



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.379 - PE (2009/0174025-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : CAMPELLO E PIMENTEL LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : WALTER MARON DE CERQUEIRA Y COSTA E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA FRENTE" – COMPENSAÇÃO DO VALOR PAGO A MAIOR – POSSIBILIDADE – ADIN 1.851/AL – INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE PERNAMBUCO – NÃO SIGNATÁRIO DO CONVÊNIO 13/97 – PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADIn 1.851/AL, que teve por objeto de julgamento o Convênio 13/97, decidiu que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal somente possibilitaria a restituição, na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago a maior ou a menor pelo contribuinte substituído.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da não-aplicabilidade do teor decisório da ADIn 1851/AL aos Estados de São Paulo e Pernambuco, por não serem eles signatários do Convênio 13/97.

3. *In casu*, considerando-se que o Estado de Pernambuco não é signatário do Convênio 13/1993 e que a ele não se aplica a decisão da Suprema Corte na ADIN 1.851/AL, merece reforma, portanto, o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, para que se reconheça a possibilidade de restituição do ICMS relativamente ao valor da operação realizada sob o regime da substituição tributária "para frente".

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

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2009(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.379 - PE (2009/0174025-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : CAMPELLO E PIMENTEL LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : WALTER MARON DE CERQUEIRA Y COSTA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por CAMPELLO E PIMENTEL LTDA., com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, assim ementado: (fl. 134)

"PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DA FAZENDA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO IMEDIATA DOS CRÉDITOS UNILATERALMENTE APURADOS. COBRANÇA ANTECIPADA DE ICMS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A MAIOR. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.

1) Preliminar: ilegitimidade passiva do Secretário da Fazenda estadual. Aplicação da teoria da encampação. Preliminar rejeitada.

2) Mérito: A ausência de comprovação de que os valores recolhidos a título de antecipação de ICMS são efetivamente superiores àqueles apurados posteriormente, quando da saída das mercadorias impede o reconhecimento do pleito. Somente a realização de uma perícia contábil poderá apurar se efetivamente houve ou não recolhimento a maior, capaz de ensejar a compensação pretendida, já que a compensação só poderá ser efetuada se houver liquidez e certeza quanto aos créditos tributários (art. 170, CTN). Ademais, o STF já firmou entendimento de que mesmo sendo o fato gerador presumido, não há óbice para que o tributo seja exigido antecipadamente (CRFB/88, art. 150, § 7º)."

Nas razões do recurso ordinário, alega o recorrente, de início, que a Súmula 213/STJ autoriza a utilização do mandado de segurança para a declaração de direito à compensação tributária sem necessidade de prova pré-constituída.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defende o impetrante que o acórdão recorrido "*manifestou-se pela aplicação à hipótese dos autos ao entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1851-4/AL, no entanto, curiosamente, deixou de observar que o mesmo Supremo Tribunal Federal deixa de aplicar tal entendimento às causas dos Estados que possuem leis específicas acerca do tema com previsão mais benéfica, ou melhor, que não são signatários do Convênio ICMS 13/97*" (fl. 158)

Aduz, por fim, que a hipótese dos autos trata de substituição tributária para frente, e que o Estado de Pernambuco não seria signatário do Convênio ICMS 13/1997, possuindo ele legislação própria referente ao ressarcimento do ICMS retido a maior em decorrência do regime de substituição tributária.

Contrarrazões nas quais o Estado de Pernambuco sustenta, em resumo, que o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal possibilita a restituição do ICMS pago sob o regime de substituição tributária apenas na hipótese de não-realização do fato gerador presumido, e que a decisão do TJ/PE estaria em consonância com o efeito vinculante e *erga omnes* da decisão do STF, na ADIN 1851-4/AL (fls. 211/238).

Parecer do Ministério Público Federal que opina pelo provimento do recurso ordinário, por entender que admite-se a restituição do ICMS relativamente ao valor da operação realizada sob o regime da substituição tributária "para frente", considerando-se que o Estado de Pernambuco não é signatário do Convênio 13/1993, e que a ele não se aplica a decisão da Suprema Corte na ADIN 1.851/AL.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.379 - PE (2009/0174025-5)

EMENTA

TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA "PARA FRENTE" – COMPENSAÇÃO DO VALOR PAGO A MAIOR – POSSIBILIDADE – ADIN 1.851/AL – INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE PERNAMBUCO – NÃO SIGNATÁRIO DO CONVÊNIO 13/97 – PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADIn 1.851/AL, que teve por objeto de julgamento o Convênio 13/97, decidiu que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal somente possibilitaria a restituição, na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago a maior ou a menor pelo contribuinte substituído.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da não-aplicabilidade do teor decisório da ADIn 1851/AL aos Estados de São Paulo e Pernambuco, por não serem eles signatários do Convênio 13/97.

3. *In casu*, considerando-se que o Estado de Pernambuco não é signatário do Convênio 13/1993 e que a ele não se aplica a decisão da Suprema Corte na ADIN 1.851/AL, merece reforma, portanto, o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, para que se reconheça a possibilidade de restituição do ICMS relativamente ao valor da operação realizada sob o regime da substituição tributária "para frente".

Recurso ordinário provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

De início, registre-se que *"O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"* (Súmula 213/STJ).

A pretensão recursal posta no presente *writ* traduz-se na declaração do direito à compensação tributária, bem como o direito ao creditamento, na escrita fiscal da empresa, do excesso de ICMS pago por força do regime de substituição tributária, sem as restrições impostas pelo Fisco.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com razão o *parquet* federal.

É cediço que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a ADIn 1.851/AL, que teve por objeto de julgamento o Convênio 13/97, decidiu que o § 7º do art. 150 da Constituição Federal somente possibilitaria a restituição, na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago a maior ou a menor pelo contribuinte substituído.

Ocorre que prevalece o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido da não-aplicabilidade do teor decisório da ADIn 1851/AL aos Estados de São Paulo e Pernambuco, por não serem eles signatários do Convênio 13/97.

Nesse sentido, as ementas dos seguintes julgados:

"TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA 'PARA FRENTE'. ART. 10 DA LC 87/1996 C/C O ART. 150, § 7º, DA CF/1988. VALOR DA OPERAÇÃO MENOR QUE O PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. ADIN 1.851/AL. INAPLICABILIDADE AO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. Admite-se a restituição do ICMS relativo à diferença entre o valor da operação e aquele que serviu de base para o recolhimento do tributo sob o regime de substituição tributária 'para frente', nos termos do art. 10 da LC 87/1996, c/c o art. 150, § 7º, da CF/1988.

2. Inaplicável ao Estado de São Paulo o decidido pelo STF na ADIN 1.851/AL, por não ser ele signatário do Convênio 13/1997.

Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no Ag 1141136/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.9.2009, DJe 30.9.2009.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (). OMISSÃO. OCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO.

1. Os requisitos de admissibilidade e o procedimento do recurso ordinário em mandado de segurança observam as regras atinentes à apelação, devolvendo em profundidade, portanto, o conhecimento da matéria impugnada, ainda que não resolvida pelo Juízo a quo, nos termos dos §§ 1º e 2º, do artigo 515, do CPC.

2. A fortiori, por força do o princípio iura novit curia, admite-se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inovação argumentativa do recorrente que, em sede de embargos de declaração, insurge-se contra o fundamento exarado tão somente no acórdão ora embargado, que pugna pela constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, em virtude do disposto no § 7º, do artigo 150, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o entendimento assente pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN 1.851/AL, que concluiu que apenas nos casos de não realização do fato impositivo presumido é que se permite a repetição dos valores recolhidos, sem relevância o fato de ter sido o tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituído.

3. Deveras, a Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do REsp 773.213/SP, firmou orientação no sentido da inaplicabilidade da utilização da ADIn 1.851-4/AL ao Estado de São Paulo, que não é signatário do Convênio 13/97 (Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 25.10.2006, DJ 20.11.2006).

4. No Estado de Pernambuco (não signatário do Convênio 13/97), o artigo 19, da Lei 11.408/96 (objeto da ADIN 2.675 ainda pendente de julgamento), 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.

5. Destarte, revela-se aplicável, in casu, a jurisprudência do STJ que admitia que o contribuinte do ICMS, sujeito ao regime de substituição tributária para frente, se compensasse, em sua escrita fiscal, dos valores pagos a maior, nas hipóteses em que a base de cálculo real tivesse sido inferior àquela arbitrada (Precedentes do STJ: 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).

6. Embargos de declaração acolhidos, emprestando-se-lhes efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso ordinário da empresa."

(EDcl no RMS 22.725/PE, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 19.2.2009.)

Logo, *in casu*, considerando-se que o Estado de Pernambuco não é signatário do Convênio 13/1993, e que a ele não se aplica a decisão da Suprema Corte na ADIN 1.851/AL, merece reforma, portanto, o entendimento firmado pelo Tribunal de origem, para que se reconheça a possibilidade de restituição do ICMS relativamente ao valor da operação realizada sob o regime da substituição tributária "para frente".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0174025-5

RMS 30379 / PE

Número Origem: 960950

PAUTA: 17/12/2009

JULGADO: 17/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CAMPELLO E PIMENTEL LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : WALTER MARON DE CERQUEIRA Y COSTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Extinção do Crédito Tributário - Compensação

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

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária