



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.147 - GO (2004/0103590-3)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
REVISOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AUTOR : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : JORDI MACHADO E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL ANAPOLINA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : CAIAPÓ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : RUBENS DA MATA E COMPANHIA LTDA
RÉU : DAMG DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS GOIANTAR LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BRASIL CENTRAL LTDA
RÉU : IPÊ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MARQUEZ LTDA
RÉU : JABEL JAGUARÁ BEBIDAS LTDA
RÉU : TRIANTAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : ALTAIR MARTINS MARIANO
RÉU : ARGEMIRO MARTINS MARIANO
RÉU : SEME KOFFES
RÉU : JAMILLE SKAF KOFFES
RÉU : EDUARDO DE ALCANTARA BERNARDES
ADVOGADO : JOSÉ AMÉRICO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO "PARA FRENTE". ART. 150, § 7º, DA CF. ART. 10 DA LC 87/1996. OPERAÇÃO EM VALOR MENOR QUE O PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO INCIDENTE SOBRE A DIFERENÇA. IMPOSSIBILIDADE. ADIN 1.851/AL.

1. Hipótese em que a decisão rescindenda foi proferida após o julgamento da Adin 1.851-4/AL.

2. O STF, ao apreciar a sistemática da substituição tributária "para frente" (art. 150, § 7º, da CF), admitiu a restituição do ICMS apenas no caso de não-ocorrência do fato gerador presumido.

3. O STJ adota esse entendimento ao analisar matéria infraconstitucional correspondente (arts. 6º e 10 da LC 87/1996), com relação aos Estados signatários do Convênio ICMS 13/1997, apreciado pelo STF ao julgar a Adin 1.851-4/AL.

4. Ação Rescisória procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: " A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Sustentou, oralmente, o Dr. CARLOS EDUARDO GONÇALVES, pelos réus.

Brasília, 24 de março de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.147 - GO (2004/0103590-3)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AUTOR : ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR : JORDI MACHADO E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL ANAPOLINA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : CAIAPÓ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : RUBENS DA MATA E COMPANHIA LTDA
RÉU : DAMG DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS GOIANTAR LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BRASIL CENTRAL LTDA
RÉU : IPÊ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MARQUEZ LTDA
RÉU : JABEL JAGUARÁ BEBIDAS LTDA
RÉU : TRIANTAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU : ALTAIR MARTINS MARIANO
RÉU : ARGEMIRO MARTINS MARIANO
RÉU : SEME KOFFES
RÉU : JAMILLE SKAF KOFFES
RÉU : EDUARDO DE ALCANTARA BERNARDES
ADVOGADO : JOSÉ AMÉRICO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Ação Rescisória relativa a Ação Declaratória Tributária.

O STJ decidiu, em última instância, que os contribuintes teriam direito à restituição do ICMS, na sistemática da substituição tributária, quando a operação posterior ocorrer em valor inferior ao presumido.

Transcrevo trecho da decisão proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp 424.133/GO:

No julgamento do RMS 9677, de minha relatoria, assegurei aos impetrantes o direito de compensar/restituir a diferença entre o tributo recolhido a maior com base no valor de pauta fiscal, e aquele efetivamente devido, quando a revenda se tenha efetivado mediante preço inferior àquele presumido, que serviu como base de cálculo à exação antecipada. É exatamente esta a questão dos autos.

O autor afirma que a decisão rescindenda negou vigência ao art. 10 da LC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

87/1996 e ao art. 150, § 7º, da CF (fl. 23), razão pela qual a rescisória deve ser acolhida, nos termos do art. 485, V, do CPC.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.147 - GO (2004/0103590-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Como relatado, o STJ decidiu, em última instância, que os contribuintes teriam direito à restituição do ICMS, na sistemática da substituição tributária, quando a operação posterior ocorre em valor inferior ao presumido.

Transcrevo trecho da decisão proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, no REsp 424.133/GO:

No julgamento do RMS 9677, de minha relatoria, assegurei aos impetrantes o direito de compensar/restituir a diferença entre o tributo recolhido a maior com base no valor de pauta fiscal, e aquele efetivamente devido, quando a revenda se tenha efetivado mediante preço inferior àquele presumido, que serviu como base de cálculo à exação antecipada. É exatamente esta a questão dos autos.

Sucedee que a decisão foi proferida em 6.9.2002 (os aclaratórios em 3.12.2002), quando a jurisprudência já se pacificara no sentido de que a restituição de ICMS somente é devida nas hipóteses em que o fato gerador posterior não ocorre, e nunca quando há operação em valor menor que o presumido.

O Supremo Tribunal Federal, pelo seu Pleno, proferiu acórdão na Adin 1.851-4/AL, na sessão de 8.5.2002, amplamente divulgado no meio especializado, ainda que publicado apenas no DJ de 22.11.2002. Eis a ementa correspondente:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. 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. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente. (ADI 1851/AL, Relator Min. ILMAR GALVÃO, j. 08/05/2002, Tribunal Pleno, DJ 22.11.2002).

É incontroverso, portanto, que, à época da decisão rescindenda, a jurisprudência era pacífica em sentido contrário à pretensão dos contribuintes.

Destaco que o entendimento da Suprema Corte não é adotado pelo STJ em relação aos Estados que não assinaram o Convênio ICMS 13/1997, por aquela apreciado ao julgar a Adin 1.851-4/AL.

A presente demanda refere-se ao tributo de Goiás, incluído no precedente da Corte constitucional.

De fato, o citado Convênio foi firmado pelos Secretários de Fazenda dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, **Goiás**, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Sergipe, Tocantins e do Distrito Federal.

Com relação a eles, não há como deixar de aplicar o entendimento fixado pelo STF, restringindo a restituição do ICMS às hipóteses em que o fato gerador presumido não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorre:

TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR – IMPOSSIBILIDADE – ADIN 1.851-4/AL .

1. Na assentada de 8 de maio de 2002, entendeu o Supremo Tribunal Federal, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851-4/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão).

2. Essa orientação tem prevalecido nos sucessivos julgados do Superior Tribunal de Justiça; razão pela qual, na substituição tributária progressiva, o contribuinte não tem direito ao crédito tributário quando o fato gerador se realizar a menor.

3. No presente caso, o Tribunal de origem firmou a premissa fática de que ocorreu o fato gerador do imposto, razão pela qual aplica-se o precedente do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1851-4/AL, para afastar a possibilidade de compensação de eventuais "excessos ou faltas, em face do valor real da última operação".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 970.309/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 22/09/2009)

Assim, a decisão rescindenda negou vigência ao art. 10 da LC 87/1996, interpretado à luz do art. 150, § 7º, da CF, razão pela qual a rescisória deve ser acolhida, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Diante do exposto, **julgo procedente o pedido para reconhecer a inexistência de direito à restituição do ICMS na sistemática da substituição tributária, quando o fato gerador ocorre em valor menor que o presumido.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.147 - GO (2004/0103590-3)

VOTO-REVISÃO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Estado de Goiás em desfavor de Comercial Anapolina de Bebidas Ltda e outras, fulcrada no art. 485, V, do CPC, objetivando desconstituir decisão monocrática proferida nos autos do Recurso Especial n. 424.133/GO, da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros.

Narra a autora que, nos autos da ação declaratória na qual se buscou ver reconhecido o direito de estorno dos excessos de ICMS havidos no regime de substituição tributária na hipótese em que a base de cálculo arbitrada for superior ao valor real da operação subsequente, a Primeira Turma desta Corte deu provimento ao recurso especial das ora requeridas para reconhecer o direito à repetição do ICMS pago a maior nas operações por elas realizadas, o que resultou em flagrante ofensa do disposto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988 e, ainda, no art. 10 da Lei Complementar n. 87/96, além da contrariedade ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.815-4.

Requer seja julgado procedente o pedido para rescindir a decisão supra mencionada.

Na contestação de fls. 445/473, a parte requerida alega, em preliminar, o não cabimento da ação rescisória por esbarrar no óbice da Súmula 343/STF, argumentando que a mera mudança de interpretação de dispositivo legal não pode dar ensejo à desconstituição da coisa julgada, sob pena de se afrontar o próprio princípio da segurança jurídica.

No mérito, aduz, essencialmente, que o julgamento proferido na Adin n. 1.851-4/AL não pode ser invocado indistintamente a todos os casos que envolvam o regime de substituição tributária, mas tão somente quando se tratar de situações em que figurem concessionárias de veículos, sendo certo que a integral e ampla interpretação do dispositivo (art. 150, § 7º) ainda está por ser precedida pela Corte Constitucional" (fl. 454); (b) "as demandadas nunca contestaram a constitucionalidade do regime da substituição tributária 'para frente', mas sim e tão somente a resistência fiscal em relação à imediata e preferencial restituição dos excessos cobrados"; (c) "é inconcebível a pretensão de fazer retroagir os efeitos do Decreto Estadual n. 4.852/97, por expressa violação ao Princípio da Irretroatividade das Leis" (fl. 473).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em parecer de fls. 516/520, o Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido rescisório.

Com fulcro no art. 551, §2º, do CPC, e 37, III, do RISTJ, pedi dia para julgamento.

É o relatório. Passo a decidir.

De início, verifica-se a tempestividade da presente ação rescisória, porquanto o prazo decadencial de 02 (dois) anos, previsto no art. 495 do CPC, ainda não transcorrera quando do ajuizamento da demanda. Assim, passo ao exame do mérito.

A violação a dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, fundado no art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é aquela teratológica que consubstancia desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. A decisão que interpreta determinada norma em sentido contrário à jurisprudência consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal dá ensejo à propositura da ação rescisória, afastando o óbice da Súmula 343/STF.

E, no caso, percebe-se que, por ocasião da prolação da decisão rescindenda em 6.9.2002, o STF já havia declarado, quando do julgamento da ADIn 1851-4/AL, na sessão de 8.5.2002, a constitucionalidade da cláusula primeira do Convênio ICMS 13/97, pela qual "[n]ão caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996", cujo acórdão foi publicado em 22.11.2002.

No referido julgado, entendeu-se que o contribuinte somente tem direito à repetição dos valores recolhidos, no regime de substituição tributária para frente, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante o fato do preço de venda ser superior ou inferior à base de cálculo presumida.

A propósito, os seguintes julgados do STJ seguindo o precedente em referência:

"TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMPENSAÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR – IMPOSSIBILIDADE – ADIN 1.851-4/AL – AGRAVO REGIMENTAL - ADINS 2777 E 2675.

1. As ADINS 2777 e 2675 ainda se encontram pendentes de julgamento, de maneira que ainda não possuem força vinculante para afetar o caso subjudice.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na assentada de 8 de maio de 2002, entendeu o Supremo Tribunal Federal, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851-4/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão).

3. Essa orientação tem prevalecido nos sucessivos julgados do Superior Tribunal de Justiça; razão pela qual, na substituição tributária progressiva, o contribuinte não tem direito ao crédito tributário quando o fato gerador se realizar a menor.

Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 596.896/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 4.3.2008, DJe 17.3.2008.)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS. FATO GERADOR PRESUMIDO. COMPENSAÇÃO DE VALORES VIÁVEL SOMENTE NO CASO DE NÃO REALIZAÇÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.

1. "No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 1.851/AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, entendeu a Excelsa Corte, à luz do comando do § 7º do artigo 150 da Constituição da República, introduzido pela Emenda Constitucional n. 03/93, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária, para frente, apenas quando o fato gerador não se realizar. Recurso ordinário provido." (RMS 11.693/ES, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJ de 28/2/2007).

Ao que se observa, o acórdão que se intenta rescindir contrariou diretamente o disposto no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, dando ensejo ao acolhimento da ação rescisória, no âmbito específico do inciso V do art. 485 do CPC.

Pelas considerações expostas, acompanho o relator para ADMITIR e JULGAR PROCEDENTE o pedido da presente ação rescisória, a fim de rescindir o acórdão do STJ, e, em juízo rescisório, reconhecer a inexistência de direito ao creditamento de valores de ICMS recolhidos a maior por ocasião da comercialização de bebida por preço inferior ao que serviu de base de cálculo à retenção, no regime de substituição tributária para frente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2004/0103590-3

AR 3147 / GO

Números Origem: 200200388026 55107 66396 9801011009

PAUTA: 24/03/2010

JULGADO: 24/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Revisor

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR	: ESTADO DE GOIÁS
PROCURADOR	: JORDI MACHADO E OUTRO(S)
RÉU	: COMERCIAL ANAPOLINA DE BEBIDAS LTDA
RÉU	: CAIAPÓ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU	: RUBENS DA MATA E COMPANHIA LTDA
RÉU	: DAMG DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU	: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS GOIANTAR LTDA
RÉU	: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS BRASIL CENTRAL LTDA
RÉU	: IPÊ DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU	: DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS MARQUEZ LTDA
RÉU	: JABEL JAGUARÁ BEBIDAS LTDA
RÉU	: TRIANTAR DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA
RÉU	: ALTAIR MARTINS MARIANO
RÉU	: ARGEMIRO MARTINS MARIANO
RÉU	: SEME KOFFES
RÉU	: JAMILLE SKAF KOFFES
RÉU	: EDUARDO DE ALCANTARA BERNARDES
ADVOGADO	: JOSÉ AMÉRICO OLIVEIRA DA SILVA E OUTRO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. **CARLOS EDUARDO GONÇALVES**, pelos réus.

CERTIDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

" A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 24 de março de 2010

Carolina Vêras
Secretária