

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.148.887 - SP (2009/0012398-3)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **AUTO POSTO CHAVANTES LTDA**
ADVOGADO : **RODRIGO HELFSTEIN E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **CARLA PEDROZA DE ANDRADE E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO. ESTADO DE SÃO PAULO. CONVÊNIO 13/97. INAPLICABILIDADE. ADIN 1.851-4/AL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Auto Posto Chavantes Ltda. no intuito de reformar decisão que inadmitiu recurso especial intentado contra acórdão proferido pelo TJSP, assim ementado (fl. 251):

IMPOSTO - CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO - RESTITUIÇÃO IMEDIATA ATRAVÉS DE TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS - INADMISSIBILIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA - RECURSOS OFICIAL E DA FAZENDA DO ESTADO PROVIDOS.

Embargos de declaração rejeitados (fl. 271).

No apelo nobre, interposto pelas alíneas "a", "b" e "c", do permissivo constitucional, aponta-se violação dos arts. 165, 458 e 535, II, do CPC, 118 c/c 126 do CTN e 10 da LC n. 87/96. Defende, em síntese, a possibilidade de restituição imediata dos créditos de ICMS oriundos de operações de venda de combustíveis, sob o regime de substituição tributária.

Nas razões de agravo, pugna pelo processamento do recurso especial, porquanto foram preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Contraminuta às fls. 393/397.

É o relatório. Passo a decidir.

Verifico que estão presentes os requisitos gerais e intrínsecos de admissibilidade, razão pela qual conheço do agravo de instrumento e passo à análise do recurso especial.

Com razão a recorrente.

Primeiramente, registro que

Primeiramente, registro que os arts. 165 e 458 do CPC não foram, sequer implicitamente, enfrentados no aresto *a quo* recorrido, a despeito da oposição dos aclaratórios. Incide, nesse caso, a Súmula 211/STJ.

Outrossim, não houve a alegada violação do art. 535, II, do CPC. O aresto combatido está claro e contém suficiente fundamentação para solver integralmente a controvérsia.

Mesmo com o escopo de prequestionamento, os embargos declaratórios devem obedecer aos ditames traçados no art. 535 do CPC, ou seja, só serão cabíveis caso haja no decisório embargado omissão, contradição e/ou obscuridade.

Ressalte-se que o simples fato de não terem sido abordados os dispositivos legais indicados pela parte embargante não configura omissão, desde que haja fundamentação

Superior Tribunal de Justiça

adequada capaz de sustentar a conclusão da decisão.

Sobre a questão de fundo, importa destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.851/AL, ao interpretar o art. 150, § 7º, da CF/88, entendeu que o contribuinte somente tem direito à repetição dos valores recolhidos, no regime de substituição tributária para frente, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador, sendo irrelevante o fato do preço de venda ser inferior à base de cálculo presumida. Frise-se que a questão foi analisada em face do Convênio n. 13/97.

No entanto, a Primeira Seção desta Corte assentou a inaplicabilidade da utilização da ADI 1.851-4/AL ao Estado de São Paulo, visto que não é signatário do referido convênio (EREsp 773.213/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 20.11.2006).

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO. VENDA POR PREÇO INFERIOR AO PRESUMIDO. ADESÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO AO CONVÊNIO 13/97, OBJETO DA ADIN 1.851-4/AL. INEXISTÊNCIA.

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" (EREsp 773.213/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 20.11.06).

2. Embargos de divergência providos (EREsp 937.301/SP, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ de 7.4.2008).

Isso posto, autorizado pelo art. 557, § 1º-A, do CPC, CONHEÇO do agravo de instrumento para, desde logo, DAR PROVIMENTO ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de junho de 2009.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator