



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.500 - PE
(2009/0182200-2)**

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX
AGRAVANTE : AUTO POSTO OLYMPUS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FREDERICO JOSÉ MATOS DE CARVALHO E OUTRO(S)

EMENTA

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 ADESAO 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: **REsp 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 declaração de compensabilidade, a impetração agrega (a) pedido de juízo sobre os elementos da própria compensação (v.g.: reconhecimento do indébito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.500 - PE
(2009/0182200-2)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por AUTO POSTO OLYMPUS LTDA contra decisão de minha lavra, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMPENSAÇÃO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO INDEVIDO. NECESSIDADE. MATÉRIA PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO (RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.111.164/BA). ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE O VALOR DA OPERAÇÃO TRIBUTADA. REVISÃO DO ENTENDIMENTO POR FORÇA DA NOVEL ORIENTAÇÃO DO STF (ADIN 1.851/AL).

1. 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

2. 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).

3. In casu, o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado prescinde, portanto, da pré-constituição da prova dos recolhimentos indevidos, o que não restou comprovado, porquanto a impetrante não apresentou qualquer documento que indicasse o recolhimento indevido da tributo objeto do pedido de restituição.

4. Ademais, "No regime de substituição tributária progressiva, autorizado pelo artigo 150, § 7º, da CF, não se tem, no momento da apuração do tributo, o valor real de saída da mercadoria, o que torna inevitável a adoção de base de cálculo presumida" (RMS 23.142/MA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 06.12.2007, DJ 17.12.2007).

5. Deveras, revela-se despiciendo o questionamento acerca de suposta diferença entre a restituição (imediata e preferencial) prevista no § 7º, do artigo 150, da Constituição Federal de 1988, e a repetição de indébito, nos moldes do artigo 165, II, do CTN, uma vez que a questão de fundo versa sobre matéria pacificada no STJ e no STF, no sentido de que, somente nos casos de não realização do fato imponible presumido, 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 contribuinte substituído, não se configurando o alegado erro no cálculo do montante do débito.

6. A alegação de venda por preço inferior ao presumido, mas nos estritos termos da previsão constitucional, não gera direito à compensação, uma vez que este direito somente seria admitido no caso de incorrência do fato gerador, situação que não se amolda à hipótese sub examine, o que afasta a liquidez e a certeza do direito alegado.

7. Esta Corte mantinha entendimento no sentido de que a partir da vigência da Lei Complementar nº 87/96, o contribuinte substituído, no regime de substituição tributária do ICMS, ostentava legitimidade para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente.

8. O egrégio STJ vinha admitindo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arbitrada.

9. Entrementes, em 08 de maio de 2002, o Plenário do Pretório Excelso, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851, decidiu pela constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, em virtude do disposto no § 7º do art. 150 da CF, e considerando ainda a finalidade do instituto da substituição tributária, que, mediante a presunção dos valores, torna viável o sistema de arrecadação do ICMS. Em consequência, ficou estabelecido, no âmbito daquela egrégia Corte, que somente 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.

10. Submissão ao julgado da Excelsa Corte. A força da jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, de tal sorte que os Relatores dos apelos extremos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito.

11. A estratégia política-jurisdicional do precedente, mercê de timbrar a interpenetração dos sistemas do civil law e do common law, consubstancia técnica de aprimoramento da aplicação isonômica do Direito, por isso que para "casos iguais", "soluções iguais".

12. A real ideologia do sistema processual, à luz do princípio da efetividade processual, do qual emerge o reclamo da celeridade em todos os graus de Jurisdição, impõe que o STJ decida consoante o STF acerca da mesma questão, porquanto, do contrário, em razão de a Corte Suprema emitir a última palavra sobre o tema, decisão desconforme do STJ implicará o ônus de a parte novamente recorrer para obter o resultado que se conhece e que na sua natureza tem função uniformizadora e, a fortiori, erga omnes.

13. Recurso ordinário desprovido".

Nas razões recursais, a agravante afirma que não há necessidade de prova pré-constituída para a declaração do direito à compensação (súmula 213 do STJ). Aduz que os efeitos do julgamento da ADI 1851/AL não se aplicam no presente caso, porquanto o Estado de Pernambuco, além de não ser signatário do convênio 13/97, editou a Lei 11.408/96, assegurando a restituição do ICMS pago antecipadamente, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida. Requer, ao final, a procedência do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 30.500 - PE
(2009/0182200-2)**

EMENTA

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 ADESAO 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: **REsp 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Nas razões recursais, sustenta o agravante que os efeitos do julgamento da ADI 1851/AL não se aplicam no presente caso, porquanto o Estado de Pernambuco, além de não ser signatário do convênio 13/97, editou a Lei 11.408/96, assegurando a restituição do ICMS pago antecipadamente, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação for inferior à presumida.

Alega que o Estado de Pernambuco estendeu o benefício previsto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, às hipóteses em que as vendas realizadas se concretizassem em valores menores que os previstos antecipadamente (artigo 19, I, "a", e II, da Lei Estadual 11.408/96).

Deveras, a Primeira Seção do STJ, quando do julgamento do **EResp 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). A ementa do aludido julgado restou assim vazada:

"TRIBUTÁRIO – ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RESTITUIÇÃO – VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO – NÃO ADESÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO AO CONVÊNIO 13/97, OBJETO DA ADIN 1.851-4/AL.

1. O STF, na ADIn 1.851-4/AL analisou a questão da substituição tributária em face do Convênio 13/97, concluindo que, de acordo com o art. 150, § 7º da CF/88, somente haveria direito à restituição caso não realizado o fato gerador presumido. Contudo, não sendo o Estado de São Paulo signatário do referido convênio, descabe a incidência do mencionado precedente aos autos.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos."

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.

Destarte, revela-se aplicável, *in casu*, a jurisprudência do STJ que admitia que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Neste sentido, colhem-se as ementas dos seguintes julgados proferido em hipótese similar:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL CONFIGURADO. CORREÇÃO DO JULGADO. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. VALORES RECOLHIDOS A MENOR. RESTITUIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DA ADIN 1.851/AL. ACÓRDÃO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO LOCAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME VIA RECURSO ESPECIAL.

1. Constatada a existência de erro material e omissão no acórdão embargado, impõe-se a correção do julgado.

2. Tendo o Tribunal de origem decidido a lide com base na interpretação de normas de direito local e de preceitos constitucionais, torna-se inviável a apreciação do recurso especial.

3. Não sendo o Estado de São Paulo signatário do Convênio n. 13/97, não se aplica o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1.851/AL. Assim, é possível a complementação do ICMS nos casos em que o pagamento ao fisco tenha sido efetuado com base de cálculo inferior à de fato realizada.

4. Embargos de declaração acolhidos para, alterando-se os fundamentos do acórdão embargado, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. Remessa dos autos ao STF." (EDcl no REsp 406.879/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 19.09.2006, DJ 25.10.2006)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. VENDA POR PREÇO INFERIOR. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ADIN 1.851/AL.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 8.5.2002, na ADIn 1.851/AL, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, decidiu só ser possível a restituição do imposto recolhido em regime de substituição tributária na hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

2. Não procede, no caso, a alegação da iminência de revisão do posicionamento pelo STF, uma vez que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.675 e 2.777 referem-se aos Estados de Pernambuco e São Paulo, unidades federadas não-signatárias do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Convênio ICMS 13/97 e para as quais há leis estaduais específicas.

3. *Agravo regimental da Fazenda Estadual provido, para, reconsiderando a decisão recorrida, julgar o agravo regimental da empresa-contribuinte, negando-lhe provimento.* (AgRg no AgRg no REsp 536.724/RS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 24.04.2006)

"TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO PROGRESSIVA. VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. TRANSFERÊNCIA. ACÓRDÃO COM FUNDAMENTO DE DIREITO LOCAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. *"O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária" Súmula n.º 213/STJ.*

2. *A regra do art. 18 da Lei n.º 1.533/51, que prevê o prazo decadencial de 120 dias, não se aplica às hipóteses de impetração preventiva, como no caso dos autos.*

3. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n.º 1.851-4/AL, entendeu, 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 na hipótese de não se realizar o fato gerador presumido, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.*

4. *O entendimento consagrado pela Suprema Corte não se aplica, entretanto, ao Estado de São Paulo, que possui lei específica Lei n.º 6.374/89 prevendo a possibilidade de restituição na hipótese em que a base de cálculo presumida supera o valor real da operação.*

5. *Se o Tribunal de origem, quanto ao mérito, interpretou a questão dos autos sob a perspectiva da legislação local, inadmissível o apelo extremo pela alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição da República, restando também prejudicado o exame pela alínea "c".*

6. *Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.* (REsp 258.497/SP, Rel. Ministro Castro Meira, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.04.2004, DJ 28.06.2004 p. 217)

Acontece que o recurso ordinário não merece prosperar porquanto inexistente *in casu* a comprovação da prova pré-constituída.

É de sabença que o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF). Isto porque o referido instrumento processual de tutela de direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivo público constitucional goza de eminência ímpar, equiparável à do ***habeas corpus***. Assim, na sua origem era mesmo denominado de ***habeas corpus*** civil, revelando a natureza da lesão que visava conjurar.

A afronta à ordem que enseja o **writ** pressupõe lesão civil tão grave quanto o é a restrição ao direito fundamental de ir e vir. Por este fato, que diz respeito à história do instituto, depreende-se quão promíscua é a utilização do mandado de segurança como sucedâneo de uma mera ação de cobrança, o que por certo conduziu a Excelsa Corte ao entendimento antes indicado,

De fato, o mandado de segurança reserva-se à tutela imediata de lesões gravíssimas aos direitos líquidos e certos não reparáveis pelas outras vias, máxime porque, a impossibilidade de utilização da ação mandamental não exclui as outras formas de provimento jurisdicional.

Com efeito, o presente *mandamus* foi impetrado para que seja assegurado o direito ao creditamento de valores relativos a ICMS recolhidos a maior no regime de substituição tributária, nos dez anos anteriores à impetração.

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.

In casu, o recorrente não acostou aos autos qualquer documento hábil a comprovar o alegado recolhimento a maior do ICMS. Nas razões recursais, afirmou, peremptoriamente, *in verbis*:

"... o mandamus questiona atuação da autoridade fazendária a qual impede o contribuinte de proceder a compensação administrativa, conforme se verifica das próprias informações da parte contrária (por motivo de direito, e não por inexistência de crédito ou outra questão fática - o que subsume a uma "condição de credora tributária"), de forma que é totalmente desnecessária a comprovação dos recolhimentos indevidos na presente via especial, pois o objeto nuclear da demanda é fastar preventivamente o ato concreto o qual está vinculado a autoridade coatora, impeditivo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensação".

Portanto, não há nos autos qualquer documento ou prova pré-constituída capaz de embasar a pretensão do impetrante a ponto de justificar a concessão da segurança pleiteada, vale dizer, não restou devidamente comprovado que a realização da compensação que alega ter direito lhe foi negada. Nesse sentido, importante se faz a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"Quando a lei alude o direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e o seu exercício no momento da impetração. em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido e certo, para fins de segurança." (in Mandado de Segurança e Ação Popular, 5ª ed., fl. 16)

Ao tratar do tema em hipótese semelhante, a 1ª Seção da Corte, ao julgar o recurso repetitivo nº 1.111.164 - BA, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, assentou:

"No que se refere a mandado de segurança sobre compensação tributária, a extensão do âmbito probatório está intimamente relacionada com os limites do pedido, ou seja, com os limites do direito tido como violado ou ameaçado de violação pela autoridade impetrada. Nesse aspecto, a jurisprudência do STJ distingue claramente duas situações: a primeira, em que a impetração se limita 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 outra situação é a da impetração, à declaração de compensabilidade, agrega (a) pedido de juízo específico 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).

Na primeira situação, que tem amparo na súmula 213/STJ ("O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária"), a jurisprudência do STJ não exige que o impetrante traga prova pré-constituída dos elementos concretos da operação de compensação (v.g: prova do valor do crédito que dá suporte à operação de compensação contra o Fisco),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

até porque o objeto da impetração não abrange juízo específico a respeito. Nos precedentes que serviram de base à edição da súmula o Tribunal afirmou a viabilidade de, na via mandamental, ser reconhecido o direito à compensação, ficando a averiguação da liquidez e da certeza da própria compensação (que, portanto, seria realizada no futuro) sujeita à fiscalização da autoridade fazendária. No EDRESP 81.218/DF, 2ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 17.06.1996, consta do voto condutor do acórdão que "a Egrégia Turma distingue compensação de crédito de declaração de que o crédito é compensável, esta última não dependente de prova pré-constituída a respeito dos valores a serem compensados". O que se exigia da impetrante, nesses casos, era apenas prova da "condição de credora tributária" (ERESP 116.183/SP, 1ª Seção, Min. Adhemar Maciel, DJ de 27.04.1998).

Todavia, para a segunda situação - em que a concessão da ordem envolve juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, ou em que os efeitos da sentença supõem a efetiva realização da 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".

Com efeito, o caso *sub judice* não é de simples declaração de compensabilidade, enquadrável na súmula 213/STJ. Mais que isso, agrega-se à pretensão compensatória pedidos que supõem a efetiva realização da compensação, tais como: a) o pedido de RESTITUIÇÃO GARANTIDA 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 seja determinado ao Fisco que se abstenha de promover quaisquer atos que visem impedir ou retardar o colimado ressarcimento, deixando de lavrar autos de infração, reter caminhões e cargas em postos fiscais que tenham por objeto a restituição em tela (fl.38).

Resta evidenciado, destarte, que o reconhecimento da liquidez e certeza do direito na amplitude e para os fins pleiteados, com nítido caráter condenatório, supõe a prova do recolhimento do tributo indevido, o que não restou comprovado no caso *sub judice*, razão pela qual resta configurada a impropriedade da via eleita.

Frise-se que o obstáculo da prova pré-constituída não impede que outras vias ordinárias sejam utilizadas para se discutir sobre a pretensão de devolução dos valores pagos a maior do recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0182200-2 PROCESSO ELETRÔNICO RMS **AgRg no 30.500 / PE**

Números Origem: 909139 90913902

EM MESA

JULGADO: 05/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. IVALDO OLÍMPIO DE LIMA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AUTO POSTO OLYMPUS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FREDERICO JOSÉ MATOS DE CARVALHO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AUTO POSTO OLYMPUS LTDA
ADVOGADO : BRUNO ROMERO PEDROSA MONTEIRO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR : FREDERICO JOSÉ MATOS DE CARVALHO 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 Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 05 de outubro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária