

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 388.881 - MG (2001/0064951-3)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : MAURÍCIO BHERING ANDRADE E OUTRO(S) - MG041457
AGRAVADO : AUTO PASSOS LTDA
ADVOGADO : WALTER MELO VASCONCELOS BARBARA - MG048120

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO REAL INFERIOR À PRESUMIDA. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, §3º, DO CPC/1973 (ART. 1.040, II, DO CPC/2015).

I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849/MG, firmou a tese de que: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

II - Agravo regimental improvido. Art. 543-b do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

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, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 388.881 - MG (2001/0064951-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:

Trata-se de agravo interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais contra a decisão que inadmitiu o recurso especial aviado contra o acórdão que confirmou a sentença de primeiro grau, concessiva de mandado de segurança, em que se pleiteou "a compensação de seus créditos em virtude de pagamento de ICMS a maior em função da não realização da base de cálculo presumida".

Irresignada, a agravante interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, sob o argumento de que houve violação aos arts. 1º da Lei n. 1.533/51 e 8º, § 3º, da Lei Complementar n. 87/96, afirmando, em síntese, que o feito dependia de dilação probatória não sendo cognoscível o *mandamus* e, no mérito, que a restituição pretendida pelo contribuinte somente estaria viabilizada acaso não se realizasse o fato gerador presumido, não se enquadrando nessa hipótese a venda de veículos por valor diferente da base de cálculo adotada pela lei para o regime de substituição tributária.

O recurso especial foi inadmitido com base nas Súmulas n. 282 e 283 do STF.

No agravo o recorrente tratou de enfrentar a decisão de inadmissão e ainda repisou os termos do recurso especial.

Analisando a questão, o saudoso Ministro Franciulli Netto negou provimento ao recurso sob o seguinte fundamento, *in verbis*:

A jurisprudência dominante desta Corte Superior encontra-se em harmonia com o v. aresto hostilizado, no sentido de que, a partir da edição da Lei Complementar n. 87/96, o contribuinte substituído está legitimado para requerer a repetição do ICMS pago a maior, em regime de "*substituição tributária para frente*", quando o preço estimado é superior ao valor efetivo da operação, sob pena de se cobrar mais do que o devido, para o que não há previsão constitucional.

Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, interposto agravo regimental, o entendimento foi revisto, conforme se deduz do acórdão abaixo ementado, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR – IMPOSSIBILIDADE - DIREITO SUPERVENIENTE – ADIN 1.851-4/AL – EFICÁCIA *ERGA OMNES* E EFEITO VINCULANTE DA DECISÃO.

Em matéria de substituição tributária progressiva, também conhecida como substituição tributária para frente, inúmeros julgados deste Sodalício abraçaram a tese de que, a partir da edição da Lei Complementar n. 87/96, pode o contribuinte requerer a repetição/compensação do ICMS pago a maior quando o preço estimado da venda da mercadoria é superior ao valor efetivo da operação. A esse respeito, confira-se, dentre outros, o RMS n. 10.425/GO, DJU 02.10.00, relatado por este Magistrado.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na assentada de 08 de maio de 2002, firmou entendimento contrário à orientação até então adotada no âmbito da egrégia Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851-4/AL, Relator Ministro Ilmar Galvão, entendeu a Excelsa Corte, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária para frente apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de “*compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação*”.

Agravo regimental provido, a fim de que seja dado provimento ao recurso especial, para reconhecer ser inviável a compensação ou repetição da diferença dos valores pagos a maior, na hipótese de substituição tributária progressiva, restringindo-se a restituição mencionada apenas às hipóteses em que o fato gerador não ocorrer.

O recurso extraordinário interposto foi dirigido ao Supremo Tribunal Federal que determinou o retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para os fins do art. 543-B do CPC/1973.

Retornando os autos a esta Corte Superior, foi determinado o sobrestamento do recurso extraordinário até o julgamento pelo STF do RE 593.849/MG e, adiante, após o julgamento do referido recurso extraordinário, a Presidente do STJ, verificando o julgamento

Superior Tribunal de Justiça

do referido representativo da controvérsia, determinou a remessa ao órgão colegiado prolator da decisão para exercer o juízo de retratação previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015 (fls. 334-336).

É o relatório.



AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 388.881 - MG (2001/0064951-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR):

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 593.849/MG, sob a sistemática da repercussão geral (Tema n. 201), firmou a tese de que "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

O julgado acima referido foi assim ementado, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.

3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da Superior Tribunal de Justiça igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.

4. O modo de raciocinar "tipificante" na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.

5. De acordo com o art. 150, § 7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.

6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei

Superior Tribunal de Justiça

6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento." (RE 593.849, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, DJe 5/4/2017).

Ante o exposto, em juízo de retratação, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



