

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.816.032 - MG (2019/0147150-2)**

**RELATORA** : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
**RECORRENTE** : ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROCURADOR** : ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA E OUTRO(S) - MG047521  
**RECORRIDO** : MOL SERVIPECAS LTDA  
**ADVOGADO** : FRANCISCO XAVIER AMARAL E OUTRO(S) - MG028819

**DECISÃO**

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS, por meio do qual se impugna acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

"EMBARGOS INFRINGENTES - JUÍZO DE RETRATAÇÃO - ART. 1.030, II, DO NCPC - AÇÃO ORDINÁRIA - TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA 'PARA FRENTE' - BASE DE CÁLCULO EFETIVA - VALOR INFERIOR À BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - DIFERENÇAS EXISTENTES - DIREITO À RESTITUIÇÃO - RECONHECIMENTO - STF - REPERCUSSÃO GERAL - MODULAÇÃO DE EFEITOS A PROCESSOS PENDENTES - EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS - VOTO MINORITÁRIO RESGATADO.

1 - Segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 593.849/MG, no qual reconhecida a existência de repercussão geral da matéria, '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'.

2 - Em modulação de efeitos, entendeu o STF que a tese apenas se aplicaria aos processos em trâmite e pendentes de julgamento – como é o caso – e aos fatos geradores ocorridos após 19/10/2016.

3 - Embargos infringentes acolhidos, em juízo de retratação e nos termos do artigo 1.030, II, do NCPC, para se resgatar o voto minoritário, que se mostra consentâneo ao paradigma representado pelo RE 593.849/MG" (fl. 324e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 355/359e).

No Recurso Especial, interposto com base nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, alega-se a existência de dissenso pretoriano e violação ao disposto nos arts. 489, II e III, § 1º, IV, c/c 1.022, II, do CPC/2015 e 166 do CTN.

Sustenta-se, no que ora importa, o seguinte:

"(...) mesmo depois da vigência da 'Lei Kandir', a exigência constante do art. 166 do CTN quanto à necessidade da prova da não repercussão do ICMS, para fins de restituição, continuou existindo, inclusive para os casos de supostas diferenças do ICMS-ST, não encontrando nenhum amparo legal o entendimento de que 'a partir da vigência da referida norma (art. 10) o substituto tributário tem legitimidade para pedir eventual repetição, sem necessidade da prova de que o valor não foi repassado'. Em outras palavras, o fato de o contribuinte substituído passar a deter legitimidade para pleitear o recebimento de possíveis diferenças quando o recolhimento do ICMS se dá pelo regime de substituição tributária não o desobriga de cumprir com as demais condições para tanto, dentre elas encontrando-se aquela fixada pelo mencionado art. 166 do CTN" (fl. 377e).

Requer-se, por fim, "seja conhecido e provido o presente RECURSO ESPECIAL, sendo, via de consequência, anulado – 'PERMISSA VENIA' – ou mesmo reformado o v. acórdão hostilizado na forma como acima demonstrado para, ao final, ser julgada improcedente a pretensão inicial, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento dos ônus sucumbenciais à ora Recorrida, tudo como medida de tão só JUSTIÇA!" (fls. 387/388e).

Sem contrarrazões.

Recurso Especial admitido (fls. 393/394e).

O presente recurso merece prosperar, em parte.

A jurisprudência desta Segunda Turma está cristalizada no sentido de que mesmo no regime da substituição tributária do ICMS, na hipótese de realização de fato gerador com base de cálculo efetiva menor do que a presumida, o contribuinte de direito deve comprovar, para justificar seu direito à repetição ou à compensação do indébito tributário, o atendimento aos requisitos do art. 166 do CTN.

À guisa de exemplo, são os seguintes precedentes:

**"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.**

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).

**"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DO ICMS PAGO A MAIOR NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA REGRA PREVISTA NO ART. 166. PRECEDENTES.**

1. 'A jurisprudência desta Corte é no sentido de que os tributos ditos indiretos, dentre eles o ICMS, sujeitam-se, em caso de restituição, compensação ou creditamento, à demonstração dos pressupostos estabelecidos no artigo 166 do CTN' (REsp 1.209.607/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12.11.2010).

2. **'Aplica-se o art. 166 do CTN também à repetição de indébito de ICMS recolhido na sistemática da substituição tributária' (AgRg no AREsp 31.660/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 20/03/2013).**

3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.421.880/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2015).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao Recurso Especial, para determinar, ao Tribunal de origem, a

quem cabe a valoração dos fatos da causa, o rejugamento dos Embargos Infringentes, de sorte a que a procedência do pedido inicial fique atrelada à prova do atendimento, pelo contribuinte de direito, dos requisitos do art. 166 do CTN.

I.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

**MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES**

Relatora

