SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1755797 - DF (2018/0177677-3)

RELATORA	:	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTRO(S) - DF011923
AGRAVADO	:	EDMAR BITTENCOURT & FILHOS LTDA.
OUTRO NOME	:	GEZEBEL REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - MG052334 DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - DF029006 JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES - MG072919 SORAIA OFUGI RODRIGUES - DF012302 DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - SP160031A LETICIA CARAM ANDRE E ROCHA MIRANDA E OUTRO(S) - MG082766

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REVENDA DE MERCADORIA POR PREÇO MENOR DO QUE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS (Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO), em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96.

III. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Documento eletrônico VDA34722608 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 29/11/2022 19:02:39
Código de Controle do Documento: 6f394d04-8966-41d9-9c9d-c6eeb93d8d47

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 28 de novembro de 2022.

Ministra ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora

Documento eletrônico VDA34722608 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 29/11/2022 19:02:39
Código de Controle do Documento: 6f394d04-8966-41d9-9c9d-c6eeb93d8d47

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.755.797 - DF (2018/0177677-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, aviado pelo DISTRITO FEDERAL, contra decisão de minha lavra, que, em juízo de retratação, conheceu do Agravo em Recurso Especial, para negar provimento ao Recurso Especial do ente público.

No presente Agravo interno, o ente público sustenta que, "fiando-se em precedente da e. Segunda Turma deste c. STJ (REsp 525.625/RS), a r. decisão agravada afastou a aplicação do regramento contido no art. 166, do CTN ao argumento de que o pagamento de ICMS a maior, nas operações de fato gerador presumido, desencadeia uma pretensão de mero ressarcimento (fundado no art. 10 da LCp 87/96) e não uma pretensão de repetição de indébito (decorrente de quaisquer das hipóteses previstas no art. 165, do CTN). Rogando-se as mais elevadas vênias, mas tanto o ressarcimento como a repetição do indébito ou a compensação, constituem mera decorrência do fato jurídico gerador da pretensão, qual seja, o pagamento a maior ou incorreto tributo; não havendo entre tais situações, 'data venia', distinção jurídica que os dissociem da legitimidade para o 'resgate' da monta indevida ou incorretamente recolhida, a qual caberá somente àquele que efetivamente assumiu o correspondente encargo financeiro. Com efeito, uma vez concretizado o fato gerador, pela natureza indireta do ICMS, inegável a ocorrência de transferência do encargo financeiro. Nessa perspectiva, somente contribuinte de direito detém legitimidade para requerer judicialmente a restituição ou aproveitamento de crédito resultante do indébito de tributos indiretos, por ser ele que detém relação jurídica com o Sujeito Ativo do tributo. Não obstante sua legitimidade, para ter direito à restituição o contribuinte precisa provar cabalmente que assumiu o encargo financeiro do ICMS incidente sobre as operações, o que inegavelmente não se vislumbra na hipótese dos autos. É dizer, o ICMS, em qualquer modalidade, por se caracterizar como tributo indireto, comporta em sua natureza a característica de transferência do encargo financeiro para o contribuinte de fato. Diante disso, para que o contribuinte tenha direito à restituição dos valores alegadamente pagos a maior, é necessário que ele prove, por meio de documentos e perícia contábeis, a assunção do encargo financeiro pertinente ao ICMS, questão objeto de uníssono entendimento tanto deste c. STJ, como do e. STF (Súmula 546/STF). Aliás, ao contrário do sustentado na r. decisão agravada, 'data venia', a cobrança de diferença entre o tributo recolhido com base no fato gerador presumido e aquele constatado na operação posterior se enquadra na exata previsão do art. 165, I, do CTN, que dispõe: (...) Como expressamente previsto no art. 165, I, do CTN, o contribuinte (de direito) terá o direito de reclamar a restituição parcial, quando houver efetivado o 'pagamento espontâneo de tributo (...) maior que o devido', sendo essa, exatamente, a pretensão vazada nos presentes autos. Situação diversa, 'data venia', seria vivenciada na hipótese de não ocorrência do próprio fato gerador. Nesse caso não haveria a

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

transferência do encargo financeiro e a legitimidade, aí sim, adviria do art. 10, da Lei Complementar 87/96, que assegura ao 'contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar'. Em suma, rogando-se elevadas vênias, mas entende-se que nas situações em que o fato gerador se concretiza, desencadeando a transferência do encargo financeiro diante da natureza indireta do ICMS, a pretensão de repetição/ressarcimento/compensação do valor pago a maior se enquadra perfeitamente à hipótese do art. 165, I, do CTN, cabendo apenas ao contribuinte de direito que comprove a assunção do encargo financeiro postular a sua restituição (art. 166, do CTN). Por outro lado, nas situações em que o fato gerador do tributo não se concretiza, hipótese em que o encargo financeiro sequer é transferido, reconhece-se ao 'contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago', na forma do art. 10, da Lei Kandir. Ainda que hipoteticamente assim não o entendesse, necessário compatibilizar o r. *decisum* agravado à determinação consagrada pelo eg. STF por ocasião do julgamento simultâneo das ADI's 2.777e 2.675 e do RE 593.849. Isto porque o Eg. STF, ao modular os efeitos daquela decisão proferida em regime de repercussão geral, foi claro ao determinar que referido precedente deveria orientar todos 'os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento, tendo em conta o necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados membros e do sistema judicial como um todo decidido por essa Corte'. Em outras palavras, ficou decidido que aludido precedente valeria para os processos pendentes de julgamento (submetidos à sistemática da Repercussão Geral) e para os pagamentos, feitos por antecipação, no regime de substituição tributária para frente (com utilização de base de cálculo presumida), ocorridos a partir da data em que fixado o entendimento. Assim, não há outra conclusão a não ser a impossibilidade de restituição de valores pretéritos ao da data em que proferido o julgamento do RE 593.849, questão que carece do devido enfrentamento pela r. decisão agravada" (fls. 871/874e).

Ao final, "requer seja o presente Agravo interno conhecido e provido, para fins de reformar-se a r. decisão agravada e assim prover o Recurso Especial interposto pelo Distrito Federal, reconhecer a ilegitimidade ativa da parte agravada (art. 166, do CTN), seja para limitar o alcance da condenação, como fixado nas ADI 2.777e 2.675 e no RE 593.849-RG" (fl. 874e).

Impugnação da parte agravada, pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.755.797 - DF (2018/0177677-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTRO(S) - DF011923
AGRAVADO	:	EDMAR BITTENCOURT & FILHOS LTDA.
OUTRO NOME	:	GEZEBEL REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - MG052334 JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES - MG072919
ADVOGADOS	:	SORAIA OFUGI RODRIGUES - DF012302 DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - SP160031A LETICIA CARAM ANDRE E ROCHA MIRANDA E OUTRO(S) - MG082766

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REVENDA DE MERCADORIA POR PREÇO MENOR DO QUE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. A Segunda Turma do STJ, no julgamento do REsp 525.625/RS (Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO), em juízo de retratação, por força do art. 1.040 do CPC/2015, revendo sua jurisprudência anterior, firmou o entendimento no sentido da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, em caso idêntico, porquanto esse dispositivo do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", cujas hipóteses estão previstas no art. 165 do CTN. Em nenhum dos incisos do art. 165 do CTN se encontra a hipótese de que trata o presente feito. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo se revelou inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento no art. 10 da Lei Complementar 87/96.

III. Agravo interno improvido.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte ré, ora agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

I - Histórico da controvérsia.

Há muito controverte-se a respeito da possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para a frente, quando a base de cálculo efetiva da operação se revela inferior à presumida.

A princípio, esta Segunda Turma, no julgamento do RMS 9.380/MS, de relatoria do Ministro ARI PARGENDLER, assentou que, após a vigência da Lei Complementar 87/96, o contribuinte substituído – apesar de não integrar a relação jurídico-tributária, consubstanciada exclusivamente entre Fisco e substituído – tem direito, nos termos do art. 10, § 1º, da aludida Lei, ao ressarcimento do ICMS recolhido a maior, em razão da diferença entre a base de cálculo presumida e a efetiva. Eis a ementa do julgado:

> "TRIBUTÁRIO. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTO PAGO A MAIOR, CONSIDERANDO A DIFERENÇA ENTRE O PREÇO 'ESTIMADO' E O VALOR 'EFETIVO' (MENOR) DA OPERAÇÃO. LEGITIMIDADE DO 'SUBSTITUÍDO' PARA REQUERER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO OU PROCEDER A RESPECTIVA COMPENSAÇÃO, MAS SOMENTE A PARTIR DA LEI COMPLEMENTAR 87, DE 1996. Até a Lei complementar 87, de 1996, o 'substituído não tinha qualquer relação jurídica com o sujeito ativo da obrigação tributária; depois dela, sem embargo de que não participe da relação tributária, o 'substituído' está legitimado a requerer a repetição do indébito do ICMS pago a maior a chamada 'substituição para frente' (art. 150, § 7º c/c o art. 10, § 1º, da Lei Complementar 87, de 1996) - desautorizada a presunção 'juris et de jure' que militava a favor da base de cálculo por 'estimativa', na forma da Lei Complementar 44, de 1983. Recurso ordinário provido em parte**" (STJ, RMS 9.380/MS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, DJU de 01/03/99).

A Primeira Turma, por outro lado, entendia que a questão sequer poderia ser veiculada em Mandado de Segurança, como costumava acontecer à época, seja porque o remédio constitucional estaria a substituir ação de cobrança, nos termos da Súmula 269 do STF, seja porque a objetivar a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, conforme

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

Súmula 271 do STF. Nesse sentido:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
> 1. **O mandado de segurança é via imprópria para deferir pretensão asseguradora à parte impetrante consistente no direito de, mediante autolançamento tributário, ser restituída, pela via de compensação, de ICMS afirmado pago a maior, pelo fato de ter vendido veículo por preço menor do que o da base de cálculo que serviu para o recolhimento do referido imposto, mediante sistema de substituição tributária**.
> 2. **O mandado de segurança não é via própria para substituir ação de cobrança e não produz efeitos patrimoniais**.
> 3. **O nosso ordenamento jurídico não admite decisão condenatória genérica, especialmente em campo de repetição de indébito**.
> 4. Questão jurídica apresentada pela impetrante que não se limitou, apenas, a pedir declaração a respeito da existência de determinada relação jurídico-tributária.
> 5. **Acórdão que não apreciou o mérito da impetração. Possibilidade do tema de fundo ser discutido pelas vias ordinárias**.
> 6. Recurso improvido" (STJ, RMS 9.387/MS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 21/09/98).

A fim de superar o dissenso entre as Turmas, o Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS levou a julgamento, na Primeira Seção, o RMS 9.677/MS. Naquela oportunidade, nos termos do voto do Relator, o Colegiado, no mérito, adotou o entendimento da Segunda Turma, deixando de conhecer duas questões, a saber, a possibilidade de compensação dos créditos anteriores à impetração e a possibilidade de transferência dos créditos ao substituto tributário. Veja-se:

> "Tenho para mim que **os autos não encerram elementos necessários ao exame da compensabilidade dos créditos anteriores**. Por isso, deixo de examinar esta pretensão, reservando às impetrantes a possibilidade de discutir a questão em sede apropriada.
> **Outra pretensão que não merece conhecimento é aquela de efetuar a compensação na escrita das contribuintes substitutas**. Eles não integram a relação processual.
> No que se refere ao pedido que examinei acima, **não tenho dúvida em assegurar às impetrantes o direito à compensação da diferença entre o tributo recolhido a maior com base no valor de pauta, e aquele efetivamente devido, quando a revenda do automóvel se tenha efetivado mediante preço inferior àquele presumido, que serviu como base de cálculo à exação antecipada**. Reserva-se ao Fisco o direito de

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

rever a compensação".

O aresto restou assim ementado:

> "TRIBUTÁRIO – **ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATO GERADOR PRESUMIDO – VENDA EFETIVADA MEDIANTE PREÇO MENOR QUE O VALOR ESTABELECIDO NA PAUTA FISCAL – DIREITO À COMPENSAÇÃO**.
> - **É lícito ao contribuinte substituído efetuar compensação do tributo recolhido a maior, em adiantamento, pelo substituto, quando à venda geratriz do tributo tenha correspondido preço inferior àquele previsto na pauta fiscal**" (STJ, RMS 9.677/MS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 23/04/2001).

Com isso, a Primeira Turma realinhou sua jurisprudência, para observar o entendimento da Primeira Seção:

> "TRIBUTÁRIO. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS. RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO PAGO A MAIOR MEDIANTE RESSARCIMENTO ATRAVÉS DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LC 87/1996**.
> - Não havendo qualquer regulamentação sobre a transferência de crédito do contribuinte substituído para o seu fornecedor de mercadoria, não há que se falar em prestação da tutela jurisdicional nesse sentido.
> - **A Lei Complementar 87/96 regulamenta a forma como se processa o creditamento do valor referente à restituição, não cabendo ao Poder Judiciário adaptar a aplicação da lei à conveniência da parte**.
> - Recurso improvido" (STJ, RMS 11.858/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 17/09/2001).

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE PREÇOS. **ICMS. FATO GERADOR PRESUMIDO. LANÇAMENTO. VENDA. VALOR INFERIOR. EXCESSO. PAGAMENTO. CREDITAMENTO. RESTITUIÇÃO**. SÚMULA 213/STJ.
> 1. O substituto tributário tem o direito à restituição/compensação do valor do ICMS pago em face do regime de substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizou.
> 2. Cabe ao Fisco averiguar, em sede administrativa, a veracidade dos créditos tributários restituídos/compensados pelo contribuinte.
> 3. **O regime de substituição tributária não autoriza, por ausência de disposição legal, que haja exigência de tributo em valor maior do que o determinante quando da ocorrência do fato imponível**.
> 4. Observando-se que o *mandamus* objetiva a declaração do direito da impetrante à restituição dos valores de ICMS recolhidos a maior, é de ser

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> trazido à tona o verbete sumular nº 213, deste Tribunal, segundo o qual 'o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária', concluindo-se pela total adequação da via eleita, não se cogitando, por conseguinte, de hipótese de concessão de segurança contra lei em tese.
> 5. Precedentes do STJ: RMS 9677/MS, RMS 11325/ES, RMS 10425/GO, RMS 96271/MS, REsp 265343/SP, AgReg no MS 3752/MA, entre outros.
> 6. Recurso provido" (STJ, RMS 14.615/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 17/06/2002).

A questão, no entanto, sofreria reviravolta com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 1.851/AL. Na oportunidade, a Suprema Corte assentou a constitucionalidade da cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 que preconizava, em suma, a impossibilidade de restituição ou de cobrança suplementar do ICMS, quando a operação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizasse em valor inferior ou superior ao presumido. Assim restou sintetizado o julgado:

> "TRIBUTÁRIO. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6º E 7º DO ART. 498 DO DEC. 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO**. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2º, INC. 2º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. **A EC 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade,**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> **aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação**. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente" (STF, ADI 1851/AL, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, TRIBUNAL PLENO, DJU de 13/12/2002).

Diante do entendimento vinculante do STF, veiculado em sede de controle concentrado, o STJ realinhou o posicionamento, para vedar o ressarcimento:

> "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - **ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PAGAMENTO ANTECIPADO FEITO 'A MAIOR'** - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO.
> 1. **A Primeira Seção desta Corte reconhecia a viabilidade do mandado de segurança para efeito de declarar como direito do substituto tributário o creditamento do valor pago 'a maior', antes da ocorrência do fato gerador**.
> 2. **Mudança de entendimento a partir do julgamento da ADIN 1.851/AL, pelo STF que, ao interpretar o § 7º do art. 150 da CF/88, reconheceu só possível a compensação do ICMS, pelo substituído, na hipótese de não-realização do fato gerador**.
> 3. **Entendimento que se estende ao art. 10 da LC 87/96**.
> 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 418.380/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJU de 05/08/2002).

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. ICMS. RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. VALOR FINAL DE VENDA INFERIOR AO ESTABELECIDO NA PAUTA FISCAL. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. PRECEDENTE STF. ADIN 1851-4/AL**.
> I - **Em diversos julgados ficou reconhecido o direito do contribuinte à restituição/compensação do imposto recolhido a maior, bastando a comprovação de que está submetido ao regime de substituição tributária e que efetuou a venda por preço inferior ao preço previsto na pauta fiscal**.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

II - **Não obstante esta constatação, verifico que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, *in* D.J.U, de 15/05/2002, ao analisar, na ADIN 1851-4/AL, a cláusula segunda do convênio ICMS 13/97, declarou sua constitucionalidade, afastando a liminar que suspendia a eficácia do regramento legal em tela**.

III - **Naquele julgado o Pretório Excelso entendeu não importar que o tributo tenha sido recolhido a maior ou a menor em face do preço pago pelo consumidor final do produto, porquanto, se a base de cálculo é previamente definida em Lei, não restaria nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade**.

IV - **Nesse panorama, passo a adotar a tese do Supremo Tribunal Federal, pela vedação da restituição do ICMS quando a operação subseqüente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ao recolhido antecipadamente em face de base de cálculo presumida**.

V - **Submissão ao entendimento jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal em homenagem à função uniformizadora que tal decisão implica aos Tribunais pátrios. (ADIN 1.851-4/AL)**.

VI - Recurso especial provido" (STJ, REsp 270.612/ES, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 16/09/2002).

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. **ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. RECOLHIMENTO A MAIOR DO TRIBUTO. VALOR DE VENDA MENOR. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF. ADI 1.851/AL. NÃO-APLICAÇÃO DO ART. 165, II, DO CTN**. RECURSO DESPROVIDO.

1. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.851/AL (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 22.11.2002), entendeu que o contribuinte somente teria direito à restituição do imposto pago no caso de a venda presumida não se realizar, atribuindo ao fato gerador presumido a característica de definitivo, e não de provisório**.

2. **Adotando essa orientação, o Superior Tribunal de Justiça alterou o entendimento anteriormente firmado, para declarar a impossibilidade de restituição de eventuais excessos decorrentes da venda realizada por preço inferior ao da base de cálculo presumida**.

3. **Na hipótese dos autos, trata-se de recolhimento a maior de ICMS no regime de substituição tributária, e não de erro na base de cálculo do tributo, inexistindo, assim, o direito à restituição. Com efeito, o fato gerador presumido é definitivo, não havendo falar, portanto, em**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> **erro na base de cálculo a legitimar a repetição nos termos do art. 165, II, do Código Tributário Nacional**.
> 4. Recurso ordinário desprovido" (STJ, RMS 21.881/GO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/12/2008).
>
> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. **ICMS-ST. LEGISLAÇÃO ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. RESTITUIÇÃO. VALOR MENOR DA OPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE**.
> 1. O Tribunal de origem analisou detidamente a legislação local e afirmou peremptoriamente que ela prevê critérios para a definição da margem de valor agregado e, portanto, da base de cálculo do ICMS-ST. Inviável a revisão do entendimento em Recurso Especial nos termos da Súmula 280/STF.
> 2. **O art. 10 da LC 87/1996, que reproduz o art. 150, § 7º da CF, não contempla a hipótese de ressarcimento do ICMS se o fato gerador futuro ocorrer com base de cálculo menor que a presumida, de modo que inexiste indébito tributário. Precedentes do STF e do STJ**.
> 3. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 230.796/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/10/2012).

Não obstante a mudança jurisprudencial, ressalvavam-se do entendimento acima os casos envolvendo Estados não signatários do Convênio ICMS 13/97:

> "TRIBUTÁRIO - **ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RESTITUIÇÃO - VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO - NÃO ADESÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO AO CONVÊNIO 13/97, OBJETO DA ADIN 1.851/AL**.
> 1. **O STF, na ADIn 1.851/AL analisou a questão da substituição tributária em face do Convênio 13/97, concluindo que, de acordo com o art. 150, § 7º da CF/88, somente haveria direito à restituição caso não realizado o fato gerador presumido. Contudo, não sendo o Estado de São Paulo signatário do referido convênio, descabe a incidência do mencionado precedente aos autos**.
> 2. Se o Tribunal de origem interpretou o art. 10 da LC 87/96 sob a perspectiva da legislação local (Lei 6.374/89), que previa a hipótese de restituição do imposto pago a maior caso a operação final se desse por valor inferior ao presumido, inadmissível o recurso especial pela alínea 'a' do inciso III do art. 105 da CF/88, ficando prejudicado o exame pela alínea 'c'. Para afastar o obstáculo, caberia à Fazenda Estadual, se entendesse que a legislação local está a contrariar a norma federal, interpor o recurso com fundamento na alínea 'b' do permissivo constitucional, caso em que esta Corte está autorizada a cotejar a legislação local com a federal.
> 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 555.333/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJU de 01/03/2004).

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> "TRIBUTÁRIO – **ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RESTITUIÇÃO – VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO – NÃO ADESÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO AO CONVÊNIO 13/97, OBJETO DA ADIN 1.851-4/AL**.
> 1. **O STF, na ADIn 1.851-4/AL analisou a questão da substituição tributária em face do Convênio 13/97, concluindo que, de acordo com o art. 150, § 7º da CF/88, somente haveria direito à restituição caso não realizado o fato gerador presumido. Contudo, não sendo o Estado de São Paulo signatário do referido convênio, descabe a incidência do mencionado precedente aos autos**.
> 2. Embargos de divergência conhecidos e providos" (STJ, EREsp 773.213/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJU de 20/11/2006).
>
> "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" (STJ, AR 3.147/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 16/04/2010).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Segunda Turma: AgRg no Ag 857.838/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 23/10/2008; AgRg no AgRg no Ag 1.197.537/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 26/03/2010; REsp 976.650/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 11/06/2010.

Posteriormente, em 19/10/2016, a Suprema Corte, concluindo o julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, submetido à sistemática do art. 543-B do CPC/73, 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". Eis a ementa do acórdão:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> 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 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, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/03/2017).

Na mesma oportunidade, foram julgadas improcedentes, afinal, as ADI's 2.675/PE e 2.777/SP, ajuizadas pelos Governadores estaduais, objetivando, respectivamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 11.408/96, do Estado de Pernambuco, e da Lei 6.374/89, do Estado de São Paulo, no que autorizam a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para a

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

frente, em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS. Assim restaram ementados os acórdãos:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. **COMPATIBILIDADE DO INC. II DO ART. 19 DA LEI 11.408/1996 DO ESTADO DE PERNAMBUCO COM O § 7° 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 § 7° 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. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco.
>
> III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente" (STF, ADI 2.675/PE, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/06/2017).

> "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 § 7° 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 § 7° 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 Inconstitucionalidade julgada improcedente" (STF, ADI 2.777/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, Rel. p/ acórdão Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/06/2017).

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

II - A jurisprudência do STJ após o julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG, sob o regime de repercussão geral

Após o julgamento do RE 593.849/MG, pelo STF, sob o regime de repercussão geral, retornaram às Turmas, para juízo de retratação, os processos cujos Recursos Extraordinários encontravam-se sobrestados, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 543-B do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015).

No mais das vezes, esta Corte limitou-se a aplicar a tese de repercussão geral à espécie, sem maiores considerações sobre o art. 166 do CTN, embora pudesse fazê-lo, nos termos do art. 255, § 5º, do RISTJ e da Súmula 456 do STF. Vejamos:

> "TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO PARA FRENTE. BASES DE CÁLCULO PRESUMIDA E REAL. RESTITUIÇÃO DA RESPECTIVA DIFERENÇA. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO TEMA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOB O SIGNO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 201. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PELO PRÓPRIO STJ. ADEQUAÇÃO AO QUANTO DECIDIDO PELO STF. RECURSO ESPECIAL DO FISCO ESTADUAL DESPROVIDO**. PETIÇÃO PROTOCOLADA PELO ESTADO EM MOMENTO POSTERIOR AO SEU ESPECIAL. INOVAÇÃO DE ARGUMENTOS E DE PLEITOS. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1. **O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Min. Edson Fachin, DJe 05/04/2017), com repercussão geral reconhecida, firmou a tese de 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' (Tema 201/STF), a cuja compreensão se deve adequar o pretérito e contrário entendimento do STJ**.
>
> 2. Não é possível se conhecer de inéditos pleitos formulados pelo Fisco recorrente em momento posterior ao da interposição de seu especial apelo, seja por configurar indevida inovação recursal, seja pela ausência de prequestionamento das questões assim suscitadas.
>
> 3. Com efeito, o recurso especial 'tem causa de pedir vinculada à fundamentação adotada no acórdão recorrido e, por isso, não pode ser ampliada por fatos supervenientes ao julgamento do órgão judicial *a quo*' (AgInt no REsp 1.306.878/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 29/11/2018).
>
> 4. **Juízo de retratação exercido nestes autos (artigo 1040, II, do CPC), em ordem a se negar provimento ao recurso especial do Estado do Rio Grande do Sul**" (STJ, REsp 536.853/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/04/2019).

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DO TEMA 201 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO AO DECIDIDO PELO STF**.

1. Os recursos interpostos com fulcro no CPC/1973 sujeitam-se aos requisitos de admissibilidade nele previstos, conforme diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2 do Plenário do STJ.

2. **Ao decidir o Tema 201, em repercussão geral (RE 593.849/MG), o STF firmou a tese de 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.'**.

3. A Primeira Turma, ao negar provimento ao recurso especial, exarou entendimento que se encontra em desconformidade com aquele que prevaleceu no STF, motivo pelo qual deve ser realizado o juízo de retratação, nos termos do art. 1040, II, do CPC/2015, determinando-se o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que prossiga no julgamento do mérito da demanda.

4. **Recurso provido, em juízo de retração, para conceder a segurança, bem como para declarar o direito à compensação escritural dos valores recolhidos a título de ICMS pago a maior no regime de substituição tributária para a frente, na forma da legislação local, quando a base de cálculo efetiva da operação tiver sido inferior à presumida, assegurado-se à autoridade fiscal a verificação da correção do procedimento**" (STJ, RMS 16.190/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/03/2019).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **ICMS. SISTEMÁTICA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO REAL INFERIOR À PRESUMIDA. DIREITO À RESTITUIÇÃO. JULGAMENTO, PELO STF, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL. RE 593.849/MG, JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.040, II, DO CPC/2015**. PRESCRIÇÃO. TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. NÃO CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. **A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o presente Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, em 21/11/2006, considerando a jurisprudência pacífica desta Corte, à época, manteve o acórdão do Tribunal de origem, que denegara a**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

segurança, julgando legítima a sistemática de substituição tributária que não contempla a possibilidade de o contribuinte substituído obter a restituição de ICMS, caso a base de cálculo real seja inferior à presumida.

II. **Entretanto, posteriormente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849-RG/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, DJe de 05/04/2017), em regime de repercussão geral, 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)**.

III. **Diante do julgamento da Suprema Corte, sob regime de repercussão geral, que se mostra contrário ao posicionamento anteriormente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em referência, impõe-se o exercício do juízo de retratação, com base no art. 1.040, II, do CPC/2015. Nesse sentido: STJ, RMS 9.623/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/05/2018; RMS 11.927/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/05/2018; Ag 309.489/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/04/2018**.

IV. No tocante ao prazo prescricional, o STF, no julgamento do RE 566.621/RS (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, PLENÁRIO, DJe de 11/10/2011), firmou o entendimento de que o prazo de cinco anos do art. 168, I, do CTN, alterado por força do art. 3º da Lei Complementar 118/2005, para pleitear a repetição de valores recolhidos indevidamente, a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se às demandas ajuizadas na vigência do referido art. 3º, ou seja, a partir de 09/06/2005, de modo que, tendo em vista a data do ajuizamento da ação, é viável recuperar os valores indevidamente pagos nos cinco anos anteriores à propositura do feito. Se a demanda é ajuizada na vigência da redação anterior à LC 118/2005, aplica-se a tese conhecida por 'cinco mais cinco', de modo que o contribuinte possui 10 anos, contados do fato gerador, para repetir o que pagou indevidamente, a título de tributo.

V. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC/73, o REsp 1.269.570/MG, alinhou a jurisprudência desta Corte ao referido entendimento consolidado pelo STF, concluindo que, 'para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN' (STJ, REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/06/2012).

VI. A Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

em Recurso Especial 998.678/RS (DJe de 26/06/2013), de relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, proclamou o entendimento de que a tese dos 'cinco mais cinco' aplica-se às demandas propostas até o dia 08/06/2005.

VII. Na hipótese dos autos, o Mandado de Segurança foi impetrado em 22/09/2003, antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005, devendo ser contado o prazo prescricional segundo a tese dos 'cinco mais cinco'.

VIII. Conforme orientação firmada, de longa data, pelo Superior Tribunal de Justiça, 'reconhecido o crédito do contribuinte, irrecusável a atualização monetária, simples resgate do valor real da moeda. Não é um plus que se acrescenta, mas um minus que se evita' (STJ, REsp 153.630/RS, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 27/03/2000). Ademais, nos termos da Súmula 523/STJ: 'A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.'

IX. Na forma da jurisprudência, 'São descabidos juros compensatórios na repetição de indébito e na compensação de tributos' (STJ, REsp 1.110.310/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/07/2011)

X. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança parcialmente provido, em juízo de retratação, previsto no art. 1.040, II, do CPC/ 2015, para conceder parcialmente a ordem, a fim de declarar o direito da impetrante à compensação escritural de créditos de ICMS, oriundos de vendas efetuadas com valor menor do que a base de cálculo presumida, devidamente atualizados, na forma da legislação estadual, sem prejuízo de posterior fiscalização da autoridade administrativa competente, respeitada a prescrição, segundo a tese dos 'cinco mais cinco'" (STJ, RMS 21.952/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2018).

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. FATO GERADOR PRESUMIDO. DIFERENÇA A MENOR DO TRIBUTO DEVIDO, EM RELAÇÃO AO FATO GERADOR PRESUMIDO. DIREITO À RESTITUIÇÃO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ATUAL ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF SOBRE A MATÉRIA, EM JULGAMENTO REALIZADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 593.849/MG. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC/73 (ART. 1.040, II, DO CPC/2015). RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO**.

I. **Recurso Especial, interposto contra acórdão publicado na vigência**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

do CPC/73, anteriormente provido, pela Segunda Turma desta Corte, ao fundamento de que 'o STF, em 08/05/2002, pelo seu plenário, na ADIN 1.851/AL, relatada pelo Ministro ILMAR GALVÃO, decidiu, ao examinar o § 7º do art. 150 da CF/88, que o mesmo só contempla a restituição na hipótese 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 substituído'.

II. O Recurso Especial, interposto pela impetrada, retornou - por determinação da Vice-Presidência do STJ, para julgamento pelo Órgão colegiado, com fundamento no disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), após a interposição de Recurso Extraordinário, pela impetrante -, para juízo de retratação, em face de julgado do STF, proferido no RE 593.849/MG, em sede de repercussão geral da questão constitucional.

III. **Não obstante as razões de decidir constantes do acórdão ora submetido a juízo de retratação, o Plenário do STF, ao julgar, sob o regime da repercussão geral, o RE 593.849/MG (Rel. Ministro EDSON FACHIN, DJe de 31/03/2017), fixou, em 19/10/2016, a tese de 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 frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'. Assim, a atual jurisprudência do STJ realinhou o seu posicionamento sobre a matéria, diante do novo entendimento firmado pelo STF, no julgamento do RE 593.849/MG, sob a relatoria do Ministro EDSON FACHIN e sob regime de repercussão geral, pelo que o acórdão, proferido pelo Tribunal de origem, encontra-se, no mérito, em sintonia com o novel entendimento do STF e do STJ. Nesse sentido: STJ, EDcl na AR 4.640/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/12/2016; AgInt no RE no AgInt no RMS 30.103/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/02/2018**.

IV. Recurso Especial desprovido, em juízo de retratação, previsto no art. 543-B, § 3º, do CPC/73 (art. 1.040, II, do CPC/2015), quanto à questão de mérito, objeto da repercussão geral, no RE 593.849/MG" (STJ, REsp 418.380/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/09/2018).

"TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. BASE DE CÁLCULO REAL INFERIOR À PRESUMIDA. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC/1973 (ART. 1.040, II, DO CPC/2015)**.

I - **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 593.849/MG,**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

firmou a tese de 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 frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'.

II - Agravo regimental improvido. Art. 543-b do CPC/1973 (art. 1.040, II, do CPC/2015)" (STJ, AgRg no Ag 388.881/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/08/2018).

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2 DO STJ. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE A BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E A BASE DE CÁLCULO REAL. POSSIBILIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 593.849)**. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Publicado o acórdão proferido pelo STF em sede de repercussão geral, aplicam-se os efeitos do artigo art. 1.040, II, do CPC/2015, retornando os autos para novo exame.

2. **O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 593.849, fixou tese no sentido de 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 frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida'**.

3. Juízo de retratação exercido, na forma do art. 1.040, II, do CPC/2015, para negar provimento ao recurso especial" (STJ, REsp 1.422.639/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2018).

No mesmo sentido, confira-se: STJ, REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/06/2018; RMS 38.459/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 20/06/2018; RMS 16.086/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/11/2018; REsp 506.968/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/05/2018; REsp 536.724/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 15/05/2018; REsp 944.618/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/08/2018; RMS 9.623/MS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/05/2018; REsp 725.063/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/05/2018; REsp 512.403/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/11/2018; AgRg no Ag 351.420/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 04/05/2018; REsp 1.026.401/SE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/04/2017.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

Em algumas poucas ocasiões, porém, as Turmas integrantes da Primeira Seção enfrentaram a matéria concernente à aplicabilidade do art. 166 do CTN, na espécie.

A Primeira Turma, no AgRg no REsp 630.966/RS, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA – ora invocado pelo Ministro Relator, FRANCISCO FALCÃO –, afastou a incidência do art. 166 do CTN, na espécie. Vejamos:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO MENOR QUE A PRESUMIDA. DIREITO À DEVOLUÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DIREITO DE O SUBSTITUÍDO PLEITEAR A REPETIÇÃO DE CRÉDITO ANTERIOR À LC 87/1996**. QUESTÃO DECIDIDA À LUZ DE FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. **ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE.** PRESCRIÇÃO. DEMANDA AJUIZADA ANTES DA LC 118/2005. TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'. APLICAÇÃO.
>
> 1. O Plenário do STJ decidiu que 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo n. 2, sessão de 09/03/2016).
>
> 2. **'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' (RE 593.849/MG, julgado pelo rito da Repercussão Geral), fazendo-se necessária a realização do juízo de retratação, para adequar o julgamento do recurso especial à orientação da Suprema Corte (art. 1.040, II, do CPC)**.
>
> 3. O direito de o substituído pleitear a restituição do ICMS em período anterior à LC 87/1996 foi decidido pelo acórdão recorrido mediante emprego de fundamentação eminentemente constitucional, cuja revisão é incabível pela via do recurso especial.
>
> 4. **Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN**.
>
> 5. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 566.621/RS, submetido ao rito da repercussão geral, pacificou o entendimento de que o disposto no art. 3º da LC 118/2005 somente deve

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> ser aplicado às ações ajuizadas a partir de sua vigência (em 09/06/2005), mesmo que nessas ações se pleiteie repetir recolhimentos indevidos realizados antes da vigência da novel legislação.
> 6. No julgamento do Recurso Especial 1.269.570/MG, examinado sob a sistemática do art 543-C do CPC/1973, a Primeira Seção analisou novamente o tema, vindo a realinhar o seu entendimento ao do Pretório Excelso, concluindo que, 'para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN', ficando superado o recurso representativo da controvérsia REsp 1.002.932/SP.
> 7. Na hipótese, considerando que a demanda foi proposta antes da edição da LC n. 118/2005, a prescrição deve ser contada em conformidade com a tese dos 'cinco mais cinco' (EREsp 435.835/SC).
> 8. Agravo regimental da contribuinte provido, para tornar sem efeito a decisão agravada. Recurso especial fazendário parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/05/2018).

Registre-se que, embora acolhidos os EDcl no aludido AgRg no REsp 630.966/RS, "para não conhecer do recurso especial fazendário em relação às alegações de ilegitimidade ativa *ad causam*, de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição", o que retira a força persuasiva do precedente acima, o entendimento foi reiterado noutras duas ocasiões, a saber:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO MENOR QUE A PRESUMIDA. DEVOLUÇÃO. DIREITO**. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. **ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE**.
> 1. O Plenário do STJ decidiu que 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo 2, sessão de 09/03/2016).
> 2. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.
> 3. Os créditos de ICMS/ST reclamados a título de restituição preferencial de que trata o art. 150, § 7º, da Constituição Federal devem ser atualizados segundo os mesmos critérios aplicáveis para o tributo. Inteligência do art. 10, § 1º, da LC 87/1996.
> 4. **'Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN' (AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 22/05/2018).

5. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.426.465/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/02/2019).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MAIOR. TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. OPORTUNIZAÇÃO DE MANIFESTAÇÃO DAS PARTES ANTES DO JUÍZO DE CONFORMIDADE. DESNECESSIDADE. **REPERCUSSÃO FINANCEIRA DO ENCARGO DO TRIBUTO. INAPLICABILIDADE**. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. READEQUAÇÃO. EXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE.

1. Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado.

2. A regra do art. 10 do CPC/2015 não se aplica ao juízo de conformação, pois, firmada a tese a ser aplicada aos recursos repetitivos, não há falar em fundamento novo a respeito da qual a parte não teve oportunidade de manifestar-se.

3. **Na sistemática da substituição tributária para frente, quando da aquisição da mercadoria, o contribuinte substituído antecipadamente recolhe o tributo de acordo com a base de cálculo estimada, de modo que, no caso específico de revenda por menor valor, não tem ele como recuperar o tributo que já pagou, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN. Precedente da Primeira Turma**.

4. Conforme entendimento da Corte Especial deste Tribunal Superior, a data da sentença é o marco temporal a ser considerado para definição da norma de regência aplicável ao arbitramento de honorários de sucumbência.

5. Sem reexame de fático-probatório, não se pode chegar à conclusão pela readequação dos honorários, tendo em vista o percentual de 10%, por si só, não revelar exorbitância.

6. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.866.546/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

27/11/2020).

Já a Segunda Turma vinha condicionando o reconhecimento do direito à demonstração dos requisitos do art. 166 do CTN:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA 'PARA FRENTE'. ART. 10 DA LC 87/1996, C/C O ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VALOR DA OPERAÇÃO MENOR QUE O PRESUMIDO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESCONFORMIDADE COM ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 593.849/MG. ADEQUAÇÃO**. ART. 1.040, II, DO CPC/2015. **NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 166 DO CTN**.
> 1. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito à possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva se a base de cálculo real da operação for inferior à presumida.
> 2. Este Tribunal Superior, com suporte no resultado do julgamento da ADIn 1.851-4/AL, entendia que, à luz do comando contido no § 7º do art. 150 da CF/1988, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.
> 3. Ocorre que **o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG, em repercussão geral (Tema 201/STF), firmou tese de 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'**.
> 4. **Registre-se, no entanto, que a jurisprudência do STJ firmou a orientação de que os tributos ditos indiretos sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos previstos no art. 166 do CTN**.
> 5. **Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento, devendo, no entanto, ser observado o disposto no art. 166 do CTN**" (STJ, RMS 27.049/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/06/2018).

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **ICMS. BASE DE CÁLCULO EFETIVA INFERIOR À PRESUMIDA. DESCONFORMIDADE COM ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 593.849/MG. ADEQUAÇÃO**. ART. 1.040, II, DO CPC/2015.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> 1. A controvérsia veiculada nos autos diz respeito à possibilidade de restituição da diferença do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária progressiva se a base de cálculo real da operação for inferior à presumida.
> 2. Este Tribunal Superior, com suporte no resultado do julgamento da ADIn 1.851-4/AL, entendia que, à luz do comando contido no § 7º do art. 150 da CF/1988, que o contribuinte tem direito à restituição dos valores recolhidos em regime de substituição tributária progressiva apenas quando o fato gerador não se realizar, afastada a possibilidade de compensação de eventuais excessos ou faltas, em face do valor real da operação substituída.
> 3. Ocorre que **o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 593.849/MG, em repercussão geral (Tema 201/STF), firmou tese de 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'**.
> 4. **Os autos devem retornar à origem para que as instâncias ordinárias analisem o direito ao creditamento ou à compensação à luz do que dispõe o art. 166 do CTN**.
> 5. Recurso especial a que se dá provimento" (STJ, REsp 659.150/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/04/2018).

III - Da inaplicabilidade do art. 166 do CTN, na espécie.

Por ocasião do julgamento do REsp 525.625/RS, pedi vista dos autos, para examinar mais detidamente a questão atinente à aplicação, ou não, do art. 166 do CTN, segundo o qual "a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la".

No referido julgamento, remanesceu, para apreciação, a incidência, ou não, do art. 166 do CTN, de vez que o mencionado Recurso Especial sustentava violação ao aludido dispositivo legal, ao fundamento de que, "se a recorrida não é sujeito passivo e o valor do ICMS pago pelo fabricante será por ela cobrado dos consumidores finais - seus clientes, é evidente a contrariedade ao dispositivo do CTN acima referido".

Em seu voto original, o Ministro FRANCISCO FALCÃO, aludindo ao entendimento firmado no AgRg no REsp 630.966/RS (Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/05/2018), deixou de aplicar o art. 166 do CTN, ao seguinte fundamento:

> "Quanto à alegada ofensa ao art. 166 do CTN pela necessidade de prova do encargo financeiro pelo contribuinte, **verifica-se que na hipótese dos autos o contribuinte substituído recolhe antecipadamente o tributo,**

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> **com base em valor presumido quando da aquisição da mercadoria. Assim, na revenda por valor menor que o presumido este mesmo contribuinte arca com a diferença, decorrendo o desconto no preço final do produto da própria margem de lucro do comerciante, sendo inaplicável, na espécie, a condição ao pleito repetitório de que trata o art. 166 do CTN**".

No entanto, a Segunda Turma afastou o supracitado fundamento. Primeiro, porque não é o contribuinte substituído que recolhe o tributo, mas o contribuinte substituto, atribuindo-se, porém, no caso, legitimidade ativa **ad causam** ao substituído, na hipótese de o valor da venda ao consumidor ocorrer por valor menor, porquanto será ele que, afinal, suportará o encargo financeiro da tributação a maior. E, segundo, e mais importante, porque **a repercussão econômica dos tributos é questão empírica. Saber quem suporta o ônus de determinado tributo, em dada circunstância, demanda a verificação de inúmeras variáveis econômicas, que não podem ser presumidas pelo simples fato de a mercadoria ter sido vendida por valor inferior ao presumido. Com efeito, a repercussão econômica dos tributos é questão das mais complexas e controversas na ciência das finanças, sendo possível, em tese, que um tributo indireto seja suportado, individual ou conjuntamente, pelo capital, pelo trabalho ou pelos consumidores**.

A propósito, transcrevo trecho do voto do Ministro DIAS TOFFOLI, no Recurso Extraordinário 608.872/MG, em que ele bem explica, com fundamento em vasta pesquisa doutrinária, as perplexidades a envolverem a repercussão econômica dos tributos:

> "Na mesma toada, Hugo de Brito Machado Segundo ensina que a repercussão econômica tributária ocorre por força de uma 'oportunidade de transferência': se o mercado permitir, será possível repassar todo o encargo financeiro da exação. Igualmente afirma que 'em qualquer caso, o terceiro para o qual é transferido esse ônus estará pagando, juridicamente, preço, regido pelas normas contratuais correspondentes' (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Tributação indireta no direito brasileiro. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). Tributação indireta no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2013, p. 218).
>
> Para Geraldo Ataliba, a classificação dos tributos em direto e indireto, segundo o critério da translação econômica, não é jurídica, mas simplesmente econômica. O professor ainda afirma que a exação pode ter sua classe alterada pela conjuntura econômica, mesmo inexistindo mudança no sistema jurídico (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 143).
>
> Sobre a influência da tributação na formação de preços, Luís Eduardo Schoueri, embasado especialmente nos ensinamentos de Cesare Cosciani (Principios de ciencia de la hacienda. Madrid: Ed de Derecho Financiero),

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

indica, além do tempo (longo, curto ou curtíssimo), os mais variados fatores de influxo: em relação ao tributo, o montante (grande ou pequeno), o tipo (geral ou especial), a forma de cálculo (fixo, segundo a quantidade produzida, sobre o valor das vendas, sobre a renda marginal, sobre o capital investido) e o sistema geral de arrecadação e lançamento (embutido ou não no preço); quanto ao bem onerado, a curva de custos (custo fixo ou variável), a elasticidade da demanda (alta, média, baixa ou nula), a elasticidade da oferta (alta, média, baixa ou nula), a durabilidade (conservação ou deterioração) e a existência de bens complementares, substitutivos ou de oferta rival; a respeito do regime econômico, a existência de concorrência perfeita, de monopólio (de oferta ou de demanda), e monopólio bilateral, de duopólio (de oferta ou de demanda), de oligopólio perfeito (de oferta ou de demanda) ou de concorrência monopolista; no tocante ao sujeito passivo, a possibilidade de estoques (grande, média, pequena ou nula), a necessidade de manutenção de níveis mínimos de trocas, possibilidade de uso de linhas de crédito, possibilidade de abandonar a produção do bem onerado pela de outro, motivação do pagamento indevido do imposto; em relação à conjuntura econômica, a taxa de juros (alta ou baixa), a taxa de remuneração do capital (alta ou baixa) e a conjuntura (prosperidade, crise ou estagnação, inflação acentuada ou não) (SCHOUERI, Luís Eduardo. A restituição de impostos indiretos no sistema jurídico-tributário brasileiro. Revista de Administração de Empresas. São Paulo: jan./mar. 1987, vol. 27, n.1, p. 39/48).

Estudando essas variáveis, Schoueri encontrou, por análise combinatória, mais de 550 milhões de situações diferentes e concluiu ser um erro 'atribuir a todo e qualquer imposto 'indireto' (critério já demonstrado ser duvidoso) o fato de promover a translação' (ibidem, p. 39/48).

Em sentido convergente, Alfredo Augusto Becker (Teoria geral do direito tributário. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998) assenta não haver fundamento científico para o direito tributário adotar a classificação dos tributos em diretos e indiretos, conforme o critério da repercussão econômica. Em sua concepção, qualquer tributo pode repercutir e os fatores decisivos para isso não são intrínsecos à natureza da exação. Ademais, apenas por aproximação é que poderiam ser verificados os efeitos da transferência do ônus financeiro do tributo. Ainda de sua perspectiva, não seria possível verificar essa translação por meio do exame de um acréscimo do valor da exação ao preço, pois apenas casualmente haveria correspondência entre o valor recolhido ao Fisco e aquele que consta da fatura. Também entende não ser possível demonstrar a repercussão por meio do exame da escrita comercial do vendedor, tendo em vista a ausência de estatística que compare o preço da mercadoria praticado e o preço dessa sem a tributação, mantido tudo o mais constante. Esse último preço seria inobservável, pois nunca teria existido. Além disso, aponta o autor que a outorga legal de o sujeito passivo realizar retenção ou reembolso 'estabelece a certeza jurídica da repercussão jurídica do tributo' (ibidem, p. 543) para efeitos jurídicos, mas não prova sua repercussão econômica.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> Becker demonstra, ainda, a existência de variadas formas de translação econômica dos tributos, não sendo a para frente a única possível. Sustenta, com base nas lições de Maurice Duverger, haver a repercussão econômica para trás, como no caso em que o comerciante, já ciente da incidência tributária que vai ocorrer na venda da mercadoria, solicita redução do preço ao fabricante, bem como no caso em que o volume de vendas é diminuído em razão do aumento do preço pela inclusão do ônus financeiro do tributo. Igualmente, aponta o autor como forma da translação a denominada dupla incidência econômica, isto é, o acréscimo de outra parcela, além do valor do tributo, ao preço do produto ou da mercadoria para preservar a margem de lucro do vendedor (que fora reduzida pela exação) ou para 'perfazer um algarismo mais nítido e de melhor efeito psicológico sobre a venda' (ibidem, p. 545). O jurista refere, outrossim, existir a repercussão econômica simples - se ocorre a transferência de uma pessoa para outra, e a por estágios - se há sucessivas transferências. Também dentro do exame das principais formas da translação, menciona a capitalização e a amortização (ou absorção) e, para explicá-los, exemplifica com a influência da tributação nos preços de títulos da dívida pública cotados em Bolsa.
> Em suma, para Becker, a temática da repercussão econômica tributária está, em primeiro lugar, na área da formação dos preços, sendo que, apenas com um substancioso estudo de diversos fatores e circunstâncias (como condições de tempo, condições de lugar e conjuntura econômica), seria possível verificar, num juízo de relativa previsibilidade, a provável repercussão econômica do tributo. Não obstante, ressalta ser impossível 'conhecer[-se] a verdadeira incidência econômica do tributo' (ibidem, p. 548)".

Não se mostra adequado, portanto, afastar a aplicação do art. 166 do CTN com fundamento numa presunção de todo desvinculada dos fatos econômicos subjacentes à incidência tributária.

Outra é a razão para afastar a aplicação do aludido dispositivo.

O art. 166 do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", o que, nos termos do art. 165 do CTN, ocorre nos seguintes casos:

> "Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:
> I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
> II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;
> III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória".

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

Como se nota, em nenhum deles se encontra a hipótese de que trata o presente Recurso Especial. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido, quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo revelou-se inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. **Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento tanto no art. 150, § 7º, da Constituição, como assentou o STF, no RE 593.849/MG, quanto no art. 10 da Lei Complementar 87/96, que merece ser interpretado em consonância com o que decidido naquela oportunidade**. Ei-lo:

> "Art. 10. **É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar**.
> § 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.
> § 2º Na hipótese do parágrafo anterior, sobrevindo decisão contrária irrecorrível, o contribuinte substituído, no prazo de quinze dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados, também devidamente atualizados, com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis".

Se, como assentou o Supremo Tribunal Federal, a exceção contida ao final do art. 150, § 7º, da Constituição Federal, não exclui o direito à restituição, quando a base de cálculo efetiva ocorre em valor inferior ao presumido, não há razão para excluir tal situação do âmbito de incidência do art. 10 da Lei Complementar 87/96.

Em suma, é possível concluir que:

> i) A repercussão econômica dos tributos é questão empírica. Saber quem suporta o ônus de determinado tributo, em dada circunstância, demanda a verificação de inúmeras variáveis econômicas, que não podem ser presumidas pelo simples fato de a mercadoria ter sido vendida por valor inferior ao presumido. Com efeito, a repercussão econômica dos tributos é questão das mais complexas e controversas na ciência das finanças, sendo possível, em tese, que um tributo indireto seja suportado, individual ou conjuntamente, pelo capital, pelo trabalho ou pelos consumidores. Não se mostra adequado, portanto, afastar a aplicação do art. 166 do CTN com

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

fundamento numa presunção de todo desvinculada dos fatos econômicos subjacentes à incidência tributária;

ii) **Outra é a razão para afastar a aplicação do dispositivo**. O art. 166 do CTN está inserido na seção relativa ao "pagamento indevido", o que, nos termos do art. 165 do CTN, ocorre nos seguintes casos: "I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido; II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento; III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória". Como se nota, em nenhum deles se encontra a hipótese de que trata o presente Recurso Especial. O montante pago a título de substituição tributária não era indevido, quando da realização da operação anterior. Ao contrário, aquele valor era devido e poderia ser, inclusive, exigido pela Administração tributária. Ocorre que, realizada a operação que se presumiu, a base de cálculo revelou-se inferior à presumida. Esse fato superveniente é que faz nascer o direito do contribuinte. **Não se trata, portanto, de repetição de indébito, nos moldes do art. 165 do CTN, mas de mero ressarcimento, que encontra fundamento tanto no art. 150, § 7º, da Constituição, como assentou o STF, no RE 593.849/MG, quanto no art. 10 da Lei Complementar 87/96, que merece ser interpretado em consonância com o que decidido naquela oportunidade**.

Por fim, na forma da jurisprudência do STJ, não se aplica a modulação de efeitos da tese fixada pelo STF, no RE 593.849/MG, às ações ajuizadas antes de 27/10/2016, data de publicação da ata de julgamento desse precedente qualificado do Pretório Excelso, como no presente caso, consoante ilustra o seguinte precedente:

> "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. **ICMS. RECOLHIMENTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS-ST. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR DO QUE A EFETIVAMENTE OCORRIDA. RESTITUIÇÃO DO PAGAMENTO A MAIOR. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO DO STF E DO STJ. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO PENDENTE.** COMPROVAÇÃO DO NÃO REPASSE DO ENCARGO FINANCEIRO. DESNECESSIDADE.
>
> 1. 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 (Enunciado 3 do Plenário do STJ).

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

> 2. **O Supremo Tribunal Federal, no RE 593.849/MG, definiu ser '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' (Tema 201).**
> 3. **Não obstante, o Pleno do STF procedeu à modulação dos efeitos 'a fim de que o precedente que aqui se elabora deve orientar todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido realizada após a fixação do presente entendimento'; e, conforme esclarecido em embargos de declaração, não se aplica a tese nas ações ajuizadas antes da publicação da ata de julgamento. Precedentes do STF.**
> 4. **No caso dos autos, a ação foi ajuizada em 21 de outubro de 2016, antes, portanto, da publicação da referida ata de julgamento ao julgamento e, por isso, não se lhe aplica a modulação da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez tratar-se de 'ação pendente'.**
> 5. Este Tribunal Superior tem orientação jurisprudencial segundo a qual, na hipótese de substituição tributária, quando realizado o fato gerador sobre base de cálculo menor do que a presumida, não é necessária a comprovação do não repasse do encargo financeiro do tributo. Precedentes.
> 6. No caso, além de o acórdão recorrido estar em conformidade com essa orientação, o órgão julgador *a quo* verificou não ter ocorrido o repasse e essa premissa não pode ser revista sem reexame fático-probatório (Súmula 7 do STJ).
> 7. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.962.106/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2022).

Assim, merece ser mantida a decisão ora agravada, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo interno.

É o voto.

Documento eletrônico VDA34600080 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRA Assusete Magalhães Assinado em: 19/11/2022 23:02:12
Código de Controle do Documento: 7C4C44BB-9281-4686-B24B-DC8582A998BF

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no AgInt no REsp 1.755.797 / DF

Número Registro: 2018/0177677-3 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
00527536220008070001 0052753800 20000110527538 20000110527538AGS 527536220008070001

Sessão Virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022

Relator do AgInt no AgInt
Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	EDMAR BITTENCOURT & FILHOS LTDA.
OUTRO NOME	:	GEZEBEL REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - MG052334
		DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - DF029006
		JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES - MG072919
		SORAIA OFUGI RODRIGUES - DF012302
		DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - SP160031A
		LETICIA CARAM ANDRE E ROCHA MIRANDA E OUTRO(S) - MG082766
RECORRIDO	:	DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR	:	MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTRO(S) - DF011923
AGRAVANTE	:	DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR	:	MARCOS VINÍCIUS WITCZAK - DF011923
AGRAVADO	:	EDMAR BITTENCOURT & FILHOS LTDA.
OUTRO NOME	:	GEZEBEL REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES - MG072919
		SORAIA OFUGI RODRIGUES - DF012302
		DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - SP160031A
		LETICIA CARAM ANDRE E ROCHA MIRANDA E OUTRO(S) - MG082766

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ICMS/ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS

AGRAVO INTERNO

Documento eletrônico VDA34718949 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 29/11/2022 13:35:48
Código de Controle do Documento: e996c17c-448c-4556-804d-f15320b3c72e

AGRAVANTE	:	DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	:	MARCOS VINÍCIUS WITCZAK E OUTRO(S) - DF011923
AGRAVADO	:	EDMAR BITTENCOURT & FILHOS LTDA.
OUTRO NOME	:	GEZEBEL REPRESENTACOES COMERCIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - MG052334
		DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - DF029006
		JOVE SILMAR GUERRA BERNARDES - MG072919
		SORAIA OFUGI RODRIGUES - DF012302
		DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - SP160031A
		LETICIA CARAM ANDRE E ROCHA MIRANDA E OUTRO(S) - MG082766

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 22/11/2022 a 28/11/2022, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 29 de novembro de 2022

Documento eletrônico VDA34718949 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 29/11/2022 13:35:48
Código de Controle do Documento: e996c17c-448c-4556-804d-f15320b3c72e