



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.632 - SP (2010/0037685-0)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : AUTO POSTO 111 LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA.

1. "Será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar" (AgRg no RMS 30.500/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/10/2010).

2. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da 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 Hamilton Carvalhido, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.632 - SP (2010/0037685-0)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : AUTO POSTO 111 LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Auto Posto 111 Ltda. contra decisão que manteve acórdão proferido no Tribunal de origem que denegou a segurança pleiteada sob o fundamento de que o mandado de segurança impetrado se ressentia da falta de prova pré-constituída do alegado crédito tributário, apesar de entender ilegal, por parte da autoridade fazendária, os procedimentos administrativos para eventual restituição de ICMS na comercialização de combustíveis.

A decisão agravada está assim ementado (fl. 505):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. MANDANDO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A agravante argumenta que:

O direito da recorrente em impetrar MS visando a declaração do direito à compensação não pode ser tolhido pelo simples fato de haver requerido em sua peça inicial a aplicação da correção monetária, sob pena de violação ao art. 5º, LXIX, da CF/88.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.182.632 - SP (2010/0037685-0)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR OCORRIDO EM VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA.

1. "Será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar" (AgRg no RMS 30.500/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/10/2010).

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O recurso não merece prosperar. Senão vejamos.

Noticiam os autos que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, reformando a sentença, denegou a segurança pleiteada, entendendo pela necessidade de apresentação das respectivas notas fiscais para análise da demonstração das vendas na restituição aos valores recolhidos a maior a título de ICMS.

O acórdão recorrido está assim ementado (fl. 398):

MANDADO DE SEGURANÇA - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE - Revendeadora de comhiustíveis - Direito à restituição com relação aos valores recolhidos a maior a título de ICMS - Garantia constitucional de ver assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, ou se realize por valor menor ao anteriormente recolhido pelo substituto tributário - Impossibilidade de utilização dos laudos de análise para demonstrar as vendas aos consumidores finais - Necessidade de *9 apresentação das respectivas notas fiscais - Preliminares rejeitadas - Sentença reformada - Segurança denegada - Recursos oficial e voluntários providos - Recurso do litisconsorte improvido.*

Os aclaratórios foram rejeitados (fls. 432-436).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A recorrente alega, inicialmente, violação do art. 535 do CPC, sob a tese de que o Tribunal de origem, apesar de provocado, ficou inerte quanto à adequação do mandado de segurança, "mormente quanto aos efeitos da pretensão mandamental" (fl. 449). No mérito, afirma que houve infringência ao art. 1º da Lei 1.533/51 e à Súmula 213/STJ, sob argumentos de que (fls. 447 e 451, respectivamente):

"... torna-se desnecessária e foge do verdadeiro objeto do *mandamus* a comprovação do próprio crédito a ser compensado, mesmo porque a necessária comprovação dos créditos será objeto de fase administrativa com posterior homologação pelo órgão fazendário competente" (fl. 447).

[...]

A exigência de comprovação de valores através de notas fiscais afasta a verdadeira pretensão mandamental, a qual refere-se, exclusivamente, à declaração do direito à compensação, sem qualquer discussão a respeito de valores e quantificação de créditos".

Assim, a contribuinte impetrou mandado de segurança objetivando obstar o impedimento do uso de créditos decorrentes de retenção de ICMS a maior em operações pretéritas, bem como o reconhecimento do direito de efetuar a transferência de créditos sem as restrições impostas pela autoridade apontada como coatora.

O Tribunal de origem, reformando a sentença, apesar de entender ilegal, por parte da autoridade fazendária, os procedimentos administrativos para eventual restituição de ICMS na comercialização de combustíveis, denegou a segurança pleiteada sob o fundamento de que o mandado de segurança impetrado se ressentia da falta de prova pré-constituída do alegado crédito tributário.

Visando desconstituir o acórdão proferido, a contribuinte no presente feito traz tese de que a exigência de comprovação de valores através de notas fiscais "afasta a verdadeira pretensão mandamental, a qual refere-se, exclusivamente, à declaração do direito à compensação" (fl. 451).

O inconformismo não merece amparo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar caso análogo, firmou jurisprudência no sentido de que

"será indispensável prova pré-constituída específica quando, à declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) **pedido de juízo sobre os elementos da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar" (AgRg no RMS 30.500/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/10/2010, grifos nossos).

Confira-se a íntegra da ementa do citado precedente:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO. VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO. NÃO ADESÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO AO CONVÊNIO 13/97, OBJETO DA ADIN 1.851-4/AL. COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO INDEVIDO. NECESSIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO (RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.111.164/BA).

1. O artigo 19, da Lei 11.408/96 (objeto da ADIN 2.675 ainda pendente de julgamento) do Estado de Pernambuco assegura a restituição do ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida.

2. É inaplicável a resultado da ADIn 1.851-4/AL ao Estado de Pernambuco, porquanto não é signatário do Convênio 13/97, razão pela qual cabível a devolução das quantias pagas a maior a título de ICMS. Precedentes: EREsp 773.213/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 25.10.2006, DJ 20.11.2006; EDcl no REsp 406.879/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 25.10.2006; AgRg no AgRg no REsp 536.724/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 24.04.2006; e REsp 258.497/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.04.2004, DJ 28.06.2004.

3. Deveras, não obstante a relevância do argumento exarado pela agravante, a Primeira Seção, em sede de recurso especial representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC), ao apreciar o REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 25/05/2009, firmou a seguinte orientação: "1. No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites da pretensão nele deduzida. Tratando-se de impetração que se limita, com base na súmula 213/STJ, a ver reconhecido o direito de compensar (que tem como pressuposto um ato da autoridade de negar a compensabilidade), mas sem fazer juízo específico sobre os elementos concretos da própria compensação, a prova exigida é a da 'condição de credora tributária' (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998)" (REsp 1.111.164/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 25/05/2009, grifo adicionado).

2. **Todavia, será indispensável prova pré-constituída específica quando, à**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito tributário que serve de base para a operação de compensação, acréscimos de juros e correção monetária sobre ele incidente, inexistência de prescrição do direito de compensar), ou (b) pedido de outra medida executiva que tem como pressuposto a efetiva realização da compensação (v.g.: expedição de certidão negativa, suspensão da exigibilidade dos créditos tributários contra os quais se opera a compensação). Nesse caso, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado depende necessariamente da comprovação dos elementos concretos da operação realizada ou que o impetrante pretende realizar".

4. O caso sub judice não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213/STJ. Foram deduzidas pretensões que supõem a efetiva realização da compensação, tais como: a) a restituição do tributo com base no art. 165, I e II, do CTN, no prazo prescricional de 10 (dez) anos, atualizados monetariamente pela UFIR e pela SELIC (fl.38); b) que o Fisco se abstenha de promover quaisquer atos que visem impedir ou retardar o colimado ressarcimento, deixando de lavrar autos de infração, reter caminhões e cargas (fl. 38).

5. In casu, o reconhecimento da liquidez e certeza na amplitude e para os fins pleiteados, com nítido caráter condenatório, supõe a prova do recolhimento do tributo indevido, o que não restou comprovado, porquanto a impetrante não apresentou qualquer documento que indicasse o recolhimento da exação objeto do pedido de restituição.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no RMS 30.500/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/10/2010)

Visando afastar qualquer dúvida, colaciono os pedidos postos na inicial do demandante:

"a1) permitir seja a impetrante ressarcida IMEDIATA E PREFERENCIALMENTE, nos moldes do art. 150, § 7º, da CF, pelos respectivos fornecedores ou por outros contribuintes do imposto, através de transferências dos créditos de ICMS que detém, **atualizados monetariamente na forma anteriormente apontada ou seja, com os expurgos inflacionários - em consonância com a jurisprudência predominante do e. STJ e do e. TJSP - com incidência de juros moratórios de 1% ao mês, contados a partir de cada pagamento indevido, autorizando-se a emissão de documentos fiscais hábeis para tal**" (fl. 35, grifos nossos).

Em síntese, a impetrante requereu: (a) o ressarcimento imediato e preferencial dos valores recolhidos indevidamente, nos moldes do art. 150, § 7º, da CF; (b) atualização desses valores com expurgos inflacionários e incidência de juros moratórios de 1% ao mês, "contados a partir de cada pagamento indevido".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se pode perceber, ao contrário do afirmado pela recorrente, quando da interposição do mandado de segurança, buscou-se o ressarcimento imediato e preferencial dos valores recolhidos indevidamente e suas atualizações legais.

Assim, não prosperam os argumentos postos no apelo nobre de que o mandado de segurança objetivou tão somente a "declaração do direito à compensação, sem qualquer discussão a respeito de valores e quantificação de créditos".

Depreende-se que na presente demanda não é caso de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213/STJ.

Das razões do presente recurso, constata-se que a agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar a decisão ora hostilizada, razão pela qual merece a mesma ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com essas considerações, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0037685-0

AgRg no
REsp 1.182.632 / SP

Números Origem: 197432000 200801616900 2586925 2586925401 2586925602
53000197435

EM MESA

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AUTO POSTO 111 LTDA
ADVOGADO : ANA CRISTINA FREIRE DE LIMA DIAS E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AUTO POSTO 111 LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : WALDIR FRANCISCO HONORATO JUNIOR 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 Hamilton Carvalhido, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.