

RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.817 - SP (2018/0324725-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
RECORRENTE : AUTO POSTO RODOVIAS LTDA
ADVOGADOS : RICARDO ANDRADE MAGRO - SP173067
JORGE BERDASCO MARTINEZ E OUTRO(S) - SP187583
IGOR MAULER SANTIAGO - SP249340A
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCIA DE OLIVEIRA F APARICIO E OUTRO(S) -
SP121238

DECISÃO

Trata-se de recurso especial manejado por **Auto Posto Rodovias Ltda**, com base no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 369):

ICMS - Combustíveis - Restituição das diferenças, decorrentes da revenda do produto por valor menor que o presumido para efeito da antecipação do recolhimento nas operações de entrada - Pretensão de ressarcimento junto ao fornecedor sem prévia conferência do fisco quanto à sua real existência e dimensão - Restituição imediata e preferencial, determinada pelo artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, para o caso do fator gerador presumido não se realizar; que não se aplica à hipótese dele se realizar em valor menor que o presumido - Restituição das diferenças condicionada à prévia conferência do fisco, de acordo com as formas previstas pela legislação estadual e de conformidade com as prescrições da Lei Complementar nº 87/96, a que o contribuinte não pode se furtar, menos ainda de forma a comprometer a segurança no tocante à prévia conferência do fisco quanto à real existência e extensão dessas diferenças - Demanda improcedente - Recurso não provido.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 396/398).

Nas razões do recurso especial, a recorrente alega, dentre outros, violação ao art. 10 da LC nº 87/96. Aduz, em síntese, que tem direito à restituição de valores referentes a diferenças de ICMS sobre combustíveis, cujo recolhimento é realizado sob o regime de substituição tributária, sendo certo que "*o artigo 10 da Lei Complementar nº 87/96 conjugado com o Artigo 150, parágrafo 7º da CF, asseguram ao contribuinte substituído a IMEDIATA e PREFERENCIAL restituição das quantias pagas quando não ocorrido o fato gerador previamente presumido, que em outras palavras, significa a*

efetivação da venda por preço inferior ao valor previamente estabelecido pelo Fisco. Ademais, a Constituição Federal prevê a restituição de forma imediata e preferencial quando não ocorrido o fato gerador estipulado antecipadamente. Assim, quando ocorre esta hipótese, qual seja, de venda por preço inferior ao previamente previsto pelo Fisco, por óbvio, o Recorrente passa a ter créditos de ICMS, vez que já recolheu de forma antecipada, carga sobre preço que não se concretizou." (fl. 527).

Recurso extraordinário interposto às fls. 401/428.

É O BREVE RELATO.

Observa-se que a discussão de fundo dos presentes autos diz respeito à possibilidade, ou não, da restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS pago a mais no regime de substituição tributária, quando a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida, objeto do **RE nº 593.849/MG**, com repercussão geral reconhecida - **Tema 201**.

Em recursos versando sobre temas afetados à repercussão geral, o STF tem determinado o retorno dos processos para os Tribunais de origem, para aguardar o julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia. A propósito:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE) INCIDENTES SOBRE REMESSAS AO EXTERIOR. LEIS 10.168/2000 E 10.332/2001. AFETAÇÃO SUPERVENIENTE DO TEMA À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL.

1. No âmbito do Plenário Virtual, o Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria afetar a presente controvérsia à sistemática da repercussão geral em momento posterior ao julgamento do acórdão recorrido. Tema 914: RE-RG 928.943, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13.09.2016.

2. Em decorrência de fato jurídico superveniente, a sistemática de precedentes obrigatórios impõe a devolução ao Tribunal de origem dos presentes autos para que o feito seja sobrestado até a definição do mérito do Tema. 3. Embargos de declaração providos, para fins de infirmar a cadeia processual construída em sede extraordinária no presente processo e determinar a devolução dos autos à origem, nos termos dos arts. 1.036 do CPC/15 e 328 do RISTF.

(**ARE 934095 AgR-ED-ED**, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 22-11-2016)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSO VERSANDO A MATÉRIA – SOBRESTAMENTO – MANUTENÇÃO. O tema atinente à constitucionalidade da cobrança de contribuições sociais em face das atividades das cooperativas em geral, tendo em conta a distinção entre “ato cooperativo típico” e “ato cooperativo atípico”, teve repercussão geral admitida pelo denominado Plenário Virtual no Recurso Extraordinário nº 672.215/CE, da relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. A matéria de fundo, tanto no mencionado recurso como neste extraordinário, diz respeito à definição da incidência ou não desses tributos sobre as receitas decorrentes de tais atos. Impõe-se aguardar o julgamento do mérito do paradigma, considerados o regime da repercussão geral, presentes os processos múltiplos, e a possibilidade de revisão do entendimento.

(**RE 594695 AgR-AgR**, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 25-05-2015)

Embargos de declaração em agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Legitimidade da cobrança de PIS e COFINS, tendo por fato gerador a locação de bens imóveis. Matéria constitucional. Repercussão geral reconhecida. RE-RG 599.658. 3. Embargos de declaração acolhidos para determinar a devolução à origem com base no disposto no art. 543-B do CPC.

(**RE 543799 AgR-ED**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 03-08-2015)

Ocorre que foi publicado acórdão de mérito no julgamento do mencionado

RE nº 593.849/MG, cuja ementa assim dispõe:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO 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.

(RE Nº 593.849/MG, Relator Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017)

Assim, ultimada a resolução da controvérsia em repercussão geral, denotando a primazia do viés constitucional do tema em debate, caso não é de enfrentá-lo na seara do recurso especial ou do agravo dele decorrente (AREsp).

Por fim, esclareça-se que, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.653.884/PR, também pela Primeira Turma deste Superior Tribunal, ficou assentado que, nos casos de devolução do recurso especial ao Tribunal de origem para o aguardo do desfecho da repercussão geral, a Corte recorrida, caso verifique a existência de resíduo não alcançado pela afetação do Supremo Tribunal Federal, deverá determinar o retorno dos autos a este STJ somente após ter exercido o juízo de conformação ao que decidido

pelo STF na repercussão geral (**QO no REsp 1.653.884/PR**, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/11/2017).

Forte em tais razões, **determino a devolução** dos autos, com a respectiva baixa, ao ilustrado Tribunal de origem, onde, nos termos dos arts. 1.040 e 1.041 do CPC/2015, deverá ser realizado o juízo de conformação ou manutenção do acórdão local, frente ao que decidido pela Excelsa Corte.

Publique-se.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Sérgio Kukina, Relator

