

## Crédito de ICMS estornado após sentença judicial não gera indenização

Uma empresa que comprou embalagens com ICMS embutido no preço e se sentiu prejudicada porque o fisco estornou os créditos correspondentes ao imposto pago — em razão de posterior decisão judicial que afastou a tributação — não pode ter pretender que seu prejuízo seja reparado pela fornecedora das embalagens. Ela poderia acionar o fisco, mas não a empresa vendedora. O entendimento é do ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça.

Ele reconheceu que a fornecedora agiu regularmente ao incluir o ICMS na operação de venda, mesmo que, posteriormente, em ação judicial movida por ela, a cobrança do imposto tenha sido considerada indevida. Após a decisão que afastou a incidência do ICMS sobre venda de embalagens plásticas personalizadas, o fisco estadual voltou-se contra a compradora, exigindo o estorno do valor creditado, o que gerou ação de indenização desta empresa contra a fornecedora.

Na origem do caso, Freitag Bauermann e Companhia adquiriu da Mercur embalagens plásticas personalizadas para acondicionamento de seus produtos. No entanto, não foi informada pela fornecedora sobre a ação judicial manejada por ela, em que pedia a não incidência de ICMS sobre a venda das embalagens plásticas, com depósito em juízo do valor do tributo.

A Freitag disse que se apropriou dos créditos de ICMS lançados nas notas fiscais das embalagens personalizadas que adquiriu e, após a procedência da ação e o levantamento dos depósitos judiciais pela Mercur, foi surpreendida com o lançamento do imposto pelo fisco estadual. Sustentou que, apesar da interposição de recurso administrativo, em razão da conduta da Mercur, foi obrigada pelo fisco a estornar os valores creditados e a recolher o imposto com acréscimos legais, o que lhe acarretou dano patrimonial.

### Prejuízo

Em primeiro grau, a ação indenizatória movida pela Freitag contra a Mercur foi julgada extinta sem resolução de mérito, por ilegitimidade da ré. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou a decisão, reconhecendo a legitimidade passiva da Mercur. Decidiu que o comportamento da fornecedora gerou prejuízo à compradora, que pagou o ICMS embutido no preço do produto, mas não pode usar o crédito correspondente.

Segundo o TJ-RS, a Freitag Bauermann tem o direito de tentar reaver da ré os valores referentes ao ICMS a que se creditara e que, posteriormente, se viu obrigada a repassar ao fisco.

O TJ-RS entendeu que não é devido o dano moral. Para o tribunal gaúcho, “o dano moral deve ter aplicação restritiva, reservada àquelas situações que efetivamente tragam dano ao ofendido, sob pena de banalizar o instituto criado com nítido caráter reparatório, além de punitivo”.

A Mercur interpôs recurso especial no STJ, que não foi admitido. Apresentou, então, agravo para que o próprio STJ decidisse sobre a admissibilidade. Sustentou que “à época da compra e venda das

embalagens ainda não havia decisão transitada em julgado referente à não incidência o ICMS”, sendo obrigada a emitir nota fiscal e destacar o imposto, de acordo com regra do Código Tributário Nacional e do regulamento do ICMS.

Defendeu, ainda, que os créditos eram legítimos à época de seu aproveitamento, de maneira que a fazenda estadual não poderia exigir o estorno posterior, na forma do entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 772.842, julgado em 2009. A Freitag Bauermann também recorreu (recurso especial adesivo), pleiteando os danos morais.

O ministro Luis Felipe Salomão, ao decidir o caso, lembrou que a Súmula 156 do STJ estabelece a não incidência do ICMS na venda de embalagens personalizadas. O relator recordou também que o STJ já concluiu pela impossibilidade de o fisco estadual, em tais hipóteses, estornar os créditos do ICMS e exigir os valores dos adquirentes das embalagens personalizadas — no caso, da empresa Freitag Bauermann.

Assim, o ministro concluiu que o ato que efetivamente causou prejuízo à empresa demandante foi o estorno do creditamento do ICMS e o lançamento do tributo pelo fisco estadual. “A insurgência da empresa autora deveria ter sido direcionada em face da fazenda do estado, fosse para impugnar o estorno dos créditos, fosse para repetir o indébito, na via processual própria”, afirmou.

O ministro Salomão disse, ainda, que não houve ato ilícito por parte da Mercur, uma vez que a inclusão do ICMS na operação se deu de acordo com norma tributária válida à época da transação. Com isso, o ministro deu provimento ao recurso da Mercur para julgar improcedente a ação indenizatória.

*Com informações da Assessoria de Imprensa do STJ.*

## **AREsp 122928**

### **Date Created**

14/12/2012