



Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

RECURSO DE AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0237297-4
AGRAVANTE: Nordibe Nordestina Distribuidora de Bebidas Ltda.
Advogada: Dra. Caroline Ribeiro Souto Bessa
AGRAVADO: Estado de Pernambuco
Procuradora: Dra. Maria Solange Vila Nova
RELATOR: Des. José Ivo de Paula Guimarães

EMENTA: RECURSO DE AGRAVO. ICMS. OPERAÇÃO PRESUMIDA COM PREÇO INFERIOR ÀQUELE COM BASE NO QUAL FOI CALCULADO O IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. RESSARCIMENTO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPOSIÇÃO IMPROVIDA. DECISÃO UNÂNIME.

1 - O saldo credor de ICMS que emerge quando a operação presumida se realiza por preço inferior àquele com base no qual foi calculado o imposto por substituição tributária não pode ser objeto de ressarcimento ou compensação, vez que esta hipótese somente é prevista para as situações em que não se realizar o fato gerador.

2 - Recurso de Agravo Improvido.

3 - Decisão Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso de Agravo em Apelação Cível nº 0237297-4, em que figura como agravante Nordibe Nordestina Distribuidora de Bebidas Ltda. e como agravado Estado de Pernambuco. Acordam os Desembargadores que integram a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, pela sessão de julgamento realizada no dia 25 / 04 / 13, à unanimidade de votos, em conhecerem do recurso acima descrito, para negarem provimento ao mesmo, tudo na conformidade dos votos e do Relatório proferidos neste julgamento.

Recife, 25/04/2013

Des. José Ivo de Paula Guimarães - relator

325
8



Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

RECURSO DE AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0237297-4
AGRAVANTE: Nordibe Nordeste Distribuidora de Bebidas Ltda.
Advogada: Dra. Caroline Ribeiro Souto Bessa
AGRAVADO: Estado de Pernambuco
Procuradora: Dra. Maria Solange Vila Nova
RELATOR: Des. José Ivo de Paula Guimarães

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto contra decisão terminativa que, nos autos da Ação Ordinária, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao recurso de apelação interposto e, conseqüentemente, prejudicados os apelos apensados, tombados sob os nºs 0239092-7 e 0237006-3.

O agravante interpôs o presente recurso, alegando - resumidamente - em suas razões, que:

1. A matéria ventilada na decisão terminativa agravada se distanciou do objeto da presente ação: primeiro, porque procura-se assegurar a inafastabilidade do princípio da não-cumulatividade de qualquer modalidade de apuração do imposto; segundo, porque em momento algum a empresa agravante está questionando compensação de créditos tributários em razão da operação presumida ter sido realizada por preço inferior àquele com base no qual foi calculado o imposto, mas sim, a compensação do ICMS recolhido a maior decorrente da exclusão dos seus créditos fiscais; terceiro, porque o direito ao crédito fiscal integral constitui garantia constitucional e legal; e quarto, porque o débito do ICMS de produtos sujeitos ao sistema normal de tributação é insuficiente para absorver o crédito fiscal gerado pela antecipação tributária.
2. A agravante mantém, constantemente, saldo credor desse imposto, a absorção desse saldo não ocorre. E não ocorrendo, a restituição é apenas escritural, não produzindo os seus efeitos financeiros.
3. O contribuinte-substituído que antecipar ICMS a maior, em razão de promover a saída subsequente de mercadoria para

326

outro Estado, fica com o direito de emitir Nota Fiscal de ressarcimento contra o fornecedor, nos termos do decreto nº 14.876/91.

4. A inexistência de uma normatividade, para operar a imediata e preferencial restituição, é prova inequívoca do manifesto propósito protelatório do Estado em não restituir - com brevidade - o imposto recebido a maior por antecipação.

Requer ao final, que esta relatoria reconsidere a decisão recorrida ou que apresente o recurso em mesa para julgamento perante a Segunda Câmara de Direito Público dessa Corte de Justiça.

É o relatório.

Recife, 25/04/2013

Des. José Ivo de Paula Guimarães
Relator



Poder Judiciário
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete do Desembargador José Ivo de Paula Guimarães
SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

RECURSO DE AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0237297-4
AGRAVANTE: Nordibe Nordeste Distribuidora de Bebidas Ltda.
Advogada: Dra. Caroline Ribeiro Souto Bessa
AGRAVADO: Estado de Pernambuco
Procuradora: Dra. Maria Solange Vila Nova
RELATOR: Des. José Ivo de Paula Guimarães

VOTO

O inconformismo do agravante reside contra decisão terminativa que, nos autos da Ação Ordinária, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, negou seguimento ao recurso de apelação interposto e, conseqüentemente, prejudicados os apelos apensados, tombados sob os nºs 0239092-7 e 0237006-3.

Mantenho e reafirmo o entendimento lançado por ocasião da decisão terminativa ora recorrida, pois é cediço que o saldo credor de ICMS que emerge quando a operação presumida se realiza por preço inferior àquele com base no qual foi calculado o imposto por substituição tributária não pode ser objeto de ressarcimento ou compensação, vez que esta hipótese somente é prevista para as situações em que não se realizar o fato gerador, o que não acontece no caso *sub examine*. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. CARGA DECLARATÓRIA. SÚMULA 213/STJ. ICMS. RECOLHIMENTO ANTECIPADO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE. PENDÊNCIA DO JULGAMENTO DAS ADI'S 2.777 E 2.656 NO STF. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DO STF NA ADI 1.851/AL.

1. O mandado de segurança é instrumento adequado à declaração do direito à compensação de tributos indevidamente pagos. Ratio essendi da Súmula 213 do STJ. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no Ag 1057300/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX,

PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 08/10/2009; EDcl no Ag 786.678/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 31/08/2009; EDcl no REsp 916.071/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 06/11/2008; RMS 13.933/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJ 31.08.2007; REsp 579.488/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 23.05.2007; AgRg no REsp 903.020/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 26.04.2007).

2. Desnecessária a remessa dos autos ao Tribunal a quo, ante a possibilidade de aplicação do princípio da causa madura, por envolver matéria exclusivamente de direito, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, máxime em face de matéria já pacificada nesta Corte Superior e no STF. Providência que se coaduna com os princípios da celeridade e instrumentalidade processuais e com a razoável duração do processo, consagrada no art. 5º, LXXVIII, do Texto Constitucional. (Precedentes: RMS 30.811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; RMS 21.133/BA, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 14/06/2010; RMS 19.658/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 27/11/2009; RMS 20.491/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 23/10/2009)

3. A venda por preço inferior ao presumido, mas nos estritos termos da previsão constitucional, não gera direito à compensação, uma vez que este direito somente seria admitido no caso de inocorrência do fato gerador, situação que não se amolda à hipótese sub examine, o que afasta a liquidez e a certeza do direito alegado.

4. O Plenário do Pretório Excelso, em 08 de maio de 2002, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851, decidiu pela constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS 13/97, em virtude do disposto no § 7º do art. 150 da CF, e considerando ainda a finalidade do instituto da substituição tributária, que, mediante a presunção dos valores, torna viável o sistema de arrecadação do ICMS. Em

consequência, ficou estabelecido, no âmbito daquela egrégia Corte, que somente nos casos de não realização do fato imponible presumido é que se permite a repetição dos valores recolhidos, sem relevância o fato de ter sido o tributo pago a maior ou a menor por parte do contribuinte substituído.

5. Submissão ao julgado da Excelsa Corte. A força da jurisprudência foi erigida como técnica de sumarização dos julgamentos dos Tribunais, de tal sorte que os Relatores dos apelos extremos, como soem ser o recurso extraordinário e o recurso especial, têm o poder

de substituir o colegiado e negar seguimento às impugnações por motivo de mérito.

6. As ADI' S 2.777 e 2.675 encontram-se pendentes de julgamento, por isso a ausência de força vinculante para afetar o entendimento perfilhado no caso sub judice.

7. "O reconhecimento pelo Pretório Excelso de que o tema possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, acarreta, unicamente, o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido por esta Corte ou por outros tribunais, cujo exame deverá ser realizado no momento do juízo de admissibilidade." (AgRg no EDcl no REsp 760.494/RJ, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 28/06/10).

8. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no RMS 26219 / GO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2008/0018803-7. Rel. Ministro LUIZ FUX. Data Julg. 02/12/2010).

Assim, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao presente recurso de agravo, mantendo-se incólume a decisão terminativa ora recorrida.

É como voto.

Recife, 28/04/2013.

Des. José Ivo de Paula Guimarães
Relator