



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1879266 - CE (2020/0142870-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : BRINGEL E CARVALHO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADOS : THIAGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE016396
DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE019322
AGRAVADO : ESTADO DO CEARÁ
ADVOGADO : EDUARDO MENESCAL - CE016996

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE A EFETIVADA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.849/MG (Tema 201), fixou a tese segundo a qual “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. Ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o substituído tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN.

3. Hipótese em que a parte autora, ora agravante, é substituto tributário devendo demonstrar ter assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo, o que, ressalte-se, não ocorreu na hipótese sob julgamento.

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 28/03/2023 a 03/04/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 03 de abril de 2023.

Ministro HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1879266 - CE (2020/0142870-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : BRINGEL E CARVALHO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA
ADVOGADOS : THIAGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE016396
DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE019322
AGRAVADO : ESTADO DO CEARÁ
ADVOGADO : EDUARDO MENESCAL - CE016996

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE A EFETIVADA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.849/MG (Tema 201), fixou a tese segundo a qual “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. Ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o substituído tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN.

3. Hipótese em que a parte autora, ora agravante, é substituto tributário devendo demonstrar ter assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo, o que, ressalte-se, não ocorreu na hipótese sob julgamento.

Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo interno interposto por BRINGEL E CARVALHO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA. contra decisão monocrática de minha relatoria que apreciou recurso especial interposto com o objetivo de reformar acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ assim ementado (fls. 233-234):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE
URGÊNCIA CAUTELAR" EM CARÁTER

ANTECEDENTE DEFERIDA NA ORIGEM PARA ADMITIR A ADESÃO DA EMPRESA AGRAVADA AO PARCELAMENTO ESPECIAL PREVISTO NA LEI Nº 16.259/2017 (REFIS), TENDO COMO BASE APENAS OS VALORES TIDOS COMO INCONTROVERSOS DO SUPOSTO DÉBITO FISCAL. 03 ILEGITIMIDADE ATIVA EVIDENCIADA. PRELIMINAR ACOLHIDA PARA, MEDIANTE ATRIBUIÇÃO DE EFEITO TRANSLATIVO, EXTINGUIR O FEITO ORIGINÁRIO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "é possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, §3º, do CPC" (STJ, Resp 736.966/PR, Rel. Ministra NANCY-JANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 06/05/2009). Nesse sentido: STJ, REspu 302.626/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/08/2003; oAgRg nos EDcl no AREsp 396.902/ES, Rel. Ministro RAÚL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe de 16/09/2014; REsp 1.490.726/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe de 30/10/2017; REsp 1.188.013/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 08/09/2010.

2. Não obstante o pedido inaugural se relacione diretamente à possibilidade de adesão ao parcelamento especial previsto na Lei Estadual nº 16.259/2017, indiretamente a parte autora (substituta tributária), ora agravada, justifica sua pretensão na eventual cobrança indevida de ICMS-ST com lastro em base de cálculo presumida pelo Estado do Ceará, cujos valores, segundo suas afirmações, não se confirmaram ao repassar ao substituído tributário.

3. Nessa perspectiva, em que se discute, como causa de pedir, eventual cobrança a maior de tributo em sistemática de substituição tributária progressiva, cuja base de cálculo efetiva da operação supostamente foi inferior à presumida, a jurisprudência caminha no sentido de reconhecer a legitimidade do substituído e não do substituto tributário, porquanto é aquele quem efetivamente suporta o ônus econômico da exação, nos termos do art. 10 da Lei Complementar nº 87/1996, a qual aduz: "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"

4. Por outro lado, ainda que se admitisse, por hipótese, a viabilidade de o responsável tributário discutir eventual compensação de valores recolhidos a maior de ICMS em substituição tributária progressiva nas situações em que a base de cálculo efetiva fosse inferior à base de cálculo presumida, a ponto de justificar a adesão a parcelamento apenas no valor tido como incontroverso, caberia ao substituto tributário - no caso a parte autora/agravada - demonstrar ter assumido referido encargo, ou, no caso de

tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo que, ressalte-se, não ocorreu na hipótese sob julgamento -, nos termos do que prevê o art. 166 do Código Tributário Nacional.

5. Por todo o exposto, com fulcro nos precedentes citados e em atendimento ao preconizado no art. 166 do CTN e arts. 17; 373, I e 485, VI do Código de Processo Civil, acolhe-se a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam para, mediante a atribuição de efeito translativo, extinguir o feito na origem sem resolução de mérito, condenando-se a parte autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados de acordo com os percentuais o mínimos escalonados em cada faixa contida no §3º do art. 85 do CPC sobre o valor atualizado atribuído à causa, consoante regra disposta nos §§ 4º, III e 5º do mesmo dispositivo legal. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

A decisão agravada negou provimento ao recurso especial da agravante (fls. 620-627).

Aduz a agravante que (fls. 635-636):

[...] o objeto da lide principal é o reconhecimento do direito do contribuinte suportar o ICMS-ST tendo em conta apenas o seu preço de venda, quando este for abaixo do valor da pauta fiscal. No caso dos autos, a ora Agravante fora autuada pela SEFAZ/CE justamente por não pagar esse ICMS-ST com base no valor presumido da pauta, pelo que se faz necessário um ajuste na base de cálculo dessas cobranças, tendo em conta as premissas de cálculo desta exação informadas pelo C. STF, por ocasião do Tema 201 da sua Repercussão Geral, premissas essas recentemente abraçadas pela 2ª Turma desta Corte, quando do julgamento do RESP 525.625/RS!!

Alega, ainda, que (fl. 636):

O CASO DOS AUTOS NÃO SE TRATA DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO, PORQUE NÃO SE TEM SEQUER O QUE REPETIR, PELO QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA A EXTINÇÃO DO FEITO ORIGINAL POR SUPOSTA ILETIMIDADE ATIVA AD CAUSAM!!! O QUE SE PRETENDE APENAS É QUE, UMA VEZ REALIZADA A DEVIDA INSTRUÇÃO NO JUÍZO DE PISO, A PARTIR DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA, SE CONSTATE QUE O PREÇO DE VENDA PRARICADO PELA ORA AGRAVANTE FOI DEMASIADAMENTE INFERIOR AO PREÇO DA PAUTA IMPOSTA PELO ESTADO DO CEARÁ, SITUAÇÃO QUE ENSEJARÁ O AJUSTA NA BASE DE CÁLCULO DO SEU PASSIVO.

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, pela submissão do presente agravo à apreciação da Turma.

A agravada, instada a manifestar-se, apresentou impugnação às fls. 642-650.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

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

Não merecem prosperar as alegações da agravante.

Discute-se nos autos a legitimidade ativa do substituto tributário para restituição de valores indevidamente recolhidos a título de ICMS-ST, nos casos em que a base de cálculo for inferior ao presumido.

O Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, entendeu que faltaria à parte autora legitimidade para pleitear a restituição do ICMS-ST pago a maior (fls. 241-243):

Nessa perspectiva, em que se discute, como causa de pedir, eventual cobrança a maior de tributo em sistemática de substituição tributária progressiva cuja base de cálculo efetiva da operação supostamente foi inferior à presumida, a jurisprudência caminha no sentido de reconhecer a legitimidade do substituído e não do substituto tributário, porquanto é aquele quem efetivamente suporta o ônus econômico da exação, nos termos do art. 10 da Lei Complementar nº 87/1996, a qual aduz: "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"

[...]

Por outro lado, ainda que se admitisse, por hipótese, a viabilidade de o responsável tributário discutir eventual compensação de valores recolhidos a maior de ICMS em substituição tributária progressiva nas situações em que a base de cálculo efetiva fosse inferior à base de cálculo presumida, a ponto de justificar a adesão a parcelamento apenas no valor tido como incontroverso, caberia ao substituto tributário - no caso a parte autora/agravada - demonstrar ter assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo -o que, ressalte-se, não ocorreu na hipótese sob julgamento -, nos termos do que prevê o art. 166 do Código Tributário Nacional:

Para analisar a controvérsia, há que se ter presente o regime tributário em questão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 593.849/MG (Tema 201), fixou a tese segundo a qual “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, ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o **substituído** tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN.

A propósito, confirmam-se precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. BASES DE CÁLCULO PRESUMIDA E EFETIVAMENTE REALIZADA. DIFERENÇA. REGRA DE COMPROVAÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO. NÃO INCIDÊNCIA. TESE DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADA COM BASE EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E PROVA DOS AUTOS.

[...]

2. Segundo entendimento desta Corte "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 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, o art. 166 do CTN" (AgRg no REsp 630.966/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 22/05/2018).

3. Na espécie, a recorrida, substituída tributária, não pretende devolução de ICMS incluído no preço da mercadoria vendida, mas daquele decorrente da diferença entre a base de cálculo efetivamente praticada e a presumida, sendo que esta última, porque não ocorrida, não foi imposta ao consumidor, daí porque não se pode exigir comprovação do não repasse financeiro.

[...]

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.949.848/MG, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 15/12/2021.)

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO DO ÔNUS TRIBUTÁRIO - LEGITIMIDADE - ART. 116 DO CTN - COMPENSAÇÃO - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA MAIOR QUE A EFETIVADA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 150, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO.

1. No regime de substituição tributária progressiva, autorizado pelo art. 150, § 7º, da CF, ocorrendo venda por preço inferior ao presumido, o substituído tem legitimidade processual para discutir eventual irregularidade na incidência de tributo sobre a diferença entre preço praticado e aquele previsto para a ocorrência do fato gerador presumido, uma vez que nesta hipótese não se constata o fenômeno da repercussão tributária ao consumidor, contribuinte de fato, sobre o desconto ofertado. Inteligência do art. 166 do CTN. Precedentes.

[...]

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.(RMS n. 34.389/MA, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16/5/2013, DJe de 24/5/2013.)

Como se vê, apenas o substituído tem legitimidade ativa para discutir eventual pagamento a maior de ICMS-ST. No caso dos autos, a parte autora, ora agravante, é substituto tributário devendo demonstrar ter assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-lo, o que, ressalte-se, não ocorreu na hipótese sob julgamento.

Destarte, estando o acórdão recorrido em sintonia com o entendimento dominante deste Tribunal, não merece reforma.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como penso. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no REsp 1.879.266 / CE

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2020/0142870-5

Número de Origem:

0014699-29.2017.8.06.0043 06272173420178060000 146992920178060043 6272173420178060000

Sessão Virtual de 28/03/2023 a 03/04/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Secretário

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BRINGEL E CARVALHO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA

ADVOGADOS : THIAGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE016396

DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE019322

RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ

PROCURADOR : EDUARDO MENESCAL - CE016996

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE - PARCELAMENTO

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : BRINGEL E CARVALHO INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA

ADVOGADOS : THIAGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE016396

DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR - CE019322

AGRAVADO : ESTADO DO CEARÁ

ADVOGADO : EDUARDO MENESCAL - CE016996

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 28/03/2023 a 03/04/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília, 04 de abril de 2023