

# Superior Tribunal de Justiça

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.880 - PR (2013/0343194-3)

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : KIBEBIDAS COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA  
**ADVOGADO** : MERIANE DA GRAÇA SANDER E OUTRO(S) - PR018765  
**RECORRIDO** : ESTADO DO PARANÁ  
**PROCURADOR** : MANUELA DÓREA LEAL E OUTRO(S) - PR061847

### EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2 DO STJ. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E A BASE DE CÁLCULO REAL. POSSIBILIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 593.849). RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Publicado o acórdão proferido pelo STF em sede de repercussão geral, aplicam-se os efeitos do artigo 1.040, II, do CPC/2015), retornando os autos para novo exame.
2. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 593.849, fixou tese no sentido 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".
3. Juízo de retratação exercido, na forma do art. 1.040, II, do CPC/2015, para dar provimento ao recurso especial.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.880 - PR (2013/0343194-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**  
**RECORRENTE** : KIBEBIDAS COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA  
**ADVOGADO** : MERIANE DA GRAÇA SANDER E OUTRO(S) - PR018765  
**RECORRIDO** : ESTADO DO PARANÁ  
**PROCURADOR** : MANUELA DÓREA LEAL E OUTRO(S) - PR061847

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Em razão do disposto no art. 1.030, II, do CPC/2015, passa-se à nova apreciação do recurso especial, no que concerne à questão relativa à possibilidade de restituição da diferença de ICMS pago a mais no regime de substituição tributária.

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO DECLARATÓRIA. RESTITUIÇÃO DE ICMS PAGO A MAIOR. TRIBUTO INDIRETO. AUSÊNCIA DE PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO FINANCEIRA DO TRIBUTO OU DA AUTORIZAÇÃO DO CONTRIBUINTE DE FATO. ARTIGO 166 DO CTN. ILEGITIMIDADE ATIVA. SENTENÇAS MANTIDAS.  
Recurso não provido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, a recorrente aponta ofensa aos arts. 165 e 166 do CTN, c/c o art. 3º, § 7º, do Decreto-Lei 406/68, alegando, em síntese, que: (a) no Estado do Paraná há expressa previsão no direito local quanto à possibilidade de recuperação do imposto, não apenas quando não ocorre o fato gerador, mas também quando retido o imposto em valor diverso do praticado na operação; (b) faz jus à repetição do indébito, nos termos do art. 165, I, do CTN; (c) o art. 166 do CTN não se aplica ao caso, pois, nos casos em que o contribuinte pleiteia o reconhecimento da possibilidade de creditamento, em virtude da realização do fato gerador, com base de cálculo inferior à presumida, impede-se a transferência do imposto no preço, haja vista que o valor da operação mercantil é menor do que a base de cálculo considerada na incidência do ICMS.

Em suas contrarrazões, o Estado do Paraná pugna pela manutenção do aresto atacado.

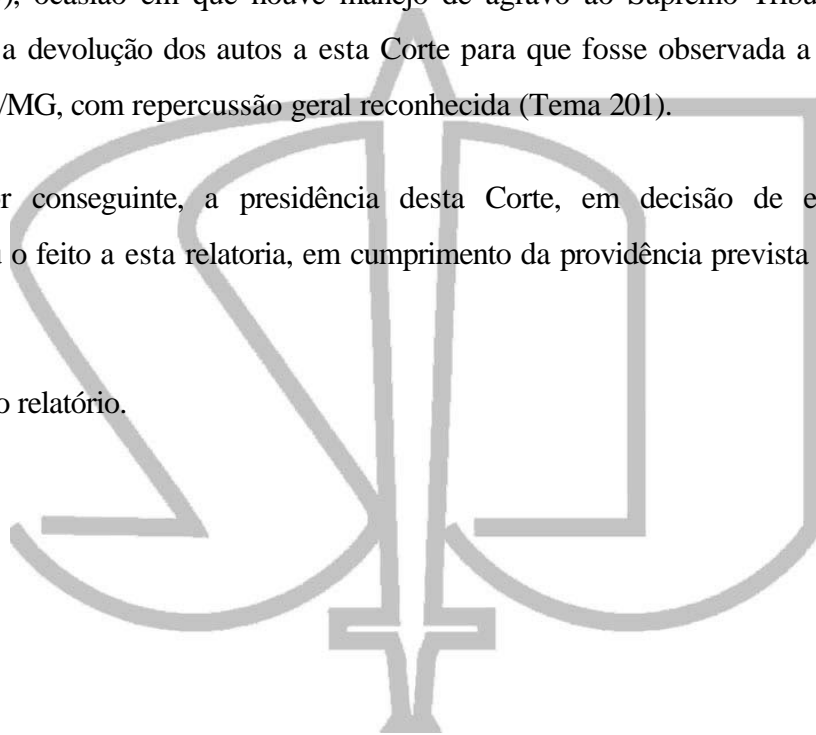
# *Superior Tribunal de Justiça*

O presente recurso teve seu provimento negado em relação ao mérito, em decisão de e-STJ fls. 509/511, posteriormente confirmada por julgamento colegiado desta Segunda Turma, em sede de agravo regimental, às e-STJ fls. 534/538, reafirmando a tese da impossibilidade de restituição da diferença entre o imposto pago em substituição tributária pra frente sobre a base de cálculo presumida e aquele que seria devido em caso da venda realizada por preço inferior.

A recorrente interpôs recurso extraordinário ao qual foi negada admissibilidade (e-STJ fls. 568/569), ocasião em que houve manejo de agravo ao Supremo Tribunal Federal, o qual determinou a devolução dos autos a esta Corte para que fosse observada a decisão do STF no RE 593.849/MG, com repercussão geral reconhecida (Tema 201).

Por conseguinte, a presidência desta Corte, em decisão de e-STJ fls. 616/619, encaminhou o feito a esta relatoria, em cumprimento da providência prevista no art. 1.030, II, do CPC/2015.

É o relatório.



**RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.880 - PR (2013/0343194-3)**  
**EMENTA**

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2 DO STJ. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E A BASE DE CÁLCULO REAL. POSSIBILIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 593.849). RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Publicado o acórdão proferido pelo STF em sede de repercussão geral, aplicam-se os efeitos do artigo 1.040, II, do CPC/2015), retornando os autos para novo exame.

2. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 593.849, fixou tese no sentido 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".

3. Juízo de retratação exercido, na forma do art. 1.040, II, do CPC/2015, para dar provimento ao recurso especial.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):**

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 2/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."

O reexame do recurso limita-se à adequação à tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, nos estritos termos do inciso II do art. 1.040 do CPC/2015, somente sendo possível decidir questões ainda não enfrentadas cuja análise tenha se tornado necessária em razão do juízo de retratação exercido, consoante o disposto no §§ 1º e 2º do art. 1.041 do CPC/2015.

Com efeito, o tema relativo à possibilidade de restituição do excesso de ICMS recolhido por substituição tributária para frente quando a base de cálculo real for inferior à base de cálculo

presumida foi definitivamente julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, consoante a seguinte ementa:

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 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 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, Acórdão eletrônico repercussão geral – mérito DJe-065, divulgado em 30/3/2017, publicado em 31/3/2017, republicação: DJe-068, divulgado em 4/4/2017, publicado em 5/4/2017.)

Assim, por ocasião do referido julgado, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE nº 593.849, fixou tese no sentido 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”.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Ante o exposto, deve ser exercido o juízo de retratação previsto no art. 1.040, II, do CPC/2015, para dar provimento ao presente recurso especial, nos termos da fundamentação.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0343194-3      **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.421.880 / PR**

Números Origem: 3152794 6493896 649389602

PAUTA: 19/06/2018

JULGADO: 19/06/2018

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : KIBEBIDAS COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA  
ADVOGADO : MERIANE DA GRAÇA SANDER E OUTRO(S) - PR018765  
RECORRIDO : ESTADO DO PARANÁ  
PROCURADOR : MANUELA DÓREA LEAL E OUTRO(S) - PR061847

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadorias

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Francisco Falcão (Presidente), Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.