



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

Apelação Cível n. 0732365-71.2019.8.02.0001
ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias
3ª Câmara Cível

Relator: Des. Domingos de Araújo Lima Neto

Apelante : Auto Posto Pioneiro Ltda.

Advogado : José Carlos Delgado Lima Junior (OAB: 33753/PE)

Advogado : Wesley Ricardo Bento (OAB: 18566/DF)

Apelado : Diretor Geral da Receita do Estado de Alagoas

Apelado : Estado de Alagoas

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADICIONAL DE IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇOS - ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL N. 6.558/2004 E DECRETO N. 2.845/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO ÓRGÃO PLENÁRIO EM INCIDENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NA ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 494 DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO INDEVIDA. ILEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE DIREITO. NÃO DEMONSTRADO O REPASSE DO ENCARGO TRIBUTÁRIO AO CONSUMIDOR FINAL. ARTIGO 166 DO CTN. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos autos de n. 0732365-71.2019.8.02.0001 em que figuram como parte recorrente Auto Posto Pioneiro Ltda. e como parte recorrida Estado de Alagoas, Diretor Geral da Receita do Estado de Alagoas, ACORDAM os membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas, à unanimidade de votos, em **CONHECER** do recurso e, no mérito, em idêntica votação, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, tudo nos termos do voto do relator. Participaram deste julgamento os Desembargadores constantes na certidão *retro*.

Maceió, 04 de março de 2021.

Des. Domingos de Araújo Lima Neto
Relator



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

Apelação Cível n. 0732365-71.2019.8.02.0001
ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias
3ª Câmara Cível

Relator: Des. Domingos de Araújo Lima Neto

Apelante : Auto Posto Pioneiro Ltda.

Advogados : José Carlos Delgado Lima Junior (OAB: 33753/PE) e outro

Apelado : Diretor Geral da Receita do Estado de Alagoas

Apelado : Estado de Alagoas

RELATÓRIO

1 Trata-se de recurso de apelação interposto por Auto Posto Pioneiro, em face de sentença proferida pelo juízo da 18ª Vara Cível da Capital/Fazenda Estadual (fls. 77/83) que, em sede de mandado de segurança, denegou a segurança requerida.

2 Em suas razões recursais (fls. 93/108), a apelante alega a inconstitucionalidade material da lei estadual n. 6.558/04 e do Decreto n. 2.845/05, que estabelece cobrança de 2% (dois por cento) sobre o ICMS, destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOEP), em razão de se considerar combustíveis como supérfluos. Defende que os referidos itens são imprescindíveis na vida contemporânea. Destaca também a inconstitucionalidade das referidas normas, pois vincula imposto a um fundo, indo de encontro com o art. 167, IV, da CF.

3 Assevera também a inconstitucionalidade formal, sob o fundamento de que foi fixada alíquota por meio de decreto, o que fere o princípio da estrita legalidade, ante a exigência de lei complementar. Suscita que é competência exclusiva da União definir quais são os produtos supérfluos passíveis de tributação, além da necessidade do Senado Federal emitir resolução para determinar a alíquota de ICMS e, operação interestaduais.

4 Por fim, destaca que possui o direito à repetição do indébito referente à cobrança discutida nestes autos e pleiteia o conhecimento e provimento do presente recurso.



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

5 O Estado de Alagoas apresentou contrarrazões (fls. 115/137) na qual sustenta, preliminarmente, a ausência de impugnação específica da sentença, ofendendo ao princípio da dialeticidade recursal.

6 Aduz, ainda, que a lei n. 6.558/2004 não pode ser tida por inconstitucional já que todos os seus dispositivos vêm normatizar em âmbito local as determinações positivadas na CF/88 como objetivos sociais e que inexistente violação à legalidade e anterioridade tributárias, não podendo o Poder Judiciário estabelecer qual produto se enquadra como supérfluo.

7 Defende, ainda, a constitucionalidade formal do decreto que apenas operacionaliza o fundo instituído pela lei estadual n. 6.558/2004, defendendo a competência do Estado para legislar sobre a referida matéria. Alfim, requer o não provimento do recurso de apelação.

8 Deixo de encaminhar os autos à Procuradoria Geral de Justiça, eis que o representante ministerial, no juízo *a quo*, deixou de opinar no feito, por entender desnecessária sua intervenção (fls. 74/76).

9 É o relatório.



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

VOTO

10 *Ab initio*, entendo que o recurso de apelação, ora analisado, observou o princípio da dialeticidade recursal, eis que suas teses iniciais não foram acolhidas na sentença, devolvendo a esse juízo *ad quem* toda a matéria suscitada, a fim de que o *decisum* seja reformado. Nesse sentido, entendo que o apelo preencheu o requisito da regularidade formal.

11 Assim, preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do presente apelo e passo a sua análise.

12 Na hipótese dos autos, observa-se que Auto Posto Pioneiro impetrou mandado de segurança, com o objetivo de cessar a cobrança do adicional de 2% de ICMS previsto na Lei Estadual nº 6.558/2004 do Estado de Alagoas, sob o fundamento da inconstitucionalidade do art. 2º, VIII, do decreto n. 2.845/05 e, por conseguinte, reconhecido o direito à repetição do indébito tributário decorrente da exação, tendo obtido pronunciamento judicial no sentido já relatado.

13 Eis que a controvérsia recursal se refere na discussão sobre (i)legalidade da cobrança do adicional de ICMS, previsto em lei estadual supostamente inconstitucionalidade.

14 Pois bem.

15 Em 30 de agosto de 2016, o órgão plenário desta Corte de Justiça julgou procedente o incidente de arguição de inconstitucionalidade n. 0500066-33.2016.8.02.0000, declarando a inconstitucionalidade do art. 2º, VIII, do decreto n. 2.845/05, veja-se ementa:

TRIBUTÁRIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INCISO I, ALÍNEA H, DA LEI ESTADUAL Nº 6.558/2004 E DO ART. 2º, INCISO VIII, DO DECRETO Nº 2.845/05, QUE DETERMINARAM A INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA MAJORADA SOBRE ÁLCOOL E GASOLINA PARA



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

AUTOMÓVEIS. PRODUTO QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO SUPÉRFLUO. INOBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 82, §1º, DO ADCT/CRFB. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CONFIGURADA. ARGUIÇÃO JULGADA PROCEDENTE. MAIORIA DE VOTOS.

(TJ/AL. Relator (a): Des. Fábio José Bittencourt Araújo; Comarca: Foro de Maceió; Órgão julgador: 16ª Vara Cível da Capital / Fazenda Estadual; Data do julgamento: 30/08/2016; Data de registro: 30/08/2016)

16 Considerando a previsão do parágrafo único do art. 949 do CPC, de que os *"órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão"*, aplico o entendimento firmado no referido incidente, por entender pela inconstitucionalidade material dos referidos dispositivos legais, o que se observa por certidão de julgamento à fl. 91 dos autos da arguição.

17 Desta feita, merece reparos tal capítulo da sentença, uma vez que resta inconstitucional, materialmente, o art. 2º, inciso VIII, do decreto n. 2.845/05. Ademais, em razão da declaração de inconstitucionalidade material das normas, desnecessário se faz analisar a inconstitucionalidade formal alegada pelo apelante.

18 Passo à análise do pleito recursal de repetição de indébito tributário.

19 O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS se caracteriza por ser um tributo indireto, uma vez que o ônus econômico repercutirá na esfera jurídica de um terceiro – contribuinte de fato, não sendo onerado pela exação o contribuinte de direito.

20 No que toca a tributos desta natureza, o Código Tributário dispõe que o contribuinte de direito somente fará *jus* à restituição quando provar nos autos que efetivamente assumiu o encargo econômico, abstendo-se de incluí-lo no preço de suas operações de mercado; ou quando obtiver do contribuinte de fato (consumidor ou



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

terceiro na relação tributária) a autorização para pleitear a restituição em juízo, *in verbis*:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

21 Destaque-se que o intuito do legislador foi de vedar o enriquecimento sem causa do contribuinte de direito, não havendo que se falar em repetição de um tributo se o ônus financeiro não recai sobre quem o pleiteia, mas, sobre os consumidores, contribuintes de fato.

22 Nesse sentido, o STJ entende que o comerciante varejista de combustível somente figura como parte legítima *ad causam* para pleitear a repetição do indébito tributário se demonstrar que não houve o repasse do encargo tributário ao consumidor final, o que não é a hipótese dos autos. Senão veja-se por ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166 DO CTN. APLICABILIDADE. PROVA DA REPERCUSSÃO FINANCEIRA. QUESTÃO ATRELADA A MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Tratando-se de tributo indireto, a exemplo do ICMS, a legitimidade ativa para a ação de repetição de indébito pertence, em regra, ao contribuinte de fato. Permitir o ressarcimento do imposto por aquele que não arcou com o respectivo ônus financeiro caracteriza enriquecimento ilícito desse último. Para que a empresa possa pleitear a restituição, deve preencher os requisitos do art. 166 do CTN, quais sejam, comprovar que assumiu o encargo financeiro do tributo ou que, transferindo-o a terceiro, possui autorização expressa para tanto.

2. No caso, a Corte de origem concluiu que não houve a comprovação de que o autor da demanda arcou com o encargo financeiro do



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

tributo, o que impossibilita o pedido de restituição. Rever esse posicionamento da instância ordinária requer a análise do contexto fático-probatório da lide, o que está obstado pela Súmula 07/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1237418 / RS; 2ª Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; DJe 12/02/2015 grifos e negrito não constam do original) (grifei)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARTIGO DE LEI APONTADO COMO VIOLADO NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMERCIANTE VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL REGIME ANTERIOR À LEI 9.990/2000. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO NÃO-REPASSE AO CONSUMIDOR FINAL. SÚMULA 7/STJ.

1. A matéria inserta no art. 515 do Código de Processo Civil não foi enfrentada pelo acórdão de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, pelo que é de rigor a aplicação da Súmula 211 do STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento dos EREsp. 648.288/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, decidiu que, no âmbito do regime de substituição tributária, a empresa varejista - substituída - detém legitimidade ativa para questionar a exigência dos tributos incidentes no comércio de combustíveis. Consolidou ainda o entendimento de que, para pleitear a repetição do indébito, mediante restituição ou compensação, a substituída deve demonstrar que suportou o encargo, não o repassando para o preço cobrado do consumidor final.

3. Na hipótese dos autos, a sentença e o acórdão recorrido consignaram a ausência de prova do não repasse do encargo tributário ao consumidor final, sendo insuficiente para infirmar tal fundamento a afirmação recursal de que a venda da mercadoria ocorreu por preço inferior ao estimado. Rever a decisão das instâncias ordinárias esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1324836/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014) (grifei)

23 Com efeito, o apelante não demonstrou que não houve o repasse do



Tribunal de Justiça
Gabinete do Des. Domingos de Araújo Lima Neto

encargo tributário ao consumidor final, nem que recebeu qualquer autorização para cobrar a repetição do indébito judicialmente, motivo pelo qual entendo que este pleito recursal não deve prosperar, devendo ser mantida a sentença neste capítulo.

24 Do exposto, **CONHEÇO** do recurso para, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, no sentido de reformar em parte a sentença, para conceder parcialmente a segurança pleiteiada, para declarar a inexistência de relação jurídica tributária em relação à cobrança decorrente do art. 2º, VIII, do decreto n. 2.845/05, ante à sua inconstitucionalidade material declarada incidentalmente.

25 É como voto.

26 Após o decurso do prazo, não havendo irresignação de quaisquer das partes e cumpridas todas as determinações contidas no presente julgamento, dê-se baixa ao juízo de origem.

Maceió, 04 de março de 2021.

Des. Domingos de Araújo Lima Neto
Relator