



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.038.391 - SP (2007/0125626-4)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
AGRAVANTE : POSTO JENNER LTDA
ADVOGADO : JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO E OUTRO(S)

EMENTA

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. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília, 22 de novembro de 2011

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.038.391 - SP (2007/0125626-4)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
AGRAVANTE : POSTO JENNER LTDA
ADVOGADO : JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de agravo regimental (fls. 949-968) interposto contra decisão cuja ementa é a seguinte:

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. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (fl. 923)

Sustenta o agravante, em suma, que a matéria discutida nos autos não é de índole constitucional e o óbice da Súmula 280/STF deve ser afastado, pois "é evidente que o acórdão atacado, ao negar a restituição do ICMS, contraria e nega vigência ao quanto expressamente estabelecido no artigo 10 da Lei Complementar 87/96" (fl. 951). Alega, ainda, que há precedentes do STJ que determinam a não aplicação do decidido pelo STF na ADIN 1851/AL aos Estados não signatários do Convênio 13/1997.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.038.391 - SP (2007/0125626-4)

RELATOR : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
AGRAVANTE : POSTO JENNER LTDA
ADVOGADO : JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO E OUTRO(S)

EMENTA

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. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. A decisão agravada é do seguinte teor:

2. 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. É o que se extrai do seguinte excerto:

O art. 155, § 2º, XII, letra "b", da Constituição Federal admite a substituição tributária, atribuindo a sua disciplina à lei complementar.

O § 7º do artigo 150 da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional 3, de 17/3/1993, dispõe que "A lei pode atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido".

(...)

A impetrante sustenta que a base de cálculo presumida é sempre superior àquela efetivamente praticada, razão pela qual o excesso deverá ser restituído a ela, contribuinte substituída, de forma imediata e preferencial.

Entretanto, o que a norma constitucional garante é a "imediata e preferencial restituição" para o caso de não se efetivar o fato gerador presumido. (fls. 32-33)

Esta Corte, em diversas decisões, vem declarando a inviabilidade do conhecimento do recuso especial, pela mesma razão, em situação idêntica: REsp 1.232.942/SP, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 15/4/2011; AgRg no Ag 998.183/SP, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 23/10/2009; AgRg no REsp 944.404/SC, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 15/9/2008; e REsp 1.041.616/RS, 2ª T., Min. Castro Meira, DJ de 25/9/2008. No mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido, de minha relatoria, confira-se a seguinte decisão monocrática: REsp 1.111.161/SP, DJe de 23/3/2009.

3. Ademais, verifica-se que o deslinde da controvérsia reclama a análise da legislação paulista que assegurou, ao substituído, o direito de restituição do valor pago antecipadamente a maior a título de ICMS (art. 66-B, da Lei 6.374/89, Lei 9.176/95, Decretos 41.653/97 e 42.029/97), o que faz incidir, por analogia, o óbice constante da Súmula 280/STF ("*por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário*"). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.210.220/SP, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 9/12/2010; EDcl no AgRg no Ag 1.245.889/SP, 2ª T. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12/11/2010; e REsp 900.315/SP, 1ª T, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23/9/2010.

4. Por outro lado, conforme decidido em caso análogo, "(...) não se desconhece a existência de precedentes da Primeira e Segunda Turmas e da Primeira Seção deste Tribunal que afastam a aplicação do acórdão proferido na ADI 1.851/AL, em relação ao Estado de São Paulo, porquanto não signatário do Convênio 13/97, que foi objeto de controle de constitucionalidade naquela ocasião. No entanto, não é possível a aplicação desse entendimento, no caso concreto, porquanto o recurso especial, como demonstrado, não preenche condições de admissibilidade." (REsp 1.232.942/SP, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 15/4/2011)

O agravo regimental não traz qualquer subsídio apto a alterar esses fundamentos, razão pela qual deve ser mantido incólume o entendimento da decisão agravada.

2. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0125626-4

AgRg no
REsp 1.038.391 / SP

Números Origem: 113522001 2895575604 2895575900

EM MESA

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO** (em substituição)

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : POSTO JENNER LTDA
ADVOGADO : JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : POSTO JENNER LTDA
ADVOGADO : JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CRISTINA MARGARETE WAGNER MASTROBUONO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.