



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.389.222 - SP (2011/0020377-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : PALLONE CENTRO AUTOMOTIVO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO : ANA CRISTINA FREIRE DE LIMA DIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA HERNANDES DE SÃO PEDRO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PREÇO PRESUMIDO. VENDA EM VALOR INFERIOR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A RESTITUIÇÃO. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO INVIÁVEL. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia não sanada pelo acórdão recorrido caracteriza violação do art. 535, inciso II, do CPC.

2. Não é o caso dos autos, pois não caberia à Corte de origem manifestar-se sobre prazo prescricional de direito que sequer foi reconhecido à impetrante.

3. Embora a empresa contribuinte ensejasse a restituição de valores de ICMS pagos antecipadamente, quando o fato gerador realiza-se por valor inferior ao presumido, a Corte de origem reconheceu a inexistência do direito líquido e certo à segurança pleiteada, ao asseverar que a garantia da restituição é devida quando o fato não se realiza nos moldes do art. 150, § 7º, da CF, e que a liberalidade concedida pelo Estado em devolver os valores, quando realizado por preço inferior, sujeita o contribuinte à fiscalização, nos moldes do art. 66-B da Lei Estadual n. 6.374/89 e arts. 269 e 270 do RICMS.

4. Portanto, se inexistente o direito líquido e certo de restituição almejado no *writ*, inexistente, por consequência lógica, prazo prescricional a ser garantido ao impetrante, o que afasta a alegada violação do art. 535 do CPC.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.389.222 - SP (2011/0020377-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : PALLONE CENTRO AUTOMOTIVO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO : ANA CRISTINA FREIRE DE LIMA DIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA HERNANDES DE SÃO PEDRO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto por PALLONE CENTRO AUTOMOTIVO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA. contra decisão monocrática deste Relator que negou provimento ao agravo de instrumento.

A decisão ficou assim ementada (e-STJ fls. 224/229):

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. RESTITUIÇÃO. VENDA POR VALOR INFERIOR AO PRESUMIDO. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. MATÉRIA ESTRANHA AO ÂMBITO DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AGRADO IMPROVIDO."

O referido agravo de instrumento decorreu de decisão que negou seguimento a recurso especial interposto, por sua vez, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ fls. 85/98):

"Apelação Cível - Pedido de reconhecimento de direito a restituição de crédito de ICMS recolhido a maior - Legitimidade da via eleita - Conhecimento para julgamento pelo mérito.

Restituição de ICMS - Venda por valor inferior ao presumido - Ocorrência do fato gerador que exclui a aplicação do art. 150, § 7º, da CF - Liberalidade do Estado de São Paulo que valida as exigências para a restituição - Recurso desprovido."

Nas razões do agravo regimental, a agravante afirmou que, *verbis* (e-STJ fls.);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Primeiro, em nenhum momento de seu recurso especial a ora agravante fundamenta em dispositivos constitucionais, pois tal questão foi objeto do competente recurso extraordinário.

Segundo, a decisão de V.Exa. restou totalmente omissa acerca da flagrante violação ao art. 535, inciso II, do CPC.

Terceiro, em nenhum momento a decisão ora agravada proferida por V. Exa. analisou a questão da prescrição decenal, nos termos do art. 150, § 4º e 168, I, ambos do CTN."

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.389.222 - SP (2011/0020377-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. PREÇO PRESUMIDO. VENDA EM VALOR INFERIOR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A RESTITUIÇÃO. ANÁLISE DA PRESCRIÇÃO INVIÁVEL. OMISSÃO INEXISTENTE.

1. Conforme jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia não sanada pelo acórdão recorrido caracteriza violação do art. 535, inciso II, do CPC.

2. Não é o caso dos autos, pois não caberia à Corte de origem manifestar-se sobre prazo prescricional de direito que sequer foi reconhecido à impetrante.

3. Embora a empresa contribuinte ensejasse a restituição de valores de ICMS pagos antecipadamente, quando o fato gerador realiza-se por valor inferior ao presumido, a Corte de origem reconheceu a inexistência do direito líquido e certo à segurança pleiteada, ao asseverar que a garantia da restituição é devida quando o fato não se realiza nos moldes do art. 150, § 7º, da CF, e que a liberalidade concedida pelo Estado em devolver os valores, quando realizado por preço inferior, sujeita o contribuinte à fiscalização, nos moldes do art. 66-B da Lei Estadual n. 6.374/89 e arts. 269 e 270 do RICMS.

4. Portanto, se inexistente o direito líquido e certo de restituição almejado no *writ*, inexistente, por consequência lógica, prazo prescricional a ser garantido ao impetrante, o que afasta a alegada violação do art. 535 do CPC.

Agravo regimental improvido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nada a prover.

DA INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC

Conforme a jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia não sanada pelo acórdão recorrido caracteriza a violação do art. 535, II, do CPC.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OCORRÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DAS OMISSÕES VENTILADAS OPORTUNAMENTE VIA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. O Tribunal de origem, a despeito de ser instado a se manifestar sobre: (I) a inaptidão do CNPJ da empresa significando que ela encontra-se em lugar incerto e não sabido; (II) a inobservância do dever de comunicar a mudança de domicílio à Secretaria de Receita Federal; (III) a incidência do art. 134, VII, do CTN para responsabilizar os sócios pelos créditos tributários; e (vi) e sobre os arts. 195 do Decreto-Lei n. 5.844/43, 23, § 4º, do Decreto n. 70.235/72 e 2º do Decreto n. 84.101/79, acabou por rejeitar os aclaratórios sem tecer considerações sobre as referidas questões, as quais são relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. É que esta Corte considera a não localização da empresa no endereço indicado ao Fisco como um indício de dissolução irregular apto ao redirecionamento da execução fiscal contra o sócio gerente, inclusive com a inversão do ônus da prova no que tange aos requisitos do art. 135, III, do CTN. (Súmula n. 435/STJ). Assim, constatada a deficiente prestação jurisdicional conferida na origem, faz-se necessário o retorno dos autos para novo julgamento dos embargos de declaração, a fim de que sejam supridas as omissões ventiladas oportunamente, as quais são relevantes para o deslinde da controvérsia.

3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à origem."

(REsp 1.242.697/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.5.2011, DJe 31.5.2011.)

Contudo, não é o caso dos autos, pois não caberia à Corte de origem manifestar-se sobre prazo prescricional de direito que sequer foi reconhecido à impetrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na origem, cuida-se de mandado de segurança onde a impetrante visa a restituição de valores de ICMS pagos antecipadamente quando o fato gerador se realiza por valor inferior ao presumido.

Neste contexto, a Corte de origem reconheceu a inexistência de direito líquido e certo à segurança pleiteada, ao asseverar que a garantia da restituição é devida quando o fato não se realiza nos moldes do art. 150, § 7º, da CF, e que a liberalidade concedida pelo Estado em devolver os valores, quando se realiza por preço inferior, sujeita o contribuinte à fiscalização, nos moldes do art. 66-B da Lei Estadual n. 6.374/89 e arts. 269 e 270 do RICMS.

Assim assentou o voto condutor:

"Pretende a Impetrante seja reconhecido seu direito a restituição preferencial e imediata de valores de ICMS recolhidos pelo valor presumido de bens quando estes vierem a ser vendidos por valor inferior.

Alega que o Estado de São Paulo estendeu os benefícios da Constituição Federal (art. 150, § 7º) aos casos em que houve venda do produto por preço inferior ao presumido.

Sua argumentação não procede.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que o comando constitucional somente se aplica nos casos em que não há a realização do fato gerador, verbis:

(...)

É, pois, claro, que o Estado de São Paulo não tem obrigação de repetir esses valores quando o fato gerador se realiza por valor inferior ao presumido.

Porém, por uma liberalidade do Estado, a Lei n. 6.374/89, em seu art. 66-B, previu a possibilidade da devolução desses valores, verbis,

(...)

Referido artigo previu, também, a avaliação pelo Fisco da ocorrência do direito, sujeitando o contribuinte a uma fiscalização.

Por seu turno, o RICMS, em seus arts. 269 e 270, prevê:

(...)

As portarias CAT 17/99 e 63/99 regulamentam as restituições aqui concedidas.

Como se trata de uma liberalidade estatal, é possível se fazer as restrições legais existentes no Estado de São Paulo para a devolução de valores em casos como o presente.

Nem se alegue com a regra constitucional da devolução preferencial e imediata sem restrições uma vez que, como já dito, tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regra só se aplica a casos em que o fato gerador não ocorreu e não quando ele ocorreu com valor a menor.

Desse modo, inexistindo direito líquido e certo da Impetrante, a segurança deve ser denegada."

Portanto, se inexistente o direito líquido e certo de restituição almejado no *writ*, inexistente, por consequência lógica, prazo prescricional a ser garantido ao impetrante, o que afasta a alegada violação do art. 535 do CPC.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0020377-5

AgRg no
Ag 1.389.222 / SP

Números Origem: 286402003 4209235 4209235300 994050777096 99405077709650004

PAUTA: 20/10/2011

JULGADO: 20/10/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : PALLONE CENTRO AUTOMOTIVO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO : ANA CRISTINA FREIRE DE LIMA DIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA HERNANDES DE SÃO PEDRO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PALLONE CENTRO AUTOMOTIVO COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA
ADVOGADO : ANA CRISTINA FREIRE DE LIMA DIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MÔNICA HERNANDES DE SÃO PEDRO E OUTRO(S)

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.