



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.985 - ES (2010/0109673-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BEIRA MAR LTDA E OUTROS
ADVOGADO : ANA PAULA PROTZNER MORBECK E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RAFAEL INDUZZI DREWS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PAGAMENTO ANTECIPADO FEITO A MAIOR - DIREITO AO RESSARCIMENTO - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - SÚMULA 83/STJ - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL SUFICIENTE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. O art. 10 da LC 87/96, que reproduz o art. 150, § 7º da CF/88, não contempla a hipótese de ressarcimento do ICMS quando o fato gerador futuro ocorrer com base de cálculo menor que a presumida, de modo que inexistente indébito tributário na hipótese.

3. Improcede a alegação de dissídio interpretativo quando a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido do acórdão recorrido.

4. Recurso especial não provido.

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 "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 26 de agosto de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.985 - ES (2010/0109673-7)

RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BEIRA MAR LTDA E OUTROS
ADVOGADO : ANA PAULA PROTZNER MORBECK E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RAFAEL INDUZZI DREWS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo assim ementado:

AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR. IMPOSSIBILIDADE. ADIN 1.851-4/AL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O regime de substituição tributária estabelecido pela Lei Complementar Federal nº 87/96 e pela Lei Estadual nº 5.298/96 - posteriormente substituída pelas Leis Estaduais nºs 7.000/2001 e 7.295/2002 - é regular e constitucional.

2. Permanece o entendimento, tanto no STF, quanto no STJ, de que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, tão-somente nos casos em que o fato gerador não vier a se realizar.

3. Afastada a possibilidade de restituição do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto, na forma de substituição tributária, realizar-se com valor inferior ao recolhido antecipadamente nos moldes da base de cálculo presumida.

4. Sentença mantida.

(f. 711)

Opostos embargos de declaração (fls. 723/728), foram eles improvidos consoante acórdão de fls. 740/744.

Nas razões de recurso alega-se violação dos arts. 535, II do CPC e do art. 165 do CTN, sustentando, em síntese, que:

a) propuseram demanda objetivando o reconhecimento do direito de estornar perante a Fábrica de Bebidas Antártica os excessos de ICMS cobrados no regime de substituição tributária, através da emissão de nota fiscal contra o contribuinte substituto, sempre que a base de cálculo arbitrada for superior ao valor real da operação subsequente, ou, alternativamente, o reconhecimento do seu direito de creditar esse mesmo excesso na sua escrita fiscal;

b) o acórdão recorrido omitiu-se na análise da aplicação ao caso dos arts. 165 do CTN e 150, § 7º da CF/88;

c) o art. 150, § 7º da Constituição Federal autoriza a imediata e preferencial restituição da quantia de ICMS paga a maior, aperfeiçoando a sistemática até então vigente e regulada exclusivamente pelo art. 165 do CTN, sendo totalmente desinfluyente se o fato gerador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

futuro não se realizou ou se realizou com base de cálculo menor que a presumida; e

d) o aresto recorrido diverge da interpretação que o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região, nos autos da Apelação Cível nº 2001.51.15.002934-4, deu ao tema.

Ao final, pugna pela anulação do aresto vergastado ou por sua reforma para ver declarado seu direito ao pronto ressarcimento do tributo recolhido com base de cálculo presumida maior que a efetivamente utilizada na operação final. (fls. 748/762)

Contrarrazões às fls. 836/851.

Recurso especial inicialmente inadmitido (fls. 854/861), com trânsito determinado no Agravo de Instrumento n. 1.264.715/ES (f. 874).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.197.985 - ES (2010/0109673-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BEIRA MAR LTDA E OUTROS
ADVOGADO : ANA PAULA PROTZNER MORBECK E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RAFAEL INDUZZI DREWS E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): - A matéria prequestionada não encontra óbice para apreciação no julgamento da ADIn 2.777/SP, na qual se discute a constitucionalidade do art. 66-B da Lei Estadual paulista 6.374/89, que prescreve o direito ao ressarcimento de ICMS recolhido com base superior à presumida, de forma que passo ao exame da pretensão recursal.

Inexistiu violação ao dever de prestação jurisdicional, pois a Corte de origem manifestou-se sobre as questões relevantes para o julgamento da controvérsia, aduzindo que o STF, por seu órgão plenário, no julgamento da ADIn 1.851-4/AL, decidiu, por maioria, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, tão-somente na hipótese em que o fato gerador não se realizar, afastando, pois, a possibilidade de compensação ou restituição de eventuais excessos em face do valor real da operação. posicionamento este ainda adotado pela Corte Suprema e acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça. (fls. 711/719)

É lugar comum a afirmação de que o juízo não se encontra vinculado à ótica legal, doutrinária ou jurisprudencial defendida pelas partes, cumprindo-lhe apresentar as premissas de sua decisão de forma clara e coerente, consoante norma jurídica válida colhida do ordenamento jurídico.

No mérito da pretensão, prequestionada implicitamente a tese recursal, de fato esta Corte inicialmente entendeu pelo cabimento do ressarcimento do tributo quando o valor da operação futura não correspondesse à base de cálculo presumida, como demonstra o seguinte precedente da 1ª. Seção:

TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATO GERADOR PRESUMIDO – VENDA EFETIVADA MEDIANTE PREÇO MENOR QUE O VALOR ESTABELECIDO NA PAUTA FISCAL – DIREITO À COMPENSAÇÃO.

- É lícito ao contribuinte substituído efetuar compensação do tributo recolhido a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal.

(RMS 9.677/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/02/2001, DJ 23/04/2001 p. 114)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, após o julgamento da ADin 1.851-4/AL, as Turmas que compõem a 1ª. Seção passaram a acompanhar o entendimento esposado pela Suprema Corte, no sentido de que somente há direito à imediata e preferencial restituição do valor de ICMS recolhido em regime de substituição tributária quando o fato gerador futuro não ocorrer (porque a mercadoria pereceu, porque foi roubada, porque se extraviou de qualquer forma etc.), nos termos do art. 10 da LC 87/96 e do art. 150, § 7º da CF/88.

A ocorrência da operação futura com base de cálculo *menor ou maior* que a presumida não enseja *restituição ou cobrança futura*, salvo disposição nesse sentido pela legislação local, tendo em vista a competência concorrente que rege a matéria.

Nesse sentido são muitos os precedentes desta Corte, o que afasta a alegação de divergência jurisprudencial com base na Súmula 83/STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. RECOLHIMENTO A MAIOR DO TRIBUTO. VALOR DE VENDA MENOR. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. ADI 1.851/AL. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 165, II, DO CTN. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), entendeu que o contribuinte somente teria direito à restituição do imposto pago no caso de a venda presumida não se realizar, atribuindo ao fato gerador presumido a característica de definitivo, e não de provisório.

2. Adotando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento anteriormente firmado, para declarar a impossibilidade de restituição de eventuais excessos decorrentes da venda realizada por preço inferior ao da base de cálculo presumida.

3. Na hipótese dos autos, trata-se de recolhimento a maior de ICMS no regime de substituição tributária, e não de erro na base de cálculo do tributo, inexistindo, assim, o direito à restituição. Com efeito, o fato gerador presumido é definitivo, não havendo falar, portanto, em erro na base de cálculo a legitimar a repetição nos termos do art. 165, II, do Código Tributário Nacional.

4. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 21.881/GO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 17/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – PAGAMENTO ANTECIPADO FEITO A MAIOR - MATÉRIA MERITÓRIA DECIDIDA À LUZ DA LEGISLAÇÃO LOCAL - SÚMULA 280/STJ - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 10 DA LC 87/96 - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO - 1. Os atos normativos internos, tais como portarias e resoluções, não se equiparam a lei federal para possibilitar o acesso à instância especial.

2. Incabível recurso especial quando o acórdão recorrido fundamenta-se em preceito da legislação local (art. 66-B da Lei 6.374/89), que estabeleceu procedimento administrativo para viabilizar a devolução do tributo recolhido com base de cálculo superior à presumida. Precedentes do STJ.

3. Inviável o conhecimento do recurso especial pela divergência se não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizado o devido cotejo analítico.

4. A Lei Complementar 87/96 regulamentou o art. 150, § 7º, da Constituição Federal que exclusivamente prevê o direito à imediato e preferencial restituição do imposto recolhido com base em fato jurídico presumido que não se materializar, não contemplando a hipótese de recolhimento a maior em razão da efetivação da operação jurídica com base de cálculo menor que a presumida, benefício instituído pela legislação paulista.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1037638/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009)

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0109673-7

REsp 1.197.985 / ES

Números Origem: 024960194793 02496019479320080099 1264715 201000024835 24960194793

PAUTA: 26/08/2010

JULGADO: 26/08/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BEIRA MAR LTDA E OUTROS
ADVOGADO : ANA PAULA PROTZNER MORBECK E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROCURADOR : RAFAEL INDUZZI DREWS E OUTRO(S)

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, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária