

07/04/2009

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 584.364-4 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA
EMBARGANTE(S) : DROGAL FARMACÊUTICA LTDA
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ VICENTE CÊRA JUNIOR E OUTRO(A/S)
EMBARGADO(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - MONICA M R Z FERREIRA LIMA

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. LEI PAULISTA N. 6.556/89. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. Interposição simultânea de recurso especial e extraordinário: desnecessidade de aguardar o julgamento do recurso especial quando não são admitidos ambos os recursos. Precedente.

2. Pretensão de crédito do tributo recolhido a maior. Ausência de demonstração de que o tributo pago a maior não fora repassado ao consumidor: impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas. Pretensão recursal não amparada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, em **converter os embargos de declaração no agravo de instrumento em agravo regimental no agravo de instrumento, mas lhe negar provimento**, nos termos do voto da Relatora. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 7 de abril de 2009.

Ministra CÂRMEN LÚCIA

- Relatora



07/04/2009

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 584.364-4 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
EMBARGANTE(S) : DROGAL FARMACÊUTICA LTDA
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ VICENTE CÊRA JUNIOR E OUTRO(A/S)
EMBARGADO(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO(A/S) : PGE-SP - MONICA M R Z FERREIRA LIMA

R E L A T Ó R I O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Em 20 de dezembro de 2007, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto por Drogal Farmacêutica Ltda. contra decisão que não admitiu recurso extraordinário contra julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual indeferiu pedido de restituição de tributo pago a maior.

A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

"(...) 4. O Tribunal de origem concluiu que a ora Agravante não comprovou ter suportado o ônus financeiro do tributo cobrado indevidamente. Concluir de forma diversa demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que não é viável em recurso extraordinário (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal).

5. Além disso, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a controvérsia quanto à repetição ou compensação dos valores pagos a maior em razão da majoração indevida de alíquota de ICMS é de natureza infraconstitucional, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

AI 584.364-ED / SP

No mesmo sentido, o AI 564.266-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 30.3.2007:

'AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. LEI 6.556/1989 DO ESTADO DE SÃO PAULO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA, DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL, VEDADA NA VIA EXTRAORDINÁRIA. A discussão a respeito da repetição ou compensação da diferença paga a maior em virtude da majoração da alíquota do ICMS paulista tem natureza infraconstitucional. Vedada, portanto, a via extraordinária. Agravo regimental a que se nega provimento'.

E:

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA COM VINCULAÇÃO DA RECEITA A ÓRGÃO ESPECÍFICO. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO OU RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. O Plenário deste Tribunal pacificou entendimento no sentido de que a majoração de alíquota de ICMS com vinculação da respectiva receita a órgão específico viola o disposto no artigo 167, IV, da Constituição do Brasil. 2. A pretensão da agravante a respeito da compensação ou da restituição do indevido deve ser discutida no juízo da execução ou em ação autônoma de repetição do indébito, tendo em vista que essa discussão envolveria análise de matéria infraconstitucional, mais precisamente a análise do artigo 166 do CTN, o que não pode ser feito em sede de recurso extraordinário. 3. Agravo regimental a que se nega provimento' (AI 674.731-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 19.12.2007).

E, ainda: AI 536.927-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.2.2006; AI 488.016-AgR, Rel. Min. Eros Grau,

AI 584.364-ED / SP

Primeira Turma, DJ 8.4.2005; e RE 335.463-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003.

6. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da parte agravante.

7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)" (fls. 171-173).

2. Publicada essa decisão no DJe de 19.2.2008 (fl. 174), opõe Drogal Farmacêutica Ltda., ora Embargante, em 25.2.2008, tempestivamente, Embargos de Declaração (fls. 176-185; 188-198).

3. Alega a Embargante que, "antes de adentrar no mérito do presente recurso, mister se faz esclarecer e informar que, juntamente com o recurso extraordinário interposto, Agravante interpôs também o competente recurso especial (...) e somente após o julgamento do recurso especial, e desde que não fosse prejudicado o recurso extraordinário, o processo deveria ser encaminhado para este STF, para processamento e julgamento do recurso extraordinário " (fl. 190).

Argumenta, também, que "o presente feito trata de questão unicamente de direito (creditamento de ICMS declarado inconstitucional por este Egr. STF), estando os fatos - efetivo pagamento indevido - comprovados no momento da distribuição da ação, não sendo objeto de impugnação da parte contrária" (fl. 191).

Requer sejam acolhidos os embargos de declaração.

É o relatório.

AI 584.364-ED / SP

V O T O**A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Recebo os embargos de declaração e converto-os em agravo regimental (Pet 1.245-ED-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.5.1998; e RE 195.578-ED. Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 23.8.1996).

2. Razão jurídica não assiste à Agravante.

3. Na espécie vertente, o Tribunal de origem não reconheceu o direito da Agravante ao crédito do tributo recolhido a maior, em razão de não ter sido demonstrado que o valor não fora repassado ao consumidor final.

4. Como assentado na decisão agravada, para se concluir de forma diversa, seria necessária a análise da legislação infraconstitucional. Assim, a pretensa ofensa à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta.

5. Ademais, para o deslinde da matéria posta à apreciação judicial, as instâncias originárias examinaram os elementos probatórios dos autos, que não podem ser reexaminados na via extraordinária, conforme a Súmula 279 do Supremo Tribunal.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. LEI 6.556/1989 DO ESTADO DE SÃO PAULO. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA, DE 17% PARA 18%. INCONSTITUCIONALIDADE. REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR. DISCUSSÃO INFRACONSTITUCIONAL, VEDADA NA VIA EXTRAORDINÁRIA. A discussão a respeito da repetição ou compensação da diferença paga a maior em virtude da majoração da alíquota do ICMS paulista tem natureza infraconstitucional. Vedada, portanto, a via extraordinária. Agravo regimental a que

AI 584.364-ED / SP

se nega provimento" (AI 564.226-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 30.3.2007).

E:

"Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. ICMS. Aproveitamentos de valores pagos. Acórdão do Tribunal de origem que decidiu pela ausência de provas da titularidade do crédito. Reexame de fatos e provas. Súmula 279 do STF. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. 3. Efeitos infringentes. Inviabilidade por meio dos embargos de declaração. 4. Embargos de declaração rejeitados" (AI 470.304-AgR-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJE 29.2.2008).

6. É de se anotar, também, que, não demonstrada a ausência de repasse do tributo pago a maior ao consumidor, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não ampara a pretensão recursal. Confira-se o seguinte precedente:

"ICMS: ausência de prova de inexistência de repasse ao consumidor final da diferença decorrente de majoração da alíquota: incidência, a contrario sensu, da Súmula 546: 'Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo" (AI 600.929-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 3.8.2007).

7. Ressalte-se, ao final, que não prospera a alegação da Agravante de que se deveria aguardar o julgamento do recurso especial para, depois, julgar o agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu o extraordinário.

AI 584.364-ED / SP

Em caso análogo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que "o art. 543, § 1º, do Código de Processo Civil, que impõe o julgamento prévio do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça somente se aplica, nos termos do que disposto no caput do artigo, quando os recursos especial e extraordinário são admitidos (...)" (AI 490.433-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 25.8.2006), o que não se deu na espécie.

8. Os fundamentos da Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

9. Pelo exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

07/04/2009

PRIMEIRA TURMA**EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 584.364-4 SÃO PAULO**

À revisão de apertes dos Senhores Ministros Cármen Lúcia (Relatora) e Carlos Britto (Presidente).

VOTO

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, eu tenho dito sempre aqui que matéria de dano moral não é matéria para ir ao Supremo, até é tipicamente infraconstitucional. Eu agora estou colocando em cada despacho que essa matéria, por si mesma, não é constitucional. Se houvesse questionamento sobre o cabimento do dano moral em conjunto com dano estético, ou com dano material, seria; mas examinar dano moral, isso é matéria que esgota no STJ.

nil

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - No STJ, exatamente.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE) - Também acho. Há apenas, na Constituição, em matéria de crime contra honra, a referência à proporcionalidade, só isso.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Mas a proporcionalidade é matéria de Direito, de prova, situação concreta.

nil

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE) - Perfeito. Ou seja, o parâmetro da proporcionalidade depende do quadro empírico.

AI 584.364-ED / SP

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Isso vem em conjunto, porque, agora, com o Código Civil novo, a responsabilidade civil, no caso da fixação do dano, também tendeu a obedecer o propósito da proporcionalidade. É uma matéria tipicamente infraconstitucional.

instit

A SRA. MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Tipicamente de legislação infraconstitucional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (PRESIDENTE) - E
Vossa Excelência está certo.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 584.364-4

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA

EMBE.(S) : DROGAL FARMACÊUTICA LTDA

ADV.(A/S) : JOSÉ VICENTE CÊRA JUNIOR E OUTRO (A/S)

EMBDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : PGE-SP - MONICA M R Z FERREIRA LIMA

Decisão: A Turma converteu os embargos de declaração no agravo de instrumento em agravo regimental no agravo de instrumento, mas lhe negou provimento, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª. Turma, 07.04.2009.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ricardo Dias Duarte
Coordenador