



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.157 - MG (2004/0110660-3)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
REVISOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
AUTOR : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ILMA MARIA CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL IMPORTADORA S/A
ADVOGADO : AMANAJOS PESSOA DA COSTA E OUTRO(S)

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE O VALOR DA OPERAÇÃO TRIBUTADA. ORIENTAÇÃO DO STF (ADIN 1.851/AL). LITERAL VIOLAÇÃO DO ART. 150, § 7º, DA CF/88 CONFIGURADA.

1. A pretensão rescisória foi exercida no biênio de que dispunha o autor para provocar a jurisdição. Embora a citação tenha sido efetivada após o prazo, não se consumou o prazo decadencial, já que em nenhum momento o autor ficou inerte. Pelo contrário, a todo momento municiou os autos com informações necessárias à citação por carta. Assim, a citação deve retroagir à data do despacho que a ordenou, consoante o disposto no art. 219, § 1º, do CPC.

2. Nesses termos, incide a Súmula 106 do STJ, segundo a qual "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Preliminar de decadência afastada.

3. Segundo o réu, a ação rescisória deve ser extinta sem resolução de mérito porque o art. 150, § 7º, da CF/88, cuja violação literal é apontada pelo autor como causa de pedir, é posterior aos créditos discutidos na demanda.

4. O acórdão rescindendo reconheceu o direito da ré ao creditamento com base no art. 150, § 7º, da CF/88. Portanto, se a pretensão foi acolhida com base nesse permissivo constitucional, seria um contrasenso impedir o Estado autor de rescindir o julgado justamente por violação literal ao dispositivo que fundamenta o aresto rescindendo, sob o argumento de que os créditos são anteriores a ele. Se a ré obteve a declaração de seu direito com base no art. 150, § 7º, da CF/88, a ação rescisória, por uma questão de pertinência lógica, somente poderá ser processada por violação literal a esse dispositivo. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada.

5. O acórdão rescindendo baseou-se, exclusivamente, na interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88, ao entender que o conceito de fato gerador não realizado abrange a situação em que a mercadoria é vendida por preço inferior ao que foi presumido para a antecipação tributária. Inexiste, portanto, fundamento suficiente não abrangido pela ação rescisória.

6. A discussão em torno da aplicabilidade da Súmula 343/STF está preclusa, já que afastada na decisão que concedeu a antecipação de tutela, não tendo sido objeto de impugnação pela ré. Ainda que assim não fosse, a discussão travada na presente rescisória é de cunho constitucional, já que o autor aponta violação literal do disposto no art. 150, § 7º, da CF/88. Tal fato afasta a incidência desta Súmula, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A Suprema Corte, em diversas oportunidades, especialmente no julgamento da ADIn n.º 1.851-4, procedeu à interpretação estrita do art. 150, § 7º, da Constituição da República, entendendo que a restituição imediata e preferencial do ICMS, retido no sistema de substituição tributária progressiva, dar-se-ia, tão-somente, na hipótese de não se realizar o fato gerador substituído, sendo, portanto, inaplicável aos casos em que a base de cálculo real apresenta-se menor do que a presumida.

8. Tratando-se de aresto que desviou da orientação firmada pelo Supremo no julgamento da já referida ADIn 1.851-4, não há dúvida de que viola a literal disposição do art. 150, § 7º da CF/88, sobretudo porque o julgamento levado a efeito no controle concentrado de constitucionalidade opera efeitos vinculante e retro-operante. A norma constitucional não admite interpretação apenas razoável, mas somente aquela que foi definida pela Corte Constitucional como sendo a correta para a espécie.

9. Pedido procedente para rescindir o acórdão proferido no Recurso Especial 327.623/MG, e, em juízo rescindente, negar provimento ao apelo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins. Compareceu à sessão, o Dr. Nabil El Bizri, pelo autor.

Brasília, 26 de junho de 2013(Data do Julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.157 - MG (2004/0110660-3)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AUTOR : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ILMA MARIA CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL IMPORTADORA S/A
ADVOGADO : AMANAJOS PESSOA DA COSTA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de ação rescisória, com pedido de antecipação de tutela, proposta pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 485, V, do Código de Ritos, com o objetivo de rescindir acórdão desta Corte que, ao julgar o Recurso Especial 327.623/MG, Relator o Ministro José Delgado, acolheu a pretensão do contribuinte, ao concluir ser possível ao substituto tributário - na hipótese, empresa revendedora de veículos - a restituição de valores pagos a título de ICMS quando a base de cálculo do fato presumido é maior que a base de cálculo da operação mercantil substituída.

Alega a autora, em síntese, estarem presentes os requisitos necessários à concessão do provimento antecipatório e, por fim, ao juízo de procedência dos pedidos articulados nesta ação. Sustenta que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 266.523-1/MG, sufragou entendimento segundo o qual a restituição assegurada pelo parágrafo 7º, do art. 150, da CF/88 restringe-se às hipóteses de não vir a ocorrer o fato gerador presumido, não havendo que se falar em tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituto, orientação, segundo entende, diametralmente oposta àquela firmada no acórdão rescindendo.

Aduz, ainda, o seguinte:

Tem-se, portanto, que a r. decisão rescindenda, ao estabelecer que a venda de veículos por preços inferiores ao presumido para o cálculo do ICMS tornado devido pelo regime de substituição tributária insere-se na hipótese de fato gerador não realizado, a que se refere o parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal, afastando, por isso mesmo, a definitividade do tributo estabelecida pela legislação do Estado de Minas Gerais, contrariou, de forma expressa e literal, a previsão constitucional, que não encampa tal entendimento, assim como toda a legislação infra-constitucional acima transcrita (fls. 71-72).

Na sequência, sustenta:

Realmente, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a definitiva e, por isso mesmo, única interpretação à Constituição Federal, estabeleceu que o parágrafo 7º do art. 150 da Constituição Federal não abrange a hipótese da venda do produto por preço inferior ao presumido pelo substituto tributário para o cálculo do ICMS/ST como o de inoccorrência do fato gerador apto a determinar a imediata e preferencial restituição, ao contribuinte, do valor indevidamente pago, resta evidenciado, no caso, a demonstração inequívoca da verossimilhança do que se alega no presente feito, suficiente para autorizar a atribuição de efeito suspensivo a esta ação rescisória (fl. 73).

Ao final, requer:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) seja julgada procedente a presente ação, para fins de ser rescindido o v. acórdão proferido nos autos do Recurso Especial n.º 327.623/MG (2001/0066527-3), em virtude de haver o mesmo literalmente contrariado o parágrafo 7º, do art. 150, da Constituição Federal;

b) seja, no juízo rescisório, proferido novo julgamento sobre a questão acima salientada, reconhecendo-se que o dispositivo constitucional tido aqui por ofendido refere-se apenas e tão-somente à não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária tal como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgado acima invocado; (fl. 73)

Concedi liminar para suspender os efeitos do acórdão rescindendo (fls. 195-197).

O réu sustenta, na contestação de fls. 254-274, que:

(a) é intempestiva a rescisória, pois a citação foi realizada fora do prazo de dois anos a que alude o art. 495 do CPC;

(b) os créditos tributários cuja repetição foi autorizada pelo acórdão rescindendo são dos anos de 1990 a 1992, portanto, anteriores ao advento do § 7º do art. 150 da CF/88;

(c) o acórdão rescindendo erige-se sobre vários fundamentos, todos suficientes para manter a conclusão do julgado, mas o autor não aborda a todos na inicial;

(d) a interpretação, além de razoável, era controvertida nos tribunais à época em que plasmado o aresto rescindendo;

(e) pretende o autor apenas uma nova interpretação de dispositivo que ele entende mal interpretado, o que é inviável por meio de ação rescisória, que pressupõe a literal disposição de lei;

(f) substituição tributária não pode ser regradada por meio de convênio, mas somente por lei complementar, nos termos do art. 155, § 2º, XII, "b", da CF/88;

(g) "mero decreto do Estado de Minas Gerais (por delegação) criou e regula (desde 1989) a substituição tributária relativa ao ICMS atribuído a operações futuras - prováveis (e não efetivas), presumidas, (e não concretas)"; (fl. 268)

(h) a substituição tributária para frente criada e regulada por decreto é ilegal;

(i) as margens de agregação que o Fisco mineiro impõe ao substituto tributário, para determinação da base de cálculo presumida do ICMS, são arbitrárias e ilegais, pois esta imposição deve decorrer de lei e não de decreto.

O Estado de Minas Gerais ofertou razões finais às fls. 504-512, e o réu às fls. 515-529, ambos reiterando os termos da inicial e da contestação, respectivamente.

O Ministério Público Federal, na pessoa do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Wallace de Oliveira Bastos, opinou pela incidência da Súmula 343/STF (fls. 531-539).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.157 - MG (2004/0110660-3)

EMENTA

CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. DECLARAÇÃO DO DIREITO DE COMPENSAÇÃO. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE O VALOR DA OPERAÇÃO TRIBUTADA. ORIENTAÇÃO DO STF (ADIN 1.851/AL). LITERAL VIOLAÇÃO DO ART. 150, § 7º, DA CF/88 CONFIGURADA.

1. A pretensão rescisória foi exercida no biênio de que dispunha o autor para provocar a jurisdição. Embora a citação tenha sido efetivada após o prazo, não se consumou o prazo decadencial, já que em nenhum momento o autor ficou inerte. Pelo contrário, a todo momento municiou os autos com informações necessárias à citação por carta. Assim, a citação deve retroagir à data do despacho que a ordenou, consoante o disposto no art. 219, § 1º, do CPC.

2. Nesses termos, incide a Súmula 106 do STJ, segundo a qual "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". Preliminar de decadência afastada.

3. Segundo o réu, a ação rescisória deve ser extinta sem resolução de mérito porque o art. 150, § 7º, da CF/88, cuja violação literal é apontada pelo autor como causa de pedir, é posterior aos créditos discutidos na demanda.

4. O acórdão rescindendo reconheceu o direito da ré ao creditamento com base no art. 150, § 7º, da CF/88. Portanto, se a pretensão foi acolhida com base nesse permissivo constitucional, seria um contrasenso impedir o Estado autor de rescindir o julgado justamente por violação literal ao dispositivo que fundamenta o aresto rescindendo, sob o argumento de que os créditos são anteriores a ele. Se a ré obteve a declaração de seu direito com base no art. 150, § 7º, da CF/88, a ação rescisória, por uma questão de pertinência lógica, somente poderá ser processada por violação literal a esse dispositivo. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido rejeitada.

5. O acórdão rescindendo baseou-se, exclusivamente, na interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88, ao entender que o conceito de fato gerador não realizado abrange a situação em que a mercadoria é vendida por preço inferior ao que foi presumido para a antecipação tributária. Inexiste, portanto, fundamento suficiente não abrangido pela ação rescisória.

6. A discussão em torno da aplicabilidade da Súmula 343/STF está preclusa, já que afastada na decisão que concedeu a antecipação de tutela, não tendo sido objeto de impugnação pela ré. Ainda que assim não fosse, a discussão travada na presente rescisória é de cunho constitucional, já que o autor aponta violação literal do disposto no art. 150, § 7º, da CF/88. Tal fato afasta a incidência desta Súmula, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte.

7. A Suprema Corte, em diversas oportunidades, especialmente no julgamento da ADIn n.º 1.851-4, procedeu à interpretação estrita do art. 150, § 7º, da Constituição da República, entendendo que a restituição imediata e preferencial do ICMS, retido no sistema de substituição tributária progressiva, dar-se-ia, tão-somente, na hipótese de não se realizar o fato gerador substituído, sendo, portanto, inaplicável aos casos em que a base de cálculo real apresenta-se menor do que a presumida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Tratando-se de aresto que desviou da orientação firmada pelo Supremo no julgamento da já referida ADIn 1.851-4, não há dúvida de que viola a literal disposição do art. 150, § 7º da CF/88, sobretudo porque o julgamento levado a efeito no controle concentrado de constitucionalidade opera efeitos vinculante e retro-operante. A norma constitucional não admite interpretação apenas razoável, mas somente aquela que foi definida pela Corte Constitucional como sendo a correta para a espécie.

9. Pedido procedente para rescindir o acórdão proferido no Recurso Especial 327.623/MG, e, em juízo rescindente, negar provimento ao apelo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Examino as preliminares suscitadas pelo réu na contestação de fls. 254-274.

(a) Intempestividade da rescisória

O réu sustenta que é intempestiva a ação rescisória, pois a citação foi realizada após o decurso do prazo decadencial a que alude o art. 495 do CPC.

Nos termos desse dispositivo, o direito de propor ação rescisória extingue-se em dois anos contados da data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, que se verifica quando a decisão não está mais sujeita a recurso (CPC, art. 467). Para que se considere obstado esse prazo decadencial, impõe-se que a citação seja ordenada e efetivada dentro dos prazos previstos no art. 219 e parágrafos do CPC. Nesse sentido, é o entendimento doutrinário de José Carlos Barbosa Moreira, ao asseverar que "a citação inicial válida, entretanto, obsta à consumação da decadência (art. 220, combinado como o art. 219, *caput*, fine), retroagindo o efeito obstativo à data do despacho liminar (art. 219, § 1º), desde que observados os preceitos dos §§ 2º e 3º; nessa hipótese, portanto, basta que o despacho tenha sido proferido dentro do biênio, pouco importando que o réu já venha a ser citado fora dele" (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, Ed. Forense, 178).

No caso, o acórdão rescindendo transitou em julgado em 02 de setembro de 2002 (fl. 193), tendo sido proposta a ação rescisória em 12 de agosto de 2004. O despacho que ordenou a citação data de 19 de agosto de 2004, oportunidade em que foi deferida liminar para emprestar efeito suspensivo à demanda e impedir a execução do julgado (fl. 197). A citação somente foi efetivada por carta precatória, tendo o réu comparecido a juízo em 19 de junho de 2006, ocasião em que ofertou a contestação de fls. 254-274.

A pretensão rescisória foi exercida no biênio de que dispunha o autor para provocar a jurisdição. Embora a citação tenha sido efetivada após o prazo, não se consumou o prazo decadencial, já que em nenhum momento o autor ficou inerte. Pelo contrário, a todo momento municiou os autos com informações necessárias à citação por carta. Assim, a citação deve retroagir à data do despacho que a ordenou, consoante o disposto no art. 219, § 1º, do CPC.

Nesses termos, incide a Súmula 106 do STJ, segundo a qual "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rejeito, portanto, a preliminar.

(b) a repetição autorizada pelo acórdão rescindendo abrange créditos relativos aos anos de 1990 a 1992, portanto, anteriores ao advento do § 7º do art. 150 da CF/88

Segundo o réu a ação rescisória deve ser extinta sem resolução de mérito porque o art. 150, § 7º, da CF/88, cuja violação literal é apontada pelo autor como causa de pedir, é posterior aos créditos discutidos na demanda.

A discussão travada nos autos foi bem apontada pelo autor na petição inicial da rescisória e consiste em definir se há, ou não, violação literal ao disposto no art. 150, § 7º, da CF/88 quando o julgado autoriza a devolução do que foi pago no regime de substituição tributária para frente por ter sido utilizada base de cálculo presumida superior a que posteriormente veio a ser aferida na operação real.

O dispositivo em destaque enuncia o seguinte:

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Esse regramento constitucional, ao tempo em que autoriza a lei a fixar o regime de substituição tributária para frente, ou com antecipação, determina a imediata e preferencial restituição da quantia paga em caso de não ocorrência do fato gerador. Portanto, existem duas normas inseridas em um mesmo dispositivo constitucional: a que autoriza o regime (regra um) e a que determina a restituição (regra dois).

A alegação da ré – de que a ação rescisória abrange créditos de 1990 a 1992 –, ainda que correta, não influi na discussão sobre o direito à devolução do que foi pago a maior no regime de substituição tributária para frente (regra dois), mas somente sobre a própria legalidade deste regime de tributação (regra um), o que não está em discussão nesta ação rescisória.

Ademais, o acórdão rescindendo reconheceu o direito da ré ao creditamento com base no art. 150, § 7º, da CF/88. Portanto, se a pretensão foi acolhida com base nesse permissivo constitucional, seria um contrasenso impedir o Estado autor de rescindir o julgado justamente por violação literal ao dispositivo que fundamenta o aresto rescindendo, sob o argumento de que os créditos são anteriores a ele.

Ora, se a ré obteve a declaração de seu direito com base no art. 150, § 7º, da CF/88, a ação rescisória, por uma questão de pertinência lógica, somente poderá ser processada por violação literal a esse dispositivo.

Portanto, é perfeitamente possível o pedido deduzido na petição inicial, de modo que também rejeito essa preliminar.

(c) o acórdão rescindendo erige-se sobre vários fundamentos, todos suficientes para manter a conclusão do julgado, mas o autor não aborda a todos na inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão rescindendo baseou-se, exclusivamente, na interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88, ao entender que o conceito de fato gerador não realizado abrange a situação em que a mercadoria é vendida por preço inferior ao que foi presumido para a antecipação tributária.

Extrai-se do voto condutor a seguinte passagem:

A regra posta no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, e art. 10, caput, da LC 87/96, assegura a restituição, de modo imediato e preferencial, ao contribuinte, da quantia paga a título de ICMS, em regime de substituição de tributária, caso não se realize o fato imponible. No conceito de fato gerador irrealizado enquadra-se a situação da venda de mercadoria por preço inferior ao fixado pelo Estado para fins de cobrança de ICMS antecipado, utilizando-se a técnica da substituição tributária. (fl. 167)

O aresto fez breve referência ao art. 10 da LC 87/96, que apenas reproduz a norma constitucional, justamente porque é esse dispositivo que autoriza, no âmbito do ICMS, o regime de substituição tributária para frente. Por ser mera reprodução do texto constitucional, não infirma a tese de que o acórdão rescindendo baseou-se apenas na interpretação do art. 150, § 7º, da CF/88.

Inexiste, portanto, fundamento suficiente não abrangido pela ação rescisória. Igualmente, rejeito a preliminar.

(d) a interpretação, além de razoável, era controvertida nos tribunais à época em que plasmado o aresto rescindendo

Esta questão está preclusa, já que a Súmula 343/STF foi afastada na decisão que concedeu a antecipação de tutela, não tendo sido objeto de impugnação pela ré.

Ainda que assim não fosse, a discussão travada na presente rescisória é de cunho constitucional, já que o autor aponta violação literal do disposto no art. 150, § 7º, da CF/88.

Nesse sentido, destaco o seguinte precedente da Primeira Seção:

AGRAVO REGIMENTAL EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO RESCISÓRIA. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COFINS. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DA LC Nº 70/91. CONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO RESCINDENDA.

1. É admissível, excepcionalmente, a antecipação dos efeitos da tutela em sede de ação rescisória, para suspender a execução da decisão rescindenda, quando presentes as hipóteses previstas no artigo 273 do Código de Processo Civil.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido do cabimento da ação rescisória, com fundamento no inciso V do artigo 485 do Código de Processo Civil (violação literal de disposição de lei), quando a controvérsia se refere a questão constitucional, afastando, nessa hipótese, a incidência do enunciado nº 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. Demonstrada a verossimilhança da alegação deduzida na exordial, é de ser preservada a decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Agravo regimental improvido. (AgRg na AR 3.826/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 18.9.09)

Por tratar-se de matéria essencialmente constitucional, rejeito mais esta preliminar. Superadas as preliminares, examino o mérito.

Mérito

O réu sustenta que:

(a) a substituição tributária não pode ser regradada por meio de convênio, mas somente por lei complementar, nos termos do art. 155, § 2º, XII, "b", da CF/88;

(b) "mero decreto do Estado de Minas Gerais (por delegação) criou e regula (desde 1989) a substituição tributária relativa ao ICMS atribuído a operações futuras - prováveis (e não efetivas), presumidas, (e não concretas)";

(c) a substituição tributária para frente criada e regulada por decreto é ilegal;

(d) as margens de agregação que o Fisco mineiro impõe ao substituto tributário, para determinação da base de cálculo presumida do ICMS, são arbitrárias e ilegais, pois esta imposição deve decorrer de lei e não de decreto.

As alegações do réu estão todas voltadas à inconstitucionalidade, ou ilegalidade, do regime de substituição tributária instituído no âmbito do Estado de Minas Gerais, seja por estar regrado por meio de convênio e decreto, quando deveria estar embasada em lei em sentido formal, seja por que as margens de agregação impostas pelo Fisco estadual são arbitrárias.

Em nenhum momento, o réu infirma as alegações do autor - de que não é devida a repetição do que foi pago a maior no regime de substituição tributária quando o fato gerador ocorre com base de cálculo inferior a que foi presumida -, mas apenas ataca a própria legalidade do sistema de substituição, o que não se discutiu na ação originária de onde se originou o aresto rescindendo. Até porque o autor da ação originária, réu nesta ação rescisória, para postular a repetição do que foi pago "a maior" no regime de substituição, partiu da premissa de que essa sistemática era legal e constitucional.

Tratando-se de alegações que não se enquadram nos contornos desta ação rescisória, são tidas por impertinentes e ficam sem exame.

Quanto às alegações do autor, entendo que procede a pretensão rescisória. A Suprema Corte, em diversas oportunidades, especialmente no julgamento da ADIn n.º 1.851-4, procedeu à interpretação estrita do art. 150, § 7º, da Constituição da República, entendendo que a restituição imediata e preferencial do ICMS, retido no sistema de substituição tributária progressiva, dar-se-ia, tão-somente, na hipótese de não se realizar o fato gerador substituído, sendo, portanto, inaplicável aos casos em que a base de cálculo real apresenta-se menor do que a presumida.

A questão, diga-se, vem sendo decidida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em juízo monocrático, sempre em favor da Fazenda Pública, seja provendo os recursos manejados pelos Estados, seja negando seguimento aos recursos interpostos pelos contribuintes. São exemplos: **RE n.º**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

302.612/MG, Relator o Ministro **NELSON JOBIM**, julgamento 14.04.2004; **Reclamação n.º 2489/PI**, Relator o Ministro **GILMAR MENDES**, julgamento em 29.03.2004; **RE n.º 414.248/MG**, Relator o Ministro **MARCO AURÉLIO**, julgamento em 26.04.2004; **RE n.º 351.623/SP**, Relator o Ministro **SEPÚLVEDA PERTENCE**, julgamento em 11.12.2003; **Suspensão de Segurança n.º 2274/RJ**, Relator o Ministro **MAURÍCIO CORRÊA**, julgamento em 19.12.2003; **Reclamação n.º 2491/PI**, Relatora a Ministra **ELLEN GRACIE**, julgamento em 14.11.2003, dentre outros.

Nesses termos, tratando-se de aresto que desviou da orientação firmada pelo Supremo no julgamento da já referida ADIn 1.851-4, não há dúvida de que viola a literal disposição do art. 150, § 7º da CF/88, sobretudo porque o julgamento levado a efeito no controle concentrado de constitucionalidade opera efeitos vinculante e retro-operante.

A norma constitucional não admite interpretação apenas razoável, mas somente aquela que foi definida pela Corte Constitucional como sendo a correta para a espécie.

Ante o exposto, **julgo procedente a ação rescisória para rescindir o acórdão proferido no Recurso Especial 327.623/MG, Relator o Ministro José Delgado, e, em juízo rescindente, negar provimento ao Recurso Especial.**

Fixo os honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 3.157 - MG (2004/0110660-3) (f)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
AUTOR : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ILMA MARIA CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL IMPORTADORA S/A
ADVOGADO : AMANAJOS PESSOA DA COSTA E OUTRO(S)

VOTO-REVISÃO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Consoante relatório lançado aos autos pelo eminente Ministro CASTRO MEIRA, trata-se de ação rescisória proposta pelo ESTADO DE MINAS GERAIS em desfavor de COMERCIAL IMPORTADORA S/A, em que visa rescindir acórdão oriundo da Primeira Turma, proferido nos autos do REsp 327.623/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, segundo o qual, na substituição tributária, o contribuinte substituto tem direito à restituição de valores pagos a título de ICMS quando a base de cálculo se mostrar, por ocasião da efetiva ocorrência do fato gerador, inferior àquela estimada por lei.

O feito encontra-se, como sempre, relatado de forma impecável.

De início, rejeito a arguição de decadência. A circunstância de ter sido realizada a citação da parte ré após o transcurso do prazo de 2 anos, contados do trânsito em julgado do acórdão rescindendo, não determina o reconhecimento da decadência, na medida em que a presente ação rescisória foi proposta dentro daquele prazo e a citação posterior deu-se por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, nos termos da Súmula 7/STJ.

Outrossim, havendo o acórdão rescindendo interpretado expressamente a regra do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, afasta-se o óbice da Súmula 343/STF, conforme pacífica orientação jurisprudencial. Nesse sentido: AR 4.283/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, DJe 21/5/10.

No tocante ao mérito, em termos de substituição tributária, como ainda não se tem desde logo o valor efetivamente realizado na operação, a base de cálculo do ICMS é presumida e formada, em regra, pela soma do preço praticado na operação anterior, o valor do frete e do seguro ou outro encargo e da margem de lucro que habitualmente se agrega, com a finalidade de atingir o preço definitivo, usualmente praticado.

O Superior Tribunal de Justiça entendia que, se a base de cálculo estabelecida por estimativa na sistemática de substituição, ou seja, fictícia, fosse maior do que aquela realmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apurada no momento da efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS, seria assegurado ao contribuinte substituído a restituição dos valores recolhidos em excesso. Nesse sentido: RMS 9.380/MT, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Segunda Turma, DJ de 1º/3/99; RMS 10.425/GO, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, Segunda Turma, DJ de 2/10/00.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, na interpretação do preceito contido no art. 150, § 7º, da Constituição Federal, firmou compreensão segundo a qual se assegura a restituição tão somente se o fato gerador presumido não se realizar (ADI 1.851/AL, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, DJ 15/5/02).

Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça tem julgado procedentes ações rescisórias propostas com a finalidade de desconstituir acórdãos contrários ao posicionamento adotado pela Suprema Corte. Nesse sentido, transcrevo a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO "PARA FRENTE". ART. 150, § 7º, DA CF. ART. 10 DA LC 87/1996. OPERAÇÃO EM VALOR MENOR QUE O PRESUMIDO. RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO INCIDENTE SOBRE A DIFERENÇA. IMPOSSIBILIDADE. ADIN 1.851/AL.

1. Hipótese em que a decisão rescindenda foi proferida após o julgamento da Adin 1.851-4/AL.

2. O STF, ao apreciar a sistemática da substituição tributária "para frente" (art. 150, § 7º, da CF), admitiu a restituição do ICMS apenas no caso de não-ocorrência do fato gerador presumido.

3. O STJ adota esse entendimento ao analisar matéria infraconstitucional correspondente (arts. 6º e 10 da LC 87/1996), com relação aos Estados signatários do Convênio ICMS 13/1997, apreciado pelo STF ao julgar a Adin 1.851-4/AL.

4. Ação Rescisória procedente. (AR 3.147/GO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, DJe 16/4/10)

Sustenta o contribuinte que o fato gerador, cuja base de cálculo efetiva teria sido inferior à presumida, ocorreria antes da promulgação da Emenda Constitucional 3, de 17/3/93, que teria acrescentado o § 7º ao art. 150 da Constituição Federal, de modo que não seria aplicável à hipótese o entendimento consagrado na Suprema Corte.

Todavia, tanto o fato imponível quanto a base de cálculo presumida, constituída pelos acréscimos acima referidos, são aqueles expressamente fixados em lei, de forma que, se na operação posterior, definitiva, se verificar algum excesso ou redução, nada será devido pelas partes da relação jurídico-tributária. Esse modo de tributação sempre constituiu, na verdade, a essência da sistemática da substituição tributária, que passou a ser consagrada no texto constitucional, razão por que o acórdão rescindendo, por não refletir esse posicionamento, deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser desconstituído por violação de literal disposição de lei.

Ante o exposto, **julgo procedente** o pedido para rescindir o acórdão proferido pela Primeira Turma nos autos do REsp 327.623/MG e, por conseguinte, negar provimento ao recurso especial. Condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2004/0110660-3

AR 3.157 / MG

Número Origem: 200100665273

PAUTA: 26/06/2013

JULGADO: 26/06/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Revisor

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : ILMA MARIA CORRÊA DA SILVA E OUTRO(S)
RÉU : COMERCIAL IMPORTADORA S/A
ADVOGADO : AMANAJOS PESSOA DA COSTA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Compareceu à sessão, o Dr. **NABIL EL BIZRI**, pelo autor.

CERTIDÃO

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

" A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Ari Pargendler e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.