



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.878 - SP (2019/0128102-6)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AGRAVANTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AGRAVANTE : NOVASOC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : TATIANE APARECIDA MORA XAVIER - SP243665
GUILHERME PEREIRA DAS NEVES E OUTRO(S) - SP159725
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELISA VIEIRA LOPEZ E OUTRO(S) - SP301792

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO DE VALORES INFERIORES À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E JUROS INCIDENTES. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRADO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se na origem de ação declaratória cumulada com pedido de restituição de ICMS/ST pago a maior na hipótese em que a base de cálculo real é inferior à presumida.
2. Consoante a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.777/SP, o Estado de São Paulo possui regramento específico para se analisar a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS. Assim, não compete ao STJ, a análise deste direito local, a teor da aplicação analógica da Súmula 280 do STF.
3. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
4. Agrado interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agrado interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.878 - SP (2019/0128102-6)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AGRAVANTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AGRAVANTE : NOVASOC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : TATIANE APARECIDA MORA XAVIER - SP243665
 : GUILHERME PEREIRA DAS NEVES E OUTRO(S) - SP159725
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELISA VIEIRA LOPEZ E OUTRO(S) - SP301792

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de Agravo Interno interposto pela Companhia Brasileira de Distribuição e outros, contra a decisão de minha relatoria, assim ementada:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO INVOCADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO DE VALORES INFERIORES À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E JUROS INCIDENTES. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. AGRADO CONHECIDO PARA SE CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E NESTA EXTENSÃO NEGO-LHE PROVIMENTO.

Em suas razões recursais, os agravantes reiteram as razões de mérito do especial, sustentando fazem jus à correção monetária (atualização) dos valores recolhidos indevidamente a título de ICMS/ST, nas hipóteses em que o fato gerador presumido foi inferior ao praticado. Asseveram ainda, que os requisitos para o conhecimento do apelo especial pela alínea "c", inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal estão satisfeitos.

Pugna, por fim, pela reconsideração da decisão, em juízo de retratação, ou pelo julgamento do presente recurso pelo Órgão Colegiado.

Não houve a apresentação de contraminuta ao agravo interno.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.878 - SP (2019/0128102-6)

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ICMS/ST. RESTITUIÇÃO DE VALORES INFERIORES À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E JUROS INCIDENTES. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Trata-se na origem de ação declaratória cumulada com pedido de restituição de ICMS/ST pago a maior na hipótese em que a base de cálculo real é inferior à presumida.
2. Consoante a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.777/SP, o Estado de São Paulo possui regramento específico para se analisar a forma de restituição dos valores recolhidos a maior a título de ICMS. Assim, não compete ao STJ, a análise deste direito local, a teor da aplicação analógica da Súmula 280 do STF.
3. Prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada esbarra em óbice sumular quando do exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.
4. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo nº 3/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

Deveras, os recorrentes reafirmam a tese sustentada no apelo especial. Aduzem que os critérios para a atualização monetária do indébito tributário relativo ao recolhimento a maior de ICMS/ST, devem observar os mesmos índices praticados pelo Estado de São Paulo, quando da cobrança do referido tributo em face dos particulares.

Defendem que o artigo 96 da Lei Estadual 13.918/2009 disciplina a matéria desde antes da prolação do Recurso Extraordinário 593.849/MG, cujo teor reconheceu a natureza de indébito tributário de tais valores. Argumenta por fim, que uma vez superada a questão da modulação dos efeitos temporais da decisão proferida pelo E. STF no RE nº 593.849/MG como óbice ao exame da pretensão recursal, deverá ser dado provimento ao Recurso Especial, considerando que o direito lá pleiteado decorre dos efeitos normativos do CTN e da LC nº 87/1996, de aplicação em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

âmbito nacional, em especial, dos arts. 6º, § 1º c/c 10, “caput” e § 1º, da Lei Complementar (LC) nº 87/1996, dos arts. 165, inciso I, e 167, do CTN, assim como o teor da Súmula 162, do STJ.

Em que pese as razões fixadas neste agravo interno, o recurso não merece prosperar.

Preliminarmente, o tema aqui a ser tratado busca aferir qual o índice de correção monetária a ser aplicado nas hipóteses de indébito tributário a título de ICMS/ST recolhido antecipadamente, decorrente de fatos geradores que não se concretizaram.

Neste aspecto fático, não obstante ao dever de restituição em face da administração fazendária, deve-se perquirir o modelo de restituição adotado pelo Estado de São Paulo, pois, se forem créditos escriturais, deverá a fazenda certificar por processo administrativo o cotejo deste créditos e a forma de restituição; ou ainda, se a devolução for de créditos não escriturais, estaremos no regime jurídico da restituição monetária do indébito tributário pura e simples, devidamente apurada no processo judicial.

Assim, na instância de origem, os contribuintes ingressaram com a ação declaratória cumulada com pedido de restituição, objetivando a compensação dos créditos com os débitos apurados, em relação às operações ocorridas nos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação e todas aquelas que ocorrerem durante o trâmite da ação, *in verbis* (fls. 2/3, e-STJ):

Assim, para assegurar cumprimento do seu direito, as Autoras se socorrem da presente ação, para que seja reconhecido o seu direito à restituição dos valores recolhidos a título de ICMS-ST sobre fatos geradores presumidos que não ocorreram, inclusive nas hipóteses de saída por valor inferior ao presumido, devidamente atualizados, na forma da lei, pelos mesmos índices utilizados para a atualização de débitos de ICMS, ou seja, na forma disposta no art. 96, §12, da Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918, de 22/12/09, a Resolução SF-21, de 18/03/13, o art. 565 do Decreto nº 45.090/2000 (RICMS) e os Comunicados da Diretoria de Arrecadação (DA) da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, litados e juntados em anexo (Doc. 09).

(...)

seja julgada procedente a presente ação, para declarar o direito das Autoras à restituição dos valores correspondentes à atualização sobre os valores indevidamente recolhidos a título de ICMS-ST, em todos os casos em que o fato gerador presumido não ocorrer, como, por exemplo, nas saídas para outros Estados, na venda por valor inferior ao presumido, nas perdas ou devoluções da mercadoria, entre outras hipóteses, pelos mesmos critérios aplicáveis pela Ré na atualização de débitos de ICMS, ou seja, na forma disposta no art. 96, §12, da Lei nº 6.374/89, com a redação dada pela Lei nº 13.918, de 22/12/09, na Resolução SF-21, de 18/03/13, no art. 565 do Decreto nº 45.090/2000 (RICMS) e nos Comunicados da Diretoria de Arrecadação (DA) da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, ou na forma fixada em suas alterações posteriores, calculados a partir da data do pagamento indevido até a data do efetivo recebimento do valor restituído ou até a data da efetiva compensação do crédito com débitos apurados, em relação às operações ocorridas nos 05 (cinco) anos que antecedem o ajuizamento da presente ação e todas aquelas que ocorrerem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

após o seu ajuizamento;

O pedido foi julgado procedente em primeira instância, deferindo a atualização monetária, ressalvado o direito da Administração de analisar os valores a serem compensados ou restituídos aos contribuintes.

Por sua vez, o acórdão reformou a sobredita decisão, asseverando que não obstante tenha havido o reconhecimento jurisprudencial quanto à devolução dos valores recolhidos por substituição tributária de fatos geradores inexistentes, ou, ocorridos a menor, não caberia ao Judiciário se imiscuir no reconhecimento deste direito, quando o Estado de São Paulo condiciona possui regramentos específicos ao tema.

A propósito, esclareceu o Tribunal bandeirante, *in verbis*:

E, ainda, neste E. Tribunal de Justiça de São Paulo, como bem apontou o eminente Desembargador Moacir Peres, na Ap. nº 9182813-37.2003.8.26/0000, julgada em 11.06.2018, no exame da “sistemática de restituição do imposto, para as hipóteses de comprovada operação final com obrigação tributária de valor inferior à presumida”, que já “está autorizada pelo Estado de São Paulo”, não “se vislumbra qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade em submeter-se o exercício do direito à restituição às regras impostas pelo fisco” (ementa). Confira, ainda, nesse v. acórdão, as seguintes lições:

(...)

Em outras palavras, “cabe à Administração Fazendária delimitar o modo e a forma em que se dará a restituição (e o Estado de São Paulo tem atos normativos próprios) bem como os termos em que se efetivará a atualização dos valores” (ED 1007772-55.2017.8.26.0566, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 06/06/2018. No mesmo sentido e do mesmo relator: Ap. 1048192-26.2016.8.26.0053, j.25.04.2018).

Inviável, pois, ao Poder Judiciário, aprioristicamente (ou seja, com antecedência até mesmo ao controle do Fisco que se impõe em restituição de crédito de ICMS-ST), estabelecer ou antecipar-se à Administração Pública na fixação de critérios de atualização monetária, sem previsão legal e, ainda, valendo-se de analogia legal (art. 96, § 1º, da Lei nº 6.374/89, com a redação da Lei nº 13.918/2009), que não é adequada para o caso.

Especificamente, no acórdão que analisou os embargos de declaração, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo asseverou não desconhecer o RE 593.849/MG, mas assinalou que o Estado de São Paulo já dispunha de dispositivos normativos que já reconheciam o direito à devolução dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS-ST, foi enfático, *in verbis*:

Isso, contudo, em nada muda a sorte da demanda, pois as mesmas razões que justificam a improcedência no foco das operações passadas valem igualmente para as operações futuras, e até com maior razão, pois, conforme a lei local, há necessidade de exercer o direito de restituição do crédito de ICMS-ST mediante prévio controle fiscal, em procedimento próprio requerido pelo contribuinte (na forma do art. 66-B, §3º, da LE 6.374/89) e segundo os critérios de atualização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicados pelo Fisco na atualização dos débitos do ICMS (art. 96, § 12, da Lei nº 6.374/89, com a redação da Lei nº 13.918/2009), não se admitindo, na matéria, valer-se de analogia, anotado ser vedado ao Poder Judiciário avançar aprioristicamente ou por antecipação em critérios de correção monetária. Outrossim, ficou bem claro no v. acórdão que a solução deste caso, em nada, passa pela definição do E. STF no RE 593.849/MG, tema 201, não havendo, ademais, conflito algum do art. 66-B, § 32, da Lei Estadual 6.374/89, na redação da Lei 9.176/95, com as normas constitucionais, a incluir o § 72 do art. 150 da CF, bastando a interpretação de conformidade com essa norma, bem como com as normas gerais do CTN (arts. 165 a 170), como se apontou. Idem, quanto à restituição segundo os critérios do Fisco, especialmente o do art. 96, § 12, da Lei nº 6.374/89 (na redação da Lei nº 13.918/2009), observada, ainda a vedação decorrente do art. 38, § 22, da Lei nº 6.374/89, não havendo a omissão ou vácuo na lei local como se busca fazer crer. E, em todo caso, arremata-se o ponto, com a menção já exposta no v. acórdão de que é Administração que cabe "delimitar o modo e a forma em que se dará a restituição (e o Estado de São Paulo tem atos normativos próprios) bem como os termos em que se efetivará a atualização dos valores (ED 1007772-55.2017.8.26.0566, reL Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 06/06/2018)", nada autorizando o Poder Judiciário avançar, antecipadamente, nesta seara, estabelecendo critérios de atualização fora da previsão legal ou por analogia inadequadamente invocada.

Portanto, não obstante tenha havido ação declaratória cumula com o pedido de restituição, o Tribunal de origem entendeu que caberia aos contribuintes, previamente, perquirir tal direito perante à Administração fazendária, nos termos do artigo 66-B da Lei estadual 6.374/1989, afastando assim a jurisprudência estabelecida no RE 593.849/MG, por entender que seus fundamentos não se aplicaria ao caso em tela, diante da existência de lei local disciplinando o tema.

Amparado neste sentido, o Colendo STF já declarou a validade e constitucionalidade da lei do Estado de São Paulo que disciplina o procedimento fiscal para exercitar o direito à restituição do ICMS/ST nestas hipóteses dos autos.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. COMPATIBILIDADE DO INCISO II DO ART. 66-B DA LEI 6.374/1989 DO ESTADO DE SÃO PAULO (ACRESCENTADO PELA LEI ESTADUAL 9.176/1995) COM O § 7º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE AUTORIZA A RESTITUIÇÃO DE QUANTIA COBRADA A MAIOR NAS HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE EM QUE A OPERAÇÃO FINAL RESULTOU EM VALORES INFERIORES ÀQUELES UTILIZADOS PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO ICMS. ADI JULGADA IMPROCEDENTE. I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. II – Constitucionalidade do inc. II do art. 66-B da Lei 6.374/1989 do Estado de São Paulo (acrescentado pela Lei estadual 9.176/1995). III - Ação Direta de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2777, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017)

Logo, perscrutando a supremacia da lei local que rege normativamente a forma de restituição destes créditos advindos das hipóteses estabelecidas no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, como pleiteiam os contribuintes, e considerando que o acórdão proferido na origem se orientaram pelo regramento estadual, remanesce incólume a decisão monocrática, na medida que incide na espécie o teor da Súmula 280/STF.

Em face deste óbice processual, resta prejudicado a análise da divergência jurisprudencial suscitada pelos agravantes.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0128102-6

AgInt no
AREsp 1.497.878 /
SP

Número Origem: 10134019420178260053

PAUTA: 24/09/2019

JULGADO: 24/09/2019

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AGRAVANTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AGRAVANTE : NOVASOC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : TATIANE APARECIDA MORA XAVIER - SP243665
 GUILHERME PEREIRA DAS NEVES E OUTRO(S) - SP159725
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELISA VIEIRA LOPEZ E OUTRO(S) - SP301792

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AGRAVANTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A
AGRAVANTE : NOVASOC COMERCIAL LTDA
ADVOGADOS : TATIANE APARECIDA MORA XAVIER - SP243665
 GUILHERME PEREIRA DAS NEVES E OUTRO(S) - SP159725
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ELISA VIEIRA LOPEZ E OUTRO(S) - SP301792

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes.