



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 118.240 - PI
(2011/0276057-5)**

RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER
AGRAVANTE : CARVALHO E FERNANDES LTDA
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO : FLÁVIO COELHO DE ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AGRADO REGIMENTAL. SÚMULA Nº 126/STJ. Se o acórdão tem fundamentos constitucional e infraconstitucional e não foi atacado por recurso extraordinário, incide a Súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília, 13 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Presidente

MINISTRO ARI PARGENDLER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 118.240 - PI
(2011/0276057-5)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O agravo regimental ataca a seguinte decisão da lavra do Ministro Francisco Falcão, *in verbis*:

"Trata-se de agravo contra a decisão de fls. 342-343, que negou admissão a recurso especial interposto por CARVALHO E FERNANDES LTDA, com fundamento no artigo 105, inciso III, letra 'c', da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, assim ementado:

'APELAÇÃO CÍVEL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - EMPRESA DO RAMO VAREJISTA E ATACADO - RESTITUIÇÃO DE VALORES RECOLHIDOS A MAIOR - IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ADIN n. 1.851-4/AL - FATO GERADOR NÃO OCORRIDO - DEVOLUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851-4/AL, relator Ministro limar 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, afastada a possibilidade de 'compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da última operação'. Em que pese não ser objeto do presente, o julgamento deverá ainda basear no entendimento supramencionado. Decisão unânime' (fls. 271-272).

Alega a recorrente que o acórdão recorrido diverge do entendimento desta Corte, expresso na Súmula n.º 431, segundo a qual é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. Argumenta que a Fazenda Estadual aplica a chamada pauta fiscal em desacordo com as hipóteses previstas no artigo 148 do CTN.

Contrarrazões ao recurso especial às fls. 322-340.

Contraminuta ao agravo às fls. 363-370.

Relatados, decido.

O acórdão recorrido adota fundamento eminentemente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, insuscetível de reforma em sede de recurso especial. Nesse sentido:

'TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. IMUNIDADE DO PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS. EXTENSÃO AO ÁLCOOL ANIDRO. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. REVISÃO NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A controvérsia do recurso especial reside no direito de estorno de crédito de ICMS decorrente da entrada de álcool anidro adicionado à gasolina, tendo em vista a imunidade concedida aos derivados de petróleo. Ocorre que o Tribunal local negou provimento ao apelo com fundamentação eminentemente constitucional, haja vista a interpretação dada ao artigo 155, § 2º, X, 'b', da Constituição Federal no sentido de excluir os combustíveis de origem vegetal (álcool anidro) da imunidade constitucional do petróleo, lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica.

2. O fundamento constitucional assentado pelo acórdão recorrido afasta a possibilidade de revisão do julgado na via do recurso especial, por sua competência ser restrita à uniformização do direito infraconstitucional. No contrário, estar-se-ia usurpando a atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal disciplinada no art. 102, III, da Carta Política de 1988.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1185691/PI, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe de 30/09/2011).

'AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. CESTA BÁSICA. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO' (AgRg no Ag 1343299/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe de 05/04/2011).

'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO A MENOR. RESTITUIÇÃO. ART. 150, § 7º, DA CF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL SUFICIENTE. NÃO-COMPROVAÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. JUNTADA POSTERIOR E PARCIAL DAS PEÇAS. IMPOSSIBILIDADE. OUTRO FUNDAMENTO SUFICIENTE NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF.

1. Inviável o conhecimento do Recurso Especial se a recorrente não comprova, no momento da interposição do Agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Instrumento, a existência de Recurso Extraordinário contra fundamento constitucional suficiente para manutenção do acórdão recorrido (Súmula 126/STJ).

2. Ademais, a recorrente não atacou outro fundamento adotado pelo Tribunal de origem, o de que ela não cumpriu os procedimentos previstos na legislação local para a restituição (Súmula 283/STF).

3. Agravo Regimental provido' (AgRg no AgRg no Ag 972.706/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe DE 11/03/2009).

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário' (Súmula 280/STF).

2. O exame de acórdão decidido, precipuamente, com base em norma constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Federal, pela via do recurso extraordinário, sendo vedado a esta Corte Superior realizá-lo, em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.

3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem efetivamente abordou a controvérsia acerca do direito à restituição dos valores pagos a maior a título de ICMS apenas com fundamento em matéria constitucional e de direito local, conforme se constata às fls. 15/22. Não houve nenhuma análise da demanda sob o aspecto infraconstitucional.

4. Agravo regimental desprovido' (AgRg no Ag 945.898/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe de 26/05/2008).

'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NÃO-IMPUGNADO MEDIANTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 'É inadmissível o recurso especial, quando o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficientes, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário' (Súmula 126/STJ).

2. Agravo regimental desprovido' (AgRg no Ag 949.219/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe de 26/05/2008).

Ante o exposto, com esteio no artigo 544, § 4.º, inciso II, letra 'b', do CPC, CONHEÇO DO AGRAVO, mas NEGO SEGUIMENTO ao recurso especial" (fl. 378/380).

A teor das razões:

"Na decisão monocrática, o Douto Relator decidiu por conhecer do agravo para negar seguimento ao recurso especial, apreciando a causa unicamente sob alegação de suposta fundamentação constitucional, sem a comprovação de interposição do recurso extraordinário. Ocorre que tal argumentação não prospera vez que não se trata de matéria de Constituição, mas de ofensa a legislação infraconstitucional e contrariedade a jurisprudência pacífica desta Casa" (fl. 386).

"No caso ora combatido, há a mera obrigação imposta pelo Estado do Piauí quanto ao recolhimento antecipado em valor fixado de forma unilateral pelo Cotepe, sem qualquer possibilidade de impugnação pelo contribuinte, e onde não se preserva o direito de recolher o tributo pelo valor real da operação, caso realizado a menor que o valor fixado em pauta.

Nesses termos, a prática é reconhecidamente ilegal" (fl. 388).

"In casu, a prática adotada pelo Estado do Piauí destoa completamente do que consta apregoadado acima, eis que não há procedimento administrativo legitimante, controle do contribuinte e adequação aos demais critérios instituídos na LC 87/96, conforme descrito no precedente acima.

A sistemática aqui combatida, portanto, não se enquadra na exceção à Súmula 431 do STJ, eis que trata-se efetivamente de sistemática de pauta fiscal, bastante distinta da prática excepcionada pela Lei Complementar nº 87/96, qual seja, a da fixação de valores em 'pauta de referência' para fins de substituição tributária" (fl. 389).

"O arbitramento da base de cálculo, através de pauta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscal, e não por lei, é abusivo e impróprio, uma vez que dá gênese a uma ficção legal absoluta que onera o contribuinte, obrigando-o a pagar bem mais do que o preço justo do tributo.

Ora, ao estipular que a Recorrente deve sujeitar-se ao regime de pauta fiscal de sua base de cálculo, o Estado do Piauí lesiona princípios fundamentais do Direito Tributário aclamados positivamente na Constituição Federal" (fl. 389).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 118.240 - PI
(2011/0276057-5)**

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ARI PARGENDLER (Relator):

O acórdão recorrido decidiu a matéria controvertida com base em fundamento constitucional, consoante se verifica dos seguintes trechos:

"É sabido o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da adoção de pautas fiscais pelos Estados-membros (Representação nº 1.231-0/SC). Da mesma forma o Superior Tribunal de Justiça se manifestou reiteradas vezes, no sentido da ilegalidade e da impossibilidade da instituição da pautas fiscais por atos do Poder Executivo das Administrações Fazendárias estaduais.

Com a inclusão do § 7º ao art. 150, da CF/88, por meio da EC nº 3/93 (e a criação da substituição tributária progressiva), a matéria voltou a ser questionada pelos nossos Tribunais Superiores.

Uma novidade surgiu após o julgamento da ADIn nº 1.851-5/AL, ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade do imposto ser exigido antes da ocorrência do fato gerador, com base em valor presumido, e a desnecessidade de devolução ou complementação dos valores pagos, a maior ou a menor, respectivamente.

A ADIN nº 1.851-4/AL foi ajuizada com o objetivo de saber se haveria possibilidade de restituição do ICMS recolhido por meio da substituição tributária progressiva, caso o fato gerador se realizasse em valor inferior àquele utilizado na base de cálculo presumida" (fl. 274).

"O entendimento majoritário da doutrina entende que a Corte do Supremo Tribunal Federal, ao mudar radicalmente a jurisprudência, subestimou os princípios constitucionais magnos que protegem o contribuinte, parte mais fraca da relação tributária, para relevar os princípios que protegem a fiscalização.

A decisão citada representou, à época, o 'leading case' para a questão. Isto porque o reconhecimento pelo STF da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade da regra inserta no § 7º, do art. 150, da CR/88, através de uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade equivaleria ao esgotamento das possibilidades de discussão acerca da matéria.

Entretanto, foram ajuizadas as ADIn's nºs 2.777 e 2.675, encontrando-se em curso o julgamento. As referidas ações questionam a constitucionalidade de dispositivos de leis estaduais de São Paulo e Pernambuco, que tratam da restituição do ICMS pago antecipadamente no instituto da substituição tributária.

O plenário do Supremo Tribunal Federal analisa o inciso II, do artigo 66-b, da Lei nº 6.374/89, de São Paulo, na redação dada pelo artigo 3º, da Lei nº 9.176/95, e o inciso II, do artigo 19, da Lei Estadual nº 11.408/96, de Pernambuco.

As ADIn's 2.675 e 2.777 foram ajuizadas pelos governadores dos Estados de Pernambuco e São Paulo, respectivamente, contra os dispositivos de leis estaduais, que asseguram a restituição do ICMS pago antecipadamente.

Conforme as leis estaduais, as empresas contribuintes do ICMS no regime da substituição tributária progressiva têm o direito de receber a diferença do valor pago a maior, na hipótese de se verificar que a obrigação tributária seja de valor inferior ao que foi presumido.

No entendimento dos Procuradores estaduais, a Constituição da República veda a forma de restituição tal como proposta nas referidas leis estaduais, eis que no § 7º, do art. 150, há a previsão de que a devolução do montante pago antecipadamente será devida quando o fato gerador da obrigação não se realizar.

Nesse sentido, em que pese não ser objeto do presente, o julgamento deverá ainda basear no entendimento do Supremo Tribunal Federal, a partir da ADIn nº 1.851-5/AL, não havendo direito líquido e certo que ampare a pretensão do apelante" (fl. 276).

Frise-se que o fundamento constitucional do acórdão recorrido deixou de ser atacado por recurso extraordinário, incidindo, na espécie, a Súmula nº 126 do Superior Tribunal de Justiça.

Voto, por isso, no sentido de negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0276057-5

AgRg no
AREsp 118.240 / PI

Números Origem: 2135732005 70031436

EM MESA

JULGADO: 13/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CARVALHO E FERNANDES LTDA
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO : FLÁVIO COELHO DE ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CARVALHO E FERNANDES LTDA
ADVOGADO : JOAO ULISSES DE BRITO AZEDO E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO PIAUÍ
ADVOGADO : FLÁVIO COELHO DE ALBUQUERQUE 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 Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.