

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.922 - SP (2013/0060257-8)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DENISE FERREIRA DE OLIVEIRA CHEID E OUTRO(S)
AGRAVADO : N RIGHI JR AUTO POSTO
ADVOGADO : SÉRGIO RICARDO MARQUES GONÇALVES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto por FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso especial interposto com o objetivo de reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 304, e-STJ):

"MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração visando o creditamento e a transferência do imposto retido em face do sistema de substituição tributária, decorrente do recolhimento feito a maior (art. 150, § 7º, da CF) - Preliminares afastadas - Transferência dos créditos ao contribuinte, fundada no artigo 150, § 7º da Constituição Federal e do artigo 248, caput, do RICMS, bem como sua utilização em operações pretéritas e futuras de ICMS, sem as limitações impostas pelo Decreto nº 41.643/97, alterado pelos Decretos Estaduais ns. 42.039/1997, 43.853/1999 e 45.900/2000, além das Portarias CAT ns. 17/1999 e 63/1999 - Inaplicabilidade do art. 170-A do CTN - Preliminares rejeitadas, improvido o recurso da Fazenda Pública e desacolhido o reexame necessário, observada a prescrição quinquenal e sem prejuízo da fiscalização fazendária."

A decisão agravada não conheceu do recurso especial do agravante, nos termos da seguinte ementa (fl. 484, e-STJ):

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E PREFERENCIAL DO ICMS. POSSIBILIDADE. ESTADO DE SÃO PAULO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. DESCABIMENTO. SÚMULA 280/STF. EXAME DE

Superior Tribunal de Justiça

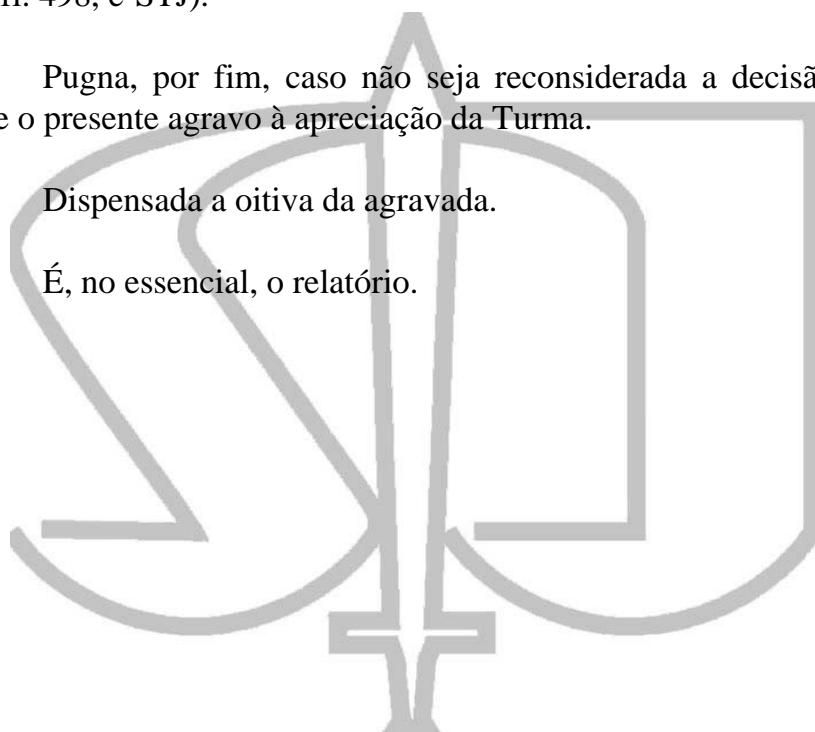
DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO."

Aduz a agravante que "*o fato do Estado de São Paulo não ter sido signatário do Convênio n. 13/97, impugnado na ADI n. 1.851, não tem o condão de afastar o efeito vinculante e erga omnes da interpretação dada pelo Plenário do STF, no bojo dessa ação, ao art. 150, § 7º da CF, no sentido de delimitar o alcance da restituição de valores somente aos casos de não ocorrência do fato gerador*" (fl. 498, e-STJ).

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.371.922 - SP (2013/0060257-8)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ADI N. 1.851/AL DO STF. ESTADO DE SÃO PAULO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL, entendeu que o contribuinte somente tem direito à restituição de valores recolhidos de ICMS no regime de substituição tributária na hipótese de não ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida. Entretanto, a jurisprudência do STJ, na aplicação da orientação do STF na mencionada ADI, entendeu que o referido entendimento não se aplica aos Estados não signatários do Convênio 13/97, a exemplo: São Paulo. Precedentes.

2. No caso de São Paulo, a restituição do imposto pago a maior, na hipótese em que a base de cálculo real é inferior à presumida, é possível. Todavia, tal restituição não é imediata e automática, pois há no Estado legislação específica determinando a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS. Assim, não compete ao STJ analisar a forma da restituição, a teor da aplicação analógica da Súmula 280 do STF.

3. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a apreciação de suposta violação do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF.

Agravo regimental improvido.

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS
(Relator):**

Não merecem prosperar as alegações da agravante.

Conforme demonstrado na decisão agravada, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851/AL, no qual o STF entendeu que o contribuinte somente tem direito à restituição de valores recolhidos de ICMS no

Superior Tribunal de Justiça

regime de substituição tributária na hipótese de não ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida, não se aplica aos Estados não signatários do Convênio n. 13/97, como é o caso do Estado de São Paulo.

Confira-se:

"TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. ADI 1.851/AL. INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE SÃO PAULO. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO."

1. *Consoante entendimento da Primeira Seção desta Corte, não se aplica a ADI 1.851/AL ao Estado de São Paulo, por não ser signatário do Convênio n. 13/97. Precedente: EREsp 773.213/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 20.11.06.*

2. *Agravo regimental não-provido."*

(AgRg no REsp 1034573/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 06/02/2009.)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ADI N. 1.851/AL DO STF. ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96. NÃO OCORRÊNCIA. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E PREFERENCIAL DO ICMS-ST. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ."

1. *O STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL, entendeu que o contribuinte somente tem direito à restituição de valores recolhidos de ICMS no regime de substituição tributária na hipótese de não ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida. Entretanto, a jurisprudência do STJ, na aplicação da orientação do STF na mencionada ADI, entendeu que o referido entendimento não se aplica aos Estados não signatários do Convênio 13/97, a exemplo: São Paulo. Precedentes.*

2. *No caso de São Paulo, a restituição do imposto pago a maior, na hipótese em que a base de cálculo real é inferior à presumida, é possível. Todavia, tal restituição não é imediata e automática, pois há no Estado de São Paulo legislação específica*

Superior Tribunal de Justiça

determinando a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS-ST (art. 66-B da Lei Estadual n. 6.374/89). Assim, não compete ao STJ analisar a forma da restituição, a teor da aplicação analógica da Súmula 280 do STF.

3. Não cabe ao STJ, em recurso especial, a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do STF.

4. Descumprido o necessário e indispensável exame dos dispositivos de lei invocados pelo acórdão recorrido apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

"Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1368013/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 9/4/2013, DJe 15/4/2013.)

Assim, a restituição do imposto pago a maior, nos casos em que a base de cálculo real é inferior à presumida, é possível. Contudo, tal restituição não é imediata e automática; deve ser observada a legislação estadual pertinente, que prevê o respectivo procedimento administrativo para a restituição do valor de ICMS pago a maior. Porém, não compete ao STJ analisar a forma da restituição estabelecida mediante legislação estadual, a teor do que dispõe a Súmula 280 do STF.

A propósito:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA ADI N° 1.851/AL DO STF. ESTADO DE SÃO PAULO NÃO SIGNATÁRIO DO CONVÊNIO ICMS 13/97. PRECEDENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI COMPLEMENTAR N° 87/96. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. AFERIÇÃO DE LEGISLAÇÃO LOCAL ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 280/STF. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E PREFERENCIAL DO ICMS-ST. FALTA DE EMBASAMENTO LEGAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA COM O CASO DOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. O STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

Superior Tribunal de Justiça

1.851/AL, entendeu que o contribuinte somente tem direito à restituição de valores recolhidos de ICMS no regime de substituição tributária na hipótese de não-ocorrência do fato gerador, ainda que o preço de venda tenha sido inferior à base de cálculo presumida. Entretanto a jurisprudência do STJ, na aplicação da orientação do STF na mencionada ADI, entendeu que o referido entendimento não se aplica aos Estados não signatários do Convênio nº 13/97, como é o caso de São Paulo.

2. O art. 10, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96 exige a formulação do pedido de restituição do ICMS, não sendo suficiente a emissão de uma nota fiscal de resarcimento elaborada unilateralmente pelo contribuinte.

3. Havendo legislação específica no Estado de São Paulo determinando a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS-ST (art. 66-B da Lei Estadual nº 6.374/89), não compete ao STJ analisar a forma da restituição, a teor da aplicação análogica da Súmula 280 do STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

4. O art. 10 da Lei Complementar nº 87/96, ao assegurar ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do ICMS pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar, não estabelece que tal restituição deve ser levada a efeito de forma imediata e preferencial, mas sim que, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

5. A alegada divergência jurisprudencial deve ser demonstrada mediante identificação clara do dissídio entre os casos confrontados, visto que a simples transcrição de ementas não é suficiente para a comprovação da discordância entre os julgados de diferentes Tribunais. No caso concreto, a recorrente aponta julgados que não guardam similitude fático-jurídica com o caso dos autos.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovrido.

(REsp 900315/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 23/09/2010.)

Ademais, a previsão de restituição imediata e preferencial, acolhida pelo acórdão e impugnada pela recorrente, está prevista no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, de forma que sua análise, também, não compete a este Tribunal, sob pena de usurpação da competência do STF.

Superior Tribunal de Justiça

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS RECOLHIDO SOB A SISTEMÁTICA DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VALOR DA OPERAÇÃO REAL INFERIOR À PRESUMIDA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO IMEDIATA E PREFERENCIAL. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF.

1. A tese de violação ao artigo 10 da Lei Complementar 87/96 não pode ser apreciada, tendo em vista que o acórdão recorrido solucionou a controvérsia à luz de fundamento eminentemente constitucional, asseverando que, sob o regime da substituição tributária progressiva instituído pelo artigo 150, § 7º, da CF/88, o direito de restituição se limita aos casos em que o fato gerador presumido não se realiza.

2. Verifica-se, também, que o deslinde da controvérsia reclama a análise da legislação paulista, quais sejam, os arts. 66-B, da Lei 6.374/89, Lei 9.176/95, Decreto 41.653/97, Decreto 42.039/97 e Decreto 43.853/99, o que faz incidir, por analogia, o óbice da Súmula 280/STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 73.519/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/3/2013, DJe 25/3/2013.)

Desse modo, sem argumento capaz de modificar a decisão agravada, mantenho-a por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator