



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.459 - MS
(2012/0134121-8)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E
ELETRODOMÉSTICOS LTDA
ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA E OUTRO(S)
JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JAIME CALDEIRA JHUNYOR E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRETENSÃO DE SE RECUPERAR O IMPOSTO PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 150, § 7º, DA CF/88.

1. Esta Corte, seguindo orientação do STF (ADI 1.851/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), firmou entendimento no sentido de que, na hipótese de pagamento antecipado feito a maior, inexistente direito à restituição.

Nesse sentido: RMS 24.569/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008; RMS 24.374/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 26/02/2010; RMS 34.389/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

2. Agravo regimental não provido.

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

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2015.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.459 - MS
(2012/0134121-8)**

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E
ELETRODOMÉSTICOS LTDA
ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA E OUTRO(S)
JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JAIME CALDEIRA JHUNYOR E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental (fls. 437/446) apresentado contra decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRETENSÃO DE SE RECUPERAR O IMPOSTO PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 150, § 7º, DA CF/88. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

A agravante aduz, em suma, que:

A doutrina aponta o elemento sistemático da interpretação teleológica, que é o entendimento como o cotejo entre o preceito interpretado e as outras normas que regulam o mesmo instituto, com o conjunto da legislação e com os princípios gerais de Direito.

Nesse diapasão, emprestar interpretação limitativa ao art. 150, § 7º, da Constituição Federal, para dela derivar apenas e tão somente a possibilidade de restituição do ICMS exigido na substituição tributária quando não houver a ocorrência da operação posterior, equivale a assegurar ao sujeito ativo direito maior que aquele possibilitado pela Carta Magna.

Requer seja provido o agravo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.459 - MS
(2012/0134121-8)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRETENSÃO DE SE RECUPERAR O IMPOSTO PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 150, § 7º, DA CF/88.

1. Esta Corte, seguindo orientação do STF (ADI 1.851/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), firmou entendimento no sentido de que, na hipótese de pagamento antecipado feito a maior, inexistente direito à restituição.

Nesse sentido: RMS 24.569/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008; RMS 24.374/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 26/02/2010; RMS 34.389/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

2. Agravo regimental não provido.

VOTO

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

Não merece reforma a decisão agravada.

A Primeira Seção/STJ tem orientação pacífica no sentido de que:

Conforme assentado na ADI 1.851-4/AL, "O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final".

Assim, o acórdão rescindendo violou frontalmente o art. 10 da LC 87/1996, à luz do art. 150, § 7º, da CF.

(AR 4.640/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2014, DJe 02/02/2015)

Ressalte-se que, nos termos do art. 150, § 7º, da CF/88, *"a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imediate e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido".

Esta Corte, seguindo orientação do STF (ADI 1.851/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), firmou entendimento no sentido de que, na hipótese de pagamento antecipado feito a maior, inexistente direito à restituição. Ressalte-se que a pendência de julgamento das ADIs 2.675/PE e 2.777/SP, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não afasta o efeito vinculante da decisão proferida na ADI 1.851/AL.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF (ADIN Nº 1.851-4/AL). EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE.

1. A discussão travada no mandamus refere-se à possibilidade de aproveitamento dos créditos de ICMS, no âmbito do regime de substituição tributária progressiva, quando o valor presumido da mercadoria é maior que o valor efetivamente praticado na operação saída da mesma.

2. No julgamento da ADIn nº 1.851-4/AL, entendeu-se, à luz do comando contido no § 7º do artigo 150 da Constituição da República, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em razão do valor real da operação substituída.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 24.374/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 26/02/2010)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO - LEGITIMIDADE - ART.

116 DO CTN - COMPENSAÇÃO - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE A EFETIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. No regime de substituição tributária progressiva, autorizado pelo art. 150, § 7º, da CF, ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o substituído tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN.

Precedentes.

2. Entretanto, na substituição tributária regida pelo art. 150, § 7º, da CF, somente nos casos de não realização do fato previsto na lei instituidora do tributo como hipótese de incidência, é que se permite a repetição dos valores recolhidos, sem relevância do fato de ter sido o tributo pago a maior ou a menor por parte do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contribuinte substituído. Inexistência do direito à compensação.

Precedentes do STF (ADin 1.851) e desta Corte.

3. Hipótese em que a recorrente pleiteia a declaração do direito à compensação de créditos tributários oriundos da incidência do ICMS, em regime de substituição tributária progressiva ou 'para frente', sobre a diferença entre o preço praticado e base de cálculo estabelecida para fato gerador presumido.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 34.389/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MAIOR DO TRIBUTO. PEDIDO DE APROVEITAMENTO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS EXISTENTES.

1. É certo que "o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária" (Súmula 213/STJ). Contudo, a declaração do direito é condicionada à comprovação de sua própria existência, ou seja, se o contribuinte não comprova no momento da impetração a existência dos créditos que pretende compensar, impõe-se a denegação da segurança. No caso concreto, os documentos juntados aos autos (fls. 40/44), que se referem a algumas operações, ou seja, a casos isolados, nas quais a base de cálculo do recolhimento antecipado do ICMS supostamente é maior do que aquela efetivamente praticada, não comprovam de modo inequívoco que a contribuinte, em função do regime de substituição tributária, sujeitou-se ao recolhimento antecipado a maior do ICMS, no período pleiteado na inicial (dez anos anteriores à impetração).

2. Na lição de Hely Lopes Meirelles, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração". Assim, "se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".

3. Desse modo, tratando-se de mandado de segurança, cuja finalidade é a proteção de direito líquido e certo, não se admite dilação probatória, porquanto não comporta a fase instrutória, de modo que é necessária a juntada de prova pré-constituída apta a demonstrar, de plano, o direito alegado.

4. Ademais, ainda que superado tal óbice, nos termos do art. 10 da LC 87/96, "é assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar". Esse preceito legal funda-se no art. 150, § 7º, da CF/88, segundo o qual "a lei poderá atribuir a sujeito passivo de 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". Esta Corte, seguindo orientação do STF (ADI 1.851/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), firmou entendimento no sentido de que, na hipótese de pagamento antecipado feito a maior, inexistente direito à restituição. Ressalte-se que a pendência de julgamento das ADIs 2.675/PE e 2.777/SP, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não afasta o efeito vinculante da decisão proferida na ADI 1.851/AL.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 24.569/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008)

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0134121-8

AgRg no
RMS 38.459 / MS

Números Origem: 100367720128120000 20110347500 20110347500000200

PAUTA: 01/09/2015

JULGADO: 01/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS
LTDA
ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA
JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JAIME CALDEIRA JHUNYOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GAZIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS
LTDA
ADVOGADOS : ARLI PINTO DA SILVA E OUTRO(S)
JORGE WADIIH TAHECH E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROCURADOR : JAIME CALDEIRA JHUNYOR E OUTRO(S)

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 agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.