recurso especial por entender: inócurrenre a alegada violação dos arts. 165, 458 e 535 do CPC/1973, é inviável discutir outra questão federal (art. 166 do CTN) que não aquela diretamente ligada à demanda rescisória e inaplicável a Súmula 343 do STF na espécie, fundamentação com a qual não concorda a agravante (e-STJ fls. 401/420).

# *Superior Tribunal de Justiça*

Contraminuta às e-STJ fls. 424/428, em que o ente público pede pelo não conhecimento do agravo, nos termos da Súmula 182 do STJ.

É o relatório.



**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 105.387 - RS (2011/0245407-7)**

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015, dispositivo de ordem procedimental que, por representar importante instrumento que prestigia os princípios da economia e da celeridade processuais, também pode ser aplicado aos agravos ainda interpostos sob a égide do "Código Buzaid", conforme entendimento majoritário desta Primeira Turma assentado no julgamento AREsp 851.938/RS, de minha relatoria, publicado no DJe de 09/08/2016.

É cediço que, segundo o Enunciado Administrativo n. 2, do Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

Isso considerado, em razão da preliminar aventada pela Fazenda Pública, registro que a empresa, no agravo em recurso especial, impugnou especificamente todos os fundamentos que respaldaram a decisão *a quo*, identificados no relatório, não sendo o caso de aplicação do art. 544, § 4º, I, do CPC/1973 nem da Súmula 182 do STJ.

Passo, doravante, à análise do recurso especial, o qual, a meu sentir, também deve ser conhecido, porquanto suas razões, diversamente do alegado nas contrarrazões, mostram-se pertinentes ao juízo de reforma do acórdão recorrido, uma vez que buscam alterar a conclusão deste sobre o cabimento da ação rescisória em comento por violação à lei (art. 485, V, do CPC/1973), notadamente à luz do que dispõe a Súmula 343 do STF, razão por que afasto a preliminar relativa à aplicação da Súmula 284 do STF.

A par disso, a irresignação recursal trata de questão de direito suficientemente enfrentada pela instância de origem, inexistindo entrave ao exame do mérito, tratado na aludida peça.

Pois bem.

Violação aos arts. 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/1973 não há, uma vez que, no acórdão recorrido, o Tribunal foi suficientemente claro ao expor as razões pelas quais decidiu pela procedência da ação rescisória, pois, no seu entendimento, o provimento da decisão rescindenda que concedera a compensação, por creditamento, de tributo indireto (ICMS) sem a comprovação do não repasse econômico do tributo violou a literalidade do art. 166 do CTN e contrariou a jurisprudência há muito sedimentada no âmbito desta Corte Superior, o que motivou o afastamento da aplicação da Súmula 343 do STF.

Frise-se que o fato de o indébito reclamado derivar de incidência do

# Superior Tribunal de Justiça

ICMS sobre mercadorias dadas em bonificação foi expressamente registrado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fl. 319) e efetivamente considerado tanto no julgamento da ação rescisória quanto nos respectivos embargos infringentes, sendo esse, inclusive, o objeto da divergência ocorrida em tais julgamentos.

Quanto ao juízo de reforma, melhor sorte socorre a recorrente.

Como cediço, a admissão de ação rescisória ajuizada com fulcro no art. 485, V, do CPC/1973 pressupõe a demonstração clara e inequívoca de que a decisão de mérito impugnada tenha contrariado a literalidade do dispositivo legal suscitado, atribuindo-lhe interpretação jurídica absolutamente insustentável.

Acresço, ainda, que a adoção, pela decisão rescindenda, de tese jurídica razoável, ainda que não fosse a melhor, não enseja a desconstituição da coisa julgada, mormente se fundada em disposição legal de interpretação controvertida nos tribunais, consoante inteligência da Súmula 343 do STF.

É verdade, entretanto, que esse verbete de súmula pode ser afastado quando demonstrado que, à época em que prolatado o acórdão rescindendo, já havia jurisprudência pacífica sob o tema no âmbito das cortes superiores.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 458, V, DO CPC. ACIDENTE DE TRABALHO. AUXÍLIO SUPLEMENTAR. TEMPUS REGIT ACTUM. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA À ÉPOCA DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. SÚMULA 343/STF. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada por Érico José Dutra contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com fundamento no artigo 485, V, do CPC, visando à desconstituição de acórdão que julgou improcedente o pedido inicial, concedendo o benefício da auxílio suplementar de acordo com o previsto na legislação aplicável ao caso em análise - Lei 6.367/1976.

2. A violação à lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC, deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade, e não ocorrerá esta violação literal se a interpretação for razoável ou se havia, à época da decisão rescindenda, polêmica ou divergência jurisprudencial.

3. No acórdão rescindendo, entre as possíveis interpretações existentes à época, o Tribunal acabou por utilizar-se da interpretação do STF, que foi consolidada posteriormente em ambas as Cortes Superiores, de forma que não há que falar em violação a literal disposição de lei no acórdão rescindendo a ensejar a Ação Rescisória. Neste caso, inafastável a aplicação da Súmula 343/STF.

4. E ainda, o entendimento da Corte local de que a Ação Rescisória no presente caso é simples tentativa de rediscussão da matéria, não se mostrando viável como sucedâneo recursal, está em conformidade com a jurisprudência do STJ.

5. Recurso Especial não provido (REsp 1661614/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 17/05/2017).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. ACÓRDÃO RESCINDENDO PROFERIDO QUANDO JÁ ESTAVA PACIFICADO O ENTENDIMENTO, NO ÂMBITO

# Superior Tribunal de Justiça

DO STJ, DE QUE AS PORTARIAS 38/86 E 45/86 DO DNAEE SÃO ILEGAIS. INAPLICÁVEL O ÓBICE DA SÚMULA 343/STF.

1. À época da prolação da sentença rescindenda, já era pacífica a jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção no sentido de que a ilicitude das Portarias 38/86 e 45/86, do DNAEE, que majoraram a tarifa de energia elétrica em período de congelamento de preços instituído pelos Decretos-Lei 2.283/86 e 2.284/86, não contaminou os reajustes futuros, ocorridos após a edição da Portaria DNAEE 153, de 26 de novembro de 1986.

2. Para que a interpretação de dispositivo infraconstitucional seja considerada pacificada no âmbito desta Corte, não é necessário que a tese tenha sido objeto de enunciado de súmula ou submetida à sistemática dos recursos repetitivos, bastando, para tanto, a ausência de divergência de entendimentos entre os órgãos competentes para o julgamento da causa.

3. Segundo a consolidada jurisprudência desta Corte, é admissível "o recurso especial, interposto em sede de rescisória baseada no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em que se impugnem os fundamentos do acórdão rescindendo" (REsp 517.220/RN, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/08/2012, DJe 23/11/2012) 4. Agravos regimentais da CEMIG DISTRIBUIÇÃO S.A e da LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S.A. a que se nega provimento (AgRg no REsp 1395440/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 09/03/2017).

No caso em comento, o julgado monocrático rescindendo, no qual, em 25/06/2008, o relator, em sede de remessa necessária, confirmou a sentença concessiva em que, acerca da presente controvérsia, apenas se consignou que a compensação postulada era possível, desde que devidamente comprovados os valores recolhidos indevidamente, por meio de liquidação de sentença (e-STJ fl. 112).

Já o fundamento condutor pelo qual o acórdão recorrido considerou procedente o pedido da ação rescisória é o de que o julgado rescindendo não observou a jurisprudência então consolidada no âmbito deste Sodalício quanto à necessidade de observância da condição preconizada pelo art. 166 do CTN – comprovação do não repasse econômico ou autorização daquele que o suportou – para fins de repetição de imposto indireto. Veja-se (e-STJ fls. 319 e seguintes):

Quanto ao mérito, encaminho o voto no sentido de desacolher os embargos infringentes, visto que a razão está com a douta maioria, nos termos do voto proferido pela Relatora, a em. Des.<sup>a</sup> Maria Isabel de Azevedo de Souza, que, com a devida vênia, ora segue com a fundamentação colacionada em parte como razões de decidir, observado o objeto do recurso:

"(...)

*4. Compensação. Repercussão. Cabe, então, proceder ao exame da alegação de que a decisão, ao reconhecer o direito de compensar o ICMS pago a maior, nos últimos cinco anos, pela inclusão, na base de cálculo, do valor das mercadorias objeto da bonificação, por meio de creditamento na escrita fiscal viola o artigo 166 do Código Tributário Nacional.*

*Com a máxima vênia, o entendimento adotado na decisão rescindenda ofende, literalmente, o artigo 166 do Código Tributário Nacional que condiciona a repetição dos tributos indiretos à prova da assunção do encargo econômico do tributo ou a autorização do terceiro. De outra parte, não se trata de matéria controvertida nos Tribunais, vez que, ao tempo da decisão rescindenda, em 25 de junho 2008, de há muito havia assentado o Superior Tribunal de Justiça – há precedentes que remontam a 2001 – que a compensação de ICMS pago a maior por meio de creditamento na escrita fiscal se constitui em repetição que exige prova da falta de repasse dos*

# Superior Tribunal de Justiça

encargos econômicos pelo contribuinte, nos termos do artigo 166 do Código Tributário Nacional, conforme se lê dos seguintes precedentes:

AgRg no Ag n.º 365.142/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 24/09/2001, p. 257:

[...]

REsp n.º 440.300/SP, Relator Ministro Luiz Fux, a Primeira Turma, publicado no DJ de 09/12/2002, p. 302:

[...]

AGA n.º 437.657, SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, em 22/09/2003:

[...]

REsp n.º 472162/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, a Segunda Turma, publicado no DJ de 09/02/2004, p. 157:

[...]

Do ano de 2004, há, ainda, os seguintes precedentes: AgRg no Ag 452.588/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, publicado no DJ de 05/04/2004, p. 205. AgRg no REsp n.º 422.855/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Franciulli Netto, publicado no DJ de 30.08.2004, p. 241, AgRg no Ag n.º 582272/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 08/11/2004, p. 172.

[...]

REsp n.º 493.902/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, publicado no DJ de 06/06/2005, p. 256:

[...]

Ainda de 2005, RMS n.º 18.619/ES, Relator Ministro Castro Meira, publicado no DJ de 12/09/2005, p. 259 e o REsp n.º 787.547/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 13/02/2006.

REsp n.º 443.766/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 03/08/2006, publicado no DJ de 18/08/2006, p. 364:

[...]

Em 17 de outubro de 2006, a Primeira Turma, no julgamento do RMS n. 22.333/PA, Relator Ministro José Delgado, publicado no DJ de 07/11/2006, p. 230, assim decidiu:

[...]

Em 2007, no mesmo sentido também já decidiu a Segurança Turma, no julgamento do REsp n.º 840045/RJ, Relator Ministro Castro Meira, em 21 de agosto de 2007, publicado no DJ de 31/08/2007, p. 226:

[...]

Em 06 de dezembro de 2007, no julgamento do AgRg no Ag 856.006/SP, Relator Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, em 06/12/2007, publicado no DJ de 17/12/2007, p. 12:

[...]

AgRg no Ag n.º 910.440/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, publicado no DJ de 21/02/2008, p. 42:

[...]

REsp n.º 766.862/SP, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1º de abril de 2008, publicado no DJ de 30/05/2008:

[...]

Tal posicionamento perdura até hoje, de que é exemplo o julgamento proferido no AgRg no EREsp n.º 997.244/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Seção, julgado em 11 de março de 2009, publicado no DJ de 06/04/2009, assim ementado:

[...]

Tratando-se, portanto, de jurisprudência há muito consolidada do Superior Tribunal de Justiça não incide o óbice da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal. Impõe-se, portanto, reconhecer ter sido violado o artigo 166 do Código Tributário Nacional, porque o reconhecimento do direito à compensação dependia da prova da falta de repasse.

Ante o exposto, julga-se procedente, em parte, a ação para desconstituir, em

# Superior Tribunal de Justiça

*parte, a decisão rescindenda a reformar, em parte, a sentença em reexame necessário. (...)*

Por tais fundamentos, desacolho os embargos infringentes.

Ocorre que, depois de conferir cada um dos precedentes desta Corte Superior utilizados pelo acórdão recorrido para fins de afastar a aplicação da Súmula 343 do STF, constatei que nenhum deles cuida de pedido de compensação de indébito de ICMS incidente sobre mercadorias dadas em bonificação, versando a maioria deles sobre indébito desse imposto estadual relativo à indevida majoração de alíquota.

Por ostentar peculiaridade não sopesada em nenhum dos arestos indicados, de que não há contraprestação financeira alguma em relação às mercadorias dadas em bonificação, a ensejar a possibilidade de repasse do encargo financeiro do tributo indevidamente cobrado do contribuinte de direito (vendedor), não é possível chegar à conclusão de que a decisão rescindenda tenha afrontado a jurisprudência do STJ então firmada acerca da aplicação do art. 166 do CTN.

Registro, por fim, que a dispensa da providência preconizada no art. 166 do CTN para o reconhecimento do direito à repetição do indébito de ICMS no caso específico das bonificações não pode ser considerada como manifestamente ilegal, notadamente se considerado que a Primeira Turma já reconheceu a inexistência do repasse do encargo econômico do tributo para essas situações, por ocasião do julgamento do REsp 1.366.622/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no DJe 20/05/2013, e assim sintetizado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC INEXISTENTE. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. ESPÉCIE DE DESCONTO INCONDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL. ART. 13 DA LC 87/96. NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. RESP. 1.111.156/SP, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 22.10.2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RES. 8/STJ. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO DOS VALORES DO TRIBUTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. DESNECESSIDADE DA PROVA DA REPERCUSSÃO JURÍDICA. INAPLICABILIDADE DO ART. 166 DO CTN NO CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Cuidam os autos de ação objetivando a declaração de não incidência do ICMS sobre operações de saída de mercadorias a título de bonificação e, conseqüentemente, o direito de se creditar de valores que, nos últimos dez anos, recolheu a esse título.

2. O acórdão do TJSP deu parcial provimento a Apelação da autora para, na esteira da jurisprudência desta Corte firmada em recurso representativo de controvérsia (REsp. 1.111.156/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ 22.10.2009), afirmar que o valor das mercadorias dadas a título de bonificação não integra a base de cálculo do ICMS, afastando a limitação imposta na sentença que concedeu a exclusão até a entrada em vigor da Lei Estadual 10.616/2000; todavia, também proveu a remessa oficial, para negar o pedido de creditamento, ante a necessidade de comprovação da não repercussão, nos termos do art. 166 do CTN.

3. No tocante ao art. 535, I do CPC, inexistente a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade, apenas externando entendimento contrário à tese defendida pela recorrente.

4. Em tese e normalmente, os tributos ditos indiretos, como o são o ICMS e o IPI, ou seja aqueles que, por sua própria natureza comportam a transferência do

# Superior Tribunal de Justiça

encargo financeiro, são feitos obrigatoriamente para repercutir; conseqüentemente, no caso de repetição ou compensação, exige-se a prova da não repercussão, para se evitar o enriquecimento sem causa de quem não suportou efetivamente o pagamento da exação.

5. **Todavia, a configuração dessa repercussão jurídica, acha-se condicionada à verificação de alguns fatores, principalmente que o negócio jurídico bilateral configure fato gerador do gravame repercutido, e que este gravame esteja embutido no preço e destacado na nota fiscal respectiva; dest'arte, seguindo essa linha de raciocínio, 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 qualquer tributo (não configura fato gerador tributário), como já assentou essa 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.** (Grifo adicionado).

6. Em nenhum momento dos autos, seja por parte da Fazenda Estadual ou do Tribunal Estadual cogitou-se de que as vendas bonificadas sujeitam-se ao regime de substituição tributária, o que poderia motivar outra espécie de discussão.

7. No caso dos autos, a ação foi proposta em 08.06.2001 (fls. 03); dest'arte, deverá ser observada a sistemática anterior à vigência da LC 118/05, que impõe o prazo decadencial de cinco anos para a homologação da constituição do crédito tributário operada pelo assim chamado autolancamento, bem como o prazo prescricional de cinco anos para o exercício do direito de ação (tese dos cinco mais cinco anos) (RE 566.621/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 11.10.2011, julgado sob o regime de repercussão geral).

8. Recurso Especial provido para julgar procedente o pedido inicial, reconhecendo o direito da recorrente ao creditamento dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS em saídas bonificadas, condenando a recorrida ao pagamento das custas e despesas processuais (respeitada a imunidade da Fazenda em relação àquelas) e honorários advocatícios no valor de R\$ 20.000,00.

Dessa forma, não sendo possível concluir que o provimento alcançado pela decisão rescindenda seja flagrantemente ilegal ou tenha contrariado a jurisprudência desta Corte Superior existente à época em que proferida, é incabível a ação rescisória, na exegese da Súmula 343 do STF.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para DAR PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de julgar inadmissível a ação rescisória, na parte relativa à alegada violação literal do art. 166 do CTN.

O provimento do recurso especial implica sucumbência integral da parte autora, motivo pelo qual, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/1973, condeno a Fazenda estadual ao pagamento de honorários advocatícios de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ponderando, para tanto, a natureza mandamental da demanda originária, a complexidade e o longo tempo de duração desta ação rescisória.

É como voto.