



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.303 - SE (2003/0189963-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO : JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMÁTICA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DO ICMS. JULGAMENTO, PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 593.849/MG. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. QUESTÃO JURÍDICA DIVERSA DA ANALISADA NOS PRESENTES AUTOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. ACÓRDÃO ANTERIOR MANTIDO. AUTOS DEVOLVIDOS À VICE-PRESIDÊNCIA DO STJ.

I. Na hipótese, os autos foram devolvidos para exercício do juízo de retratação, de que cuida o art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, ao fundamento de que o acórdão, proferido pela Segunda Turma do STJ, teria contrariado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, DJe de 05/04/2017), em regime de repercussão geral, no qual se firmou a seguinte tese: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida" (Tema 201/STF).

II. No entanto, os autos não versam sobre o Tema 201 da sistemática da repercussão geral. A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, julgou legítima a sistemática de pagamento antecipado do ICMS, sem substituição tributária, prevista na Lei 3.796/96 e no Decreto 20.741/2002, ambos do Estado de Sergipe. Desse modo, apresenta-se incabível o exercício do juízo de retratação, de que cuida o art. 1.040, II, do CPC/2015.

III. A Segunda Turma do STJ, ao enfrentar situação análoga, já decidiu que, sendo diversa a questão jurídica decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, em relação à questão analisada no acórdão objeto do juízo de retratação, deve ser determinado o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, para o fim do art. 1.041, **caput**, do CPC/2015 (STJ, AgRg no REsp 1.172.548/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2018).

IV. Acórdão anterior mantido. Autos devolvidos à Vice-Presidência do STJ.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, manteve o acórdão anterior negando provimento ao recurso em mandado de segurança e determinando o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 12 de maio de 2020(data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0189963-0 PROCESSO ELETRÔNICO RMS 17.303 / SE

Número Origem: 45182002

PAUTA: 06/11/2018

JULGADO: 06/11/2018

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO	: JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO	: ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR	: ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

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

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0189963-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 17.303 / SE

Número Origem: 45182002

PAUTA: 07/02/2019

JULGADO: 07/02/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ODIM BRANDÃO FERREIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO	: JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO	: ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR	: ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

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

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0189963-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 17.303 / SE

Número Origem: 45182002

PAUTA: 16/05/2019

JULGADO: 16/05/2019

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO	: JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO	: ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR	: ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

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

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.303 - SE (2003/0189963-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES: Trata-se de Recurso em Mandado de Segurança – que retornou a esta Turma, para os fins do art. 1.040, II, do CPC/2015 –, interposto por FINO GOSTO LTDA., com fundamento no art. 105, II, **b**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO TRIBUTÁRIO. **Cobrança Antecipada de ICMS. Possibilidade. Constitucionalidade da Legislação aplicável à espécie. Precedentes desta Corte de Justiça e do STF.** Apreensão de Mercadorias como forma de pagamento de imposto. Impossibilidade. Em vigência a Lei 6.830/90. A apreensão e depósito de mercadorias como meio de pressionar o pagamento do imposto não pode substituir à Ação de Execução Fiscal. Adotado este critério, ferido se encontra o princípio do *due process of law*. Precedentes do STF, Súmula 323. Liminar antes concedida em parte é, agora, confirmada. Ordem parcialmente concedida. Decisão por maioria" (fl. 96e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados (fls. 144/147e).

A parte recorrente sustenta que a segurança concedida parcialmente, pelo acórdão recorrido, "alcança, única e exclusivamente, os casos de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para cobrança do ICMS, porém, considera legítima e legal a inclusão do nome da Recorrente no rol dos contribuintes inaptos, bem como a exigência, desse imposto, antes da ocorrência do fato gerador" (fl. 154e).

Defende ser ilegal e inconstitucional a sistemática de pagamento antecipado do ICMS, ao argumento de que:

"O legislador estadual, agredindo os mandamentos insculpidos no art.143, inciso III, alínea a, da Super Lei e malferindo os ditames da Lei Complementar Federal nº 87/96, fez constar da Lei nº 3.796/96, *in verbis*:

'Art. 42 - O Poder Executivo, mediante Decreto poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do percentual a ser agregado ao valor da operação ou prestação subsequente, **a ser efetuado pelo próprio contribuinte**, incluindo os valores correspondentes a frete, carretos, seguros e outros encargos transferíveis ao adquirente'." (fl. 160e).

Ao final, formula os seguintes pedidos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*Ex positis*, atendidos e comprovados os pressupostos de admissibilidade, previstos no art. 105, inciso II, alínea *b*, da Carta Magna Federal, bem como no art. 539, inciso II, alínea *a*, do Código de Processo Civil, a Recorrente roga que essa Colenda Corte Superior de Justiça receba o presente RECURSO ORDINÁRIO e que, dele, tome conhecimento, a fim de, dando-lhe provimento, reformar a decisão recorrida, inclusive invertendo o ônus da sucumbência, para decretar a concessão da ordem de segurança suplicada, nos termos do pedido constante na petição inicial (fls.02/17).

É o que espera, a Recorrente, para ver respeitado o seu direito líquido, certo e intangível de não pagar ICMS precedentemente ao nascimento do dever jurídico correspondente e, assim, poder exercer as suas atividades, sob os primados da lei e da JUSTIÇA" (fl. 161e).

A Segunda Turma negou provimento, anteriormente, ao Recurso Ordinário, em acórdão de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, em sessão de julgamento realizada em 17/06/2004, ao entendimento de que se mostra **legítima a sistemática de pagamento antecipado do ICMS, sem substituição tributária**, prevista na Lei 3.796/1996 e no Decreto 20.741/2002, ambos do Estado de Sergipe.

Eis a ementa do acórdão:

"TRIBUTÁRIO - ICMS - PAGAMENTO ANTECIPADO - SANÇÃO PREVISTA EM LEI ORDINÁRIA.

1. O instituto da antecipação tributária, prevista no artigo 150, § 7º, da CF, encerra duas modalidades: com substituição e sem substituição.
2. A antecipação com substituição exige previsão em lei complementar, como determinado no art. 155, § 2º, 'b', da Carta da República.
3. **A antecipação sem substituição, espécie de que tratam os autos**, não exige lei complementar, podendo estar prevista em lei ordinária.
4. Legalidade da antecipação prevista na Lei 3.796/96, do Estado de Sergipe, e do Decreto Estadual 20.741/2002.
5. Recurso ordinário improvido" (fl. 191e).

Os Embargos de Declaração, opostos pela impetrante, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO INFRINGENTE.

1. Inexistente qualquer hipótese do art. 535 do CPC, não merecem acolhida embargos de declaração com nítido caráter infringente.
2. Embargos de declaração rejeitados" (fl. 204e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A parte recorrente interpôs, então, Recurso Extraordinário (fls. 207/223e), sob alegação, em essência, de que a sistemática de cobrança antecipada do ICMS, sem substituição tributária, prevista no art. 8º, I, da Lei 3.796/96, do Estado de Sergipe, contraria o disposto no art. 12 da Lei Complementar 87/96, asseverando que:

"Inquestionável, dessarte, o conflito que permeia as normas, ínsitas do inciso I, do art. 8º, da Lei Estadual nº 3796/96, com aquelas predicadas pelo inciso XV, do mesmo artigo. Além disto, as regras tracejadas por este último inciso, desborda os lindes gizados, pela Lei Nacional, em os incisos do art. 12, exceto em relação a hipótese prevista no inciso IX, conforme se depreende do inciso V, do art. 13, do mesmo Diploma Legal. É dizer, enfim, que as disposições do inciso XV, art.8º, da Lei Estadual, nº 3.796/96, confrontam o princípio da hierarquia das leis e negam validade ao princípio da reserva legal, sendo, por conseguinte imprestáveis ante a ordem jurídica plasmada pela Constituição Cidadã, ressalvada, apenas e tão somente, a hipótese de sua aplicação às mercadorias importadas do exterior, caso as respectivas operações de circulação subsequêntes estejam sujeitas ao regime especial de tributação, em comento" (fl. 220e).

Em 03/11/2005, o mencionado Recurso Extraordinário foi admitido, pelo então Presidente do STJ, Ministro EDSON VIDIGAL (fls. 228/229e).

A Ministra CÁRMEN LÚCIA, no Supremo Tribunal Federal, de início, negou seguimento ao Recurso Extraordinário (fls. 236/240e). No entanto, ao julgar Agravo Regimental, em juízo de reconsideração, tornou sem efeito a aludida decisão e determinou a devolução destes autos ao STJ, para aguardar o julgamento do RE 593.849/MG, submetido ao regime da repercussão geral, "para que seja observado o art. 543-B do Código de Processo Civil, nos termos do art. 328, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal" (fls. 256/257e).

O processo ficou sobrestado, nesta Corte, até o julgamento definitivo, pelo STF, do RE 593.849/MG, no qual restou assentado que "é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

Em 20/11/2017, o Vice-Presidente do STJ, Ministro HUMBERTO MARTINS, devolveu os autos a esta Segunda Turma, para os fins do art. 1.040, II, do CPC/2015 (fls. 280/281e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 17.303 - SE (2003/0189963-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO : JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO : SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMÁTICA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DO ICMS. JULGAMENTO, PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 593.849/MG. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. QUESTÃO JURÍDICA DIVERSA DA ANALISADA NOS PRESENTES AUTOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. ACÓRDÃO ANTERIOR MANTIDO. AUTOS DEVOLVIDOS À VICE-PRESIDÊNCIA DO STJ.

I. Na hipótese, os autos foram devolvidos para exercício do juízo de retratação, de que cuida o art. 1.040, inciso II, do CPC/2015, ao fundamento de que o acórdão, proferido pela Segunda Turma do STJ, teria contrariado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, DJe de 05/04/2017), em regime de repercussão geral, no qual se firmou a seguinte tese: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pago a mais no regime de substituição tributária para a frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida" (Tema 201/STF).

II. No entanto, os autos não versam sobre o Tema 201 da sistemática da repercussão geral. A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, julgou legítima a sistemática de pagamento antecipado do ICMS, sem substituição tributária, prevista na Lei 3.796/96 e no Decreto 20.741/2002, ambos do Estado de Sergipe. Desse modo, apresenta-se incabível o exercício do juízo de retratação, de que cuida o art. 1.040, II, do CPC/2015.

III. A Segunda Turma do STJ, ao enfrentar situação análoga, já decidiu que, sendo diversa a questão jurídica decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, em relação à questão analisada no acórdão objeto do juízo de retratação, deve ser determinado o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, para o fim do art. 1.041, **caput**, do CPC/2015 (STJ, AgRg no REsp 1.172.548/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2018).

IV. Acórdão anterior mantido. Autos devolvidos à Vice-Presidência do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Conforme relatado, cuida-se de Recurso em Mandado de Segurança que retornou – por determinação da Vice-Presidência do STJ, nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015 –, para juízo de retratação, em decorrência do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 593.849/MG, sob a sistemática da repercussão geral, no qual restou assentada a seguinte tese: "É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida".

Eis a ementa do acórdão:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

- 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: 'É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'.**
2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.
3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.
4. O modo de raciocinar 'tipificante' na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.
- 5. De acordo com o art. 150, §7º, *in fine*, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.**
- 6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.

7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento" (STF, RE 593.849/MG, Rel. Ministro EDSON FACHIN, PLENÁRIO, DJe de 31/03/2017).

O presente Recurso em Mandado de Segurança, porém, não versa idêntica questão de direito. Enquanto no Tema 201 de repercussão geral controvertia-se acerca da possibilidade de apuração de créditos decorrentes da aplicação do regime de substituição tributária, quando o preço final de venda é inferior àquele estimado, no presente feito discute-se a constitucionalidade da sistemática de cobrança antecipada do ICMS, sem substituição tributária, prevista no art. 8º, I, da Lei 3.796/96, do Estado de Sergipe.

A própria recorrente, em suas razões de Recurso Ordinário, bem esclarece as razões da impetração do presente Mandado de Segurança, ao relatar que "o aspecto crucial da questão armada **não decorre, nem reside**, na aplicação e na execução das regras pertinentes à cobrança antecipada do ICMS, mediante o regime de especial tributação, **identificado como substituição tributária progressiva ou para a frente**" (fl. 155e - grifou-se), asseverando:

"A substituição tributária, mesmo na modalidade progressiva ou para a frente, já possui, na atualidade, contornos nítidos e delimitação jurídica amplamente assentados, pela copiosa e iterativa jurisprudência egressa tanto desse Colendo Tribunal, como do Pretório Excelso. **Ipsso facto**, as eventuais disceptações e as raras vozes discordantes, que ainda subsistem, são irrelevantes. *In casu*, repisa-se, **a insurgência da Recorrente não deriva do aludido regime especial**" (fl. 155e – grifou-se)

E, adiante, acrescenta:

"E os autos demonstram, à saciedade, que o caso, *in examen*, **não se subsume nas normas que balizam o instituto de substituição tributária progressiva ou para a frente**, do mesmo modo que fazem certo e incontestável que a demanda **não versa sobre o aludido regime especial de tributação**, conforme evidenciado expressamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto na ementa do r. aresto fustigado, como na declaração do voto vencedor, apesar de proclamarem a legalidade e a constitucionalidade da abstrusa exação fiscal, indigitada de antecipação tributária.

(...)

A instituição do regime de substituição tributária, consoante já proclamou a jurisprudência prevalente, na atualidade, **implica total exclusão do contribuinte substituído da relação jurídica tributária**. Além disto, a matéria está sob estrita reserva de lei complementar, ex vi do art.155, § 2º, inciso XII, alínea b, do Estatuto Supremo.

Sobreleva, por outro canto, que a cláusula '**exigir o pagamento antecipado do imposto (...), a ser efetuado pelo próprio contribuinte**', clarifica, às escâncaras, **que a hipótese** descrita no dispositivo legal, sob crivo, **não diz respeito ao regime de substituição tributária**" (fls. 157/160e).

No Recurso Extraordinário, aponta-se violação a diversos dispositivos constitucionais, sustentando-se, dentre outros fundamentos, "a inexistência de norma de lei **stricto sensu**, que respalde a cobrança antecipada de ICMS, **à margem do regime especial de substituição tributária**" (fl. 222e).

Corroborar esse entendimento a circunstância de que **não se postula**, no Mandado de Segurança, **restituição de diferença do ICMS pago a mais, no regime de substituição**, ao fundamento de que a base de cálculo efetiva da operação mostrou-se inferior à presumida. A recorrente busca: a) não se submeter ao regime de antecipação de pagamento do tributo; b) não ser enquadrada como contribuinte inapta; c) medida que impeça a apreensão de mercadorias, com a finalidade de cobrar tributos.

Eis o pedido definitivo, formulado na petição inicial:

"III - Cumpridas as formalidades legais de pertinência, inclusive a oitiva do Ministério Público, se for o caso, a concessão, em caráter definitivo, da SEGURANÇA suplicada, a fim de ratificar o provimento liminar e manter: (1) a ordem de não se aplicar, à SUPPLICANTE, as disposições que fluem dos dispositivos legais e infra-legais mencionados, no item I, alíneas a e b respectivamente, por conflitarem com os mandamentos constitucionais e com as normas complementares retro referidas, sendo, portanto, inválidas ante a ordem jurídica predicada pela Constituição Cidadã; (2) proibição de a IMPETRANTE continuar enquadrada como CONTRIBUINTE INAPTO; (3) a proibição de apreensão de mercadorias compradas ou vendidas, pela SUPPLICANTE, com a finalidade de cobrar imposto antecipado; e, finalmente, (4) a proibição da adoção de medidas que limitem ou restrinjam direitos da REQUERENTE" (fl. 17e).

A Segunda Turma do STJ, confirmando o acórdão prolatado pelo Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem, **atuou nos limites em que foi deduzida a questão**, ao assentar que se mostra legítima a sistemática de pagamento de ICMS, **sem substituição tributária**, na forma da legislação estadual de regência, nos termos da seguinte ementa:

"TRIBUTÁRIO - ICMS - PAGAMENTO ANTECIPADO - SANÇÃO PREVISTA EM LEI ORDINÁRIA.

1. O instituto da antecipação tributária, prevista no artigo 150, § 7º, da CF, encerra duas modalidades: com substituição e sem substituição.
2. A antecipação com substituição exige previsão em lei complementar, como determinado no art. 155, § 2º, 'b', da Carta da República.
3. **A antecipação sem substituição, espécie de que tratam os autos, não exige lei complementar, podendo estar prevista em lei ordinária.**
4. Legalidade da antecipação prevista na Lei 3.796/96, do Estado de Sergipe, e do Decreto Estadual 20.741/2002.
5. Recurso ordinário improvido" (fl. 191e).

Confira-se, por oportuno, a íntegra do voto condutor do acórdão submetido ao presente juízo de retratação, de relatoria da Ministra ELIANA CALMON, **in verbis**:

"Pretende a empresa impetrante não ser alvo do regime especial de fiscalização que a faz partícipe do regime de antecipação de cobrança do ICMS, em relação às mercadorias que saem do estabelecimento matriz para as filias nas cidades de Ribeirópolis e Carira, ambas no Estado de Sergipe. Alegou que adquire todos os produtos na cidade de São José dos Pinhais, Estado de São Paulo, à **Botica Farmacêutica Ltda.**, concentrando todas as compras na matriz, de onde são distribuídas para as filiais.

O inconformismo da impetrante é quanto à incidência do ICMS, antecipado, quando às mercadorias que se deslocam da matriz para as filiais, eis que o STJ já sumulou o seu entendimento, sob nº 166:

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte.

Após as informações é que se verificou a correção de algum excesso na argumentação, corrigindo-se os fatos que ensejaram a impetração. Na verdade, a empresa foi incluída no regime de fiscalização especial, com a exigência do pagamento antecipado, por força de inadimplência contumaz para com o fisco estadual.

A Lei Estadual 3.796/96, indicada na impetração como de absoluta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade, já foi objeto de exame pelo STJ, em pelo menos em duas oportunidades. A Primeira Turma, no RMS 14.618/SE, considerou de plena normalidade a cobrança antecipada do ICMS, ficando o julgado, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, assim resumido:

TRIBUTÁRIO - ICMS - COBRANÇA ANTECIPADA - REGIME ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO - LEGALIDADE - PRECEDENTES.

É legítima a cobrança antecipada do ICMS sob o pálio da Constituição Federal (art. 146, III, b), Lei Complementar nº 26/87 (art.26, II) e Lei Estadual nº 3796 (art.28, I, b, e 8º).

Não padece de ilegalidade a sujeição do contribuinte ao regime especial de fiscalização, se este deixou de cumprir com suas obrigações tributárias (art. 76, §1º e IV da Lei Estadual nº 3796/96).

Recurso improvido.

No mesmo sentido decidiu a Segunda Turma no RMS 15.095, relatado pelo Ministro Castro Meira, o qual considerou de plena legalidade o artigo 8º, inciso XV, da Lei Estadual 3.796/96, **dispositivo que estabelece a antecipação tributária quando da entrada no estabelecimento comercial, de mercadorias ou bens provenientes de outro Estado da Federação.**

Ora, outro não poderia ser o entendimento jurisprudencial desta Corte, diante da previsão constitucional do artigo 150, § 7º, que admite duas modalidades de antecipação: a antecipação com substituição e a antecipação sem substituição tributária.

A primeira, ou seja, a antecipação com substituição do ICMS, tem como regra própria a lei complementar, nos termos peremptórios da CF, artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea 'b'. **Diferentemente, a antecipação sem substituição pode ser normatizada por lei ordinária. Daí a legalidade da Lei Estadual em comento, ao dispor sobre a substituição impugnada, que é modalidade de 'antecipação sem substituição', o que equivale a uma espécie de antecipação de pagamento, perfeitamente acomodada no seio da legislação local, porque, embora chamada de substituição tributária, em verdade de substituição não se trata, pois não se conhece substituição sem substituto. Conseqüentemente, estamos diante de uma antecipação**, instituto que não se enquadra da exigência do artigo 155, § 2º da Carta da República.

A antecipação tributária imposta à recorrente como forma de sanção pela sua contumaz inadimplência não tem foro de ilegalidade, porque prevista na lei estadual e devidamente regulamentada pelo Decreto Estadual 20.741/2002.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com estas considerações, nego provimento ao recurso, mantendo o acórdão impugnado" (fls. 188/189 – grifou-se).

Bem se vê que a questão tratada no acórdão, proferido pela Segunda Turma, **data venia**, não guarda pertinência com o aludido Tema 201 de repercussão geral (RE 593.849/MG). Incabível, desse modo, o exercício do juízo de retratação, de que cuida o art. 1.040, II, do CPC/2015.

A Segunda Turma do STJ, ao enfrentar situação análoga, já decidiu que, sendo diversa a questão jurídica decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, em relação à questão analisada no acórdão objeto do juízo de retratação, deve ser determinado o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**:

"INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DOS CONGRESSISTAS-IPC (LEI 9.506/97). RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA LC 118/2005. RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR PARA OS FINS DO ART. 1.040, II, DO CPC/2015. REPERCUSSÃO GERAL JULGADA NO RE 628.837/GO. **QUESTÃO JURÍDICA DIVERSA DA ANALISADA NOS PRESENTES AUTOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO.**

I - No julgamento do RE 626.837/GO, Tema 691, em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deixou assentado que: "Incide contribuição previdenciária sobre os rendimentos pagos aos exercentes de mandato eletivo decorrentes da prestação de serviços à União, a estados e ao Distrito Federal ou a municípios após o advento da Lei 10.887/2004, desde que não vinculados a regime próprio de previdência".

II - A questão tratada na decisão monocrática do ilustre Ministro Relator e, posteriormente, na colenda Segunda Turma, diz respeito à natureza da contribuição vertida para o Instituto de Previdência dos Congressistas (IPC), se tributária ou não tributária, a implicar na regra a ser utilizada para a verificação da ocorrência de prescrição.

III - **Como as matérias tratadas são diversas, o que impede o confronto interpretativo para a uniformização da jurisprudência sobre o tema decidido pelo Pretório Excelso, não se cogita do exercício do juízo de retratação. Inaplicável, portanto, a previsão constante do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil de 2.015.**

IV - **Manutenção do acórdão anterior, com a determinação da devolução dos autos à Presidência do Superior Tribunal de Justiça para o fim do art. 1.041, caput, do Código de Processo Civil de 2.015"** (STJ, AgRg no REsp 1.172.548/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2018).

Vale destacar que, no precedente supracitado – tal como ocorre, na espécie –, houve anterior decisão monocrática do Ministro relator do processo, no Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, determinando a baixa dos autos, para fins de cumprimento do disposto no art. 543-B do CPC/73. É o que se constata do acesso à íntegra dos autos eletrônicos e do seguinte trecho do relatório:

"Interposto recurso extraordinário, esse foi inadmitido (fls. 365-368). Interposto agravo contra a referida decisão, os autos foram remetidos ao Supremo Tribunal Federal, o qual determinou a devolução dos autos a este Superior Tribunal de Justiça, em atenção ao Tema 691, objetivando o cumprimento do disposto no art. 543-B do CPC/1973 (fl. 389). Com o julgamento do Tema 691, pelo RE n. 626.837, determinou-se a remessa dos autos a este relator, para o fim previstos no art. 1.030, II, do CPC/2015".

Por fim, ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral de tema relativo à possibilidade de **decreto** estadual disciplinar sistemática de cobrança antecipada, sem substituição tributária, do ICMS.

Eis a ementa do acórdão:

"DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. REGIME DE PAGAMENTO ANTECIPADO SEM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECRETO ESTADUAL. FATO GERADOR DO TRIBUTO. COBRANÇA ANTECIPADA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL" (STF, RE 598.677/RS, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 05/08/2011).

No caso em exame, o regime em debate nos autos foi instituído pela Lei 3.796/96, do Estado de Sergipe, de modo que, a princípio, também não se amoldaria à repercussão geral em referência, de que cuida o Tema 456.

Ante o exposto, com fundamento no art. 1.041, **caput**, do CPC/2015, mantenho o acórdão de fls. 186/191e, determinando o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2003/0189963-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RMS 17.303 / SE

Número Origem: 45182002

PAUTA: 12/05/2020

JULGADO: 12/05/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: FINO GOSTO LTDA
ADVOGADO	: JOSÉ RINALDO FEITOZA ARAGÃO - SE002584
T. ORIGEM	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO DE SERGIPE
IMPETRADO	: SUPERINTENDENTE DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SERGIPE
RECORRIDO	: ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR	: ANDRÉ LUÍS SANTOS MEIRA - SE000423A

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

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, manteve o acórdão anterior negando provimento ao recurso em mandado de segurança e determinando o retorno dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.