

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO 5.639 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI
RECLTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO
ADV.(A/S) : PGE-MT - FABIO MARCEL VANIN TURCHIARI
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO (APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.905/2007)
INTDO.(A/S) : NOSSO POSTO COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES
ADV.(A/S) : ISAIAS GRASEL ROSMAN

EMENTA

Reclamação constitucional. ICMS. Substituição tributária. Cláusula 2ª do convênio 13/97. Decisão que determina a devolução dos valores recolhidos a maior pelo contribuinte. Ofensa à decisão proferida na ADI nº 1.851/AL. Procedência da reclamação.

1. Desde a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, conhece-se o modelo tributário de arrecadação por substituição do sujeito passivo da obrigação tributária por um **tertius**. Prestigia-se a ruptura do princípio da relatividade dos efeitos da relação jurídico-tributária quando se imputa ao agente que meramente recebe o preço da coisa (e, com ela, o valor incidente do tributo) a função de **substituído** do devedor. Seria, em linguagem clássica do Direito Civil, uma autêntica cessão compulsória de posições contratuais de caráter mitigado, pois remanesce a responsabilidade supletiva do devedor, dado que o fenômeno se restringe a uma mera *imputação* ao terceiro de um **debitum** do verdadeiro sujeito passivo da relação tributária.

2. A redação sempre escorregia e precisa do CTN, em seu art. 128, fez reverência à distinção civilística de **Alois Brinz** entre **debitum (haftung)** e **obligatio (schuld)**. O contribuinte **deve**, mas é o **substituto** que responde pela dívida, sem embargo de persistir o **debitum** – adjetivado de “supletivo” no Código Tributário – em desfavor do primeiro.

3. A Constituição de 1988 trouxe consigo um efeito colateral profundamente sensível no âmbito do Direito Tributário, que foi o

RCL 5639 / MT

enfraquecimento da autoridade do CTN como fonte nomogenética. O País assistiu a um processo de **constitucionalização** das normas tributárias, como forma de se impedir a contestação das exações fiscais em seu nascedouro. A técnica de substituição foi, por exemplo, parte desse fenômeno, com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 17/04/93, que introduziu o art. 150, § 7º, da CF/1988.

4. O perfil constitucional desse regime de substituição alterou profundamente a conformação primitiva do CTN. Desapareceu a exigência da vinculação direta do **tertius** com o fato gerador, o que implica dizer que sua posição jurídica foi reconduzida a de um sujeito abstratamente ligado a um **dever jurídico geral**, e não a uma **situação jurídica particular**, faticamente delimitada. Além disso, o constituinte derivado fez surgir a nova figura jurídica do **fato gerador por presunção**, contrabalançada pela “imediate e preferencial restituição da quantia” na hipótese de sua não realização.

5. A decisão na ADI nº 1.851-4/AL não é mais o único paradigma pretoriano **erga omnes** a ser utilizado nos casos de substituição tributária “para frente”, pois a questão – **sob enfoques diversificados** – é atualmente debatida na ADI nº 2.777/SP e na ADI nº 2.675/PE, ambas pendentes de julgamento, especialmente a última, que se acha sobrestada até o pronunciamento da Corte no RE nº 593.849/MG. A superveniência dessas duas novas ações diretas, contudo, não afeta, ao menos **ceteris paribus**, a eficácia vinculante e **contra todos** do acórdão indicado como paradigma desta reclamação. Precedentes da Corte (Rcl nº 2.600/SE-AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 3/8/07).

6. Não houve **superação** ou **contradição** entre a ADI nº 1.851 e os subsequentes (e inconclusos) julgamentos das mencionadas ações diretas. Permanece, para os fins constitucionais, íntegra a finalidade da reclamação no caso concreto e deve-se, conforme permite a jurisprudência, resolver por completo o incidente.

7. É inequívoca a ofensa à autoridade do STF, considerada a ADI nº 1.851/AL, a qual foi reconhecida quando do deferimento da liminar nos autos.

RCL 5639 / MT

8.Reclamação procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a reclamação, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO 5.639

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECLTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO

ADV.(A/S) : PGE-MT - FABIO MARCEL VANIN TURCHIARI

RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
(APELAÇÃO CÍVEL N° 29.905/2007)

INTDO.(A/S) : NOSSO POSTO COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES

ADV.(A/S) : ISAIAS GRASEL ROSMAN

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator.
Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO 5.639 MATO GROSSO

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECLTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO
ADV.(A/S) : PGE-MT - FABIO MARCEL VANIN TURCHIARI
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO (APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.905/2007)
INTDO.(A/S) : NOSSO POSTO COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES
ADV.(A/S) : ISAIAS GRASEL ROSMAN

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Cuida-se de reclamação constitucional apresentada pelo Estado do Mato Grosso em face do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, cuja decisão teria afrontado a autoridade do Supremo Tribunal Federal e a eficácia do que decidido no julgamento da ADI nº 1851/AL.

Na peça vestibular, o reclamante alega que:

a) o interessado, Nosso Posto Combustíveis e Lubrificantes, moveu ação ordinária contra o reclamante, na qual postulou a restituição dos valores de ICMS recolhidos a maior, no regime de substituição tributária, onde o fato gerador ocorreu a menor;

b) consoante a Cláusula Segunda do Convênio 13/97, a qual prevê a possibilidade de o contribuinte restituir o valor antecipadamente pago apenas no caso de o fato gerador não ocorrer, o Juiz da Vara Especializada da Fazenda Pública denegou a segurança;

c) a empresa ingressou com apelação, que foi provida pelo Tribunal de Justiça local, não obstante decisão da Suprema Corte em ação que possui efeito vinculante e eficácia **erga omnes**, a qual fixou entendimento de que só cabe a restituição na hipótese de não realização do fato gerador, e não na de sua realização inferior ao valor recolhido presumidamente;

d) o reclamante insiste que o acórdão da Corte Estadual afrontou a eficácia do quanto decidido na ADI nº 1.851/AL, existindo simetria entre as duas emanações jurisdicionais.

RCL 5639 / MT

Requeru-se o deferimento liminar e a procedência da reclamação. O então Relator, Ministro **Menezes Direito**, concedeu a liminar

“para suspender a eficácia do acórdão proferido na Apelação Cível nº 29.905/2007, da Sexta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, até o julgamento da presente reclamação” (fl. 119).

Instada a se manifestar, a autoridade reclamada informou que deu provimento à apelação da empresa, por entender que, recolhido o ICMS a maior, considerando a base de cálculo do fato gerador, a diferença deve ser devolvida ao contribuinte, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

A douta Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência da ação, em parecer assim ementado:

“RECLAMAÇÃO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECISÃO QUE DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS A MAIOR PELO CONTRIBUINTE. OFENSA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.851. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO” (fl. 143).

É o relatório.

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO 5.639 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

A reclamação deve ser julgada procedente.

Cumprido, de logo, fazer algumas considerações sobre a matéria de fundo do incidente.

A relação jurídico-obrigacional tributária forma-se pela angularização de dois sujeitos, o agente tributante e o contribuinte. Em tese, a obrigação é **res inter alios acta**, subordinando-se ao princípio comum do Direito Civil da relatividade dos efeitos do vínculo obrigacional. Nessa ordem de ideias, o interessado – NOSSO POSTO COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES – não integraria esse liame jurídico, na medida em que a aquisição dos bens é feita pelo contribuinte, que deve recolher a espécie tributária em favor do Fisco.

O Brasil, no entanto, desde a Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, conhece o modelo tributário de arrecadação por substituição do sujeito passivo da obrigação tributária por um **tertius**.

Nosso regime é, por assim dizer, prestigiador da ruptura do princípio da relatividade dos efeitos da relação jurídico tributária, pois imputa ao agente que meramente recebe o preço da coisa (e, com ela, o valor incidente do tributo) a função de **substituído** do devedor. Seria, em linguagem clássica do Direito Civil, uma autêntica cessão compulsória de posições contratuais de caráter mitigado, pois remanesce a responsabilidade supletiva do devedor, dado que o fenômeno se restringe a uma mera **imputação** ao terceiro de um **debitum** do verdadeiro sujeito passivo da relação tributária.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 128, já cuidava desse fenômeno jurídico, ao afirmar que:

“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito

RCL 5639 / MT

tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

É interessante que, na redação sempre escorreita e precisa do CTN, fez-se reverência à distinção civilística de **Alois Brinz** entre **debitum** e **obligatio**, correspondentes aos termos **haftung** e **schuld**. O contribuinte *deve*, mas o *substituto* responde pela dívida, sem embargo de persistir o **debitum** – adjetivado de “supletivo” no CTN – em desfavor do primeiro.

A Constituição de 1988 trouxe consigo um efeito colateral profundamente sensível no âmbito do Direito Tributário, que foi o enfraquecimento da autoridade do CTN como fonte nomogenética. O País assistiu a um processo de *constitucionalização* das normas tributárias, como forma de se impedir a contestação das exações fiscais em seu nascedouro. A técnica de substituição foi, por exemplo, parte desse fenômeno, com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 17/4/93, que introduziu o art. 150, § 7º, da CF/88, cuja redação é a seguinte:

“§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, **cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.**”

O perfil constitucional desse regime de substituição alterou profundamente a conformação primitiva do CTN. Desapareceu a exigência da vinculação direta do **tertius** com o fato gerador, o que implica dizer que sua posição jurídica foi reconduzida a de um sujeito abstratamente ligado a um *dever jurídico geral*, e não a uma **situação jurídica particular**, faticamente delimitada. Além disso, o constituinte derivado fez surgir a nova figura jurídica do **fato gerador por presunção**, contrabalançada pela “*imediate e preferencial restituição da quantia*” na

RCL 5639 / MT

hipótese de sua não realização.

Passou-se de uma substituição tributária **para trás**, que, como visto, encontra fortes ligações com modelos obrigacionais do Direito Civil e a uma **situação jurídica delimitada faticamente**, para uma substituição tributária **para a frente**, embasada em uma operação jurídica presuntiva, que se desloca do ato jurídico (ou do negócio jurídico, em melhores termos), que dá o substrato econômico gerador da exação, para uma abstração jurídica, o **dever puro, impessoal e objetivo** de um mero custodiante de ativos **supostamente (rectius, esperadamente)** nascidos de um negócio futuro. Se os antigos romanos cuidavam de uma compra e venda da esperança (**emptio spei**), agora, os tributaristas contemporâneos têm de se ocupar de um **fato gerador esperável**, dito presumido. Não é sem razão que a melhor doutrina brasileira se opôs a esse modelo, ao exemplo de **Geraldo Ataliba, Ives Gandra da Silva Martins e Gilberto de Ulhôa Canto**.

Em grande medida, deve-se registrar, a origem e a evolução do regime tributário por substituição foi uma das várias modalidades (assaz criativas) de se suprirem as deficiências da máquina arrecadadora e de seus instrumentos de fiscalização. Quando se introduziram elementos impessoais e objetivos, desligados dos fatos e inseridos no plano da abstração, dotou-se o Fisco (e por consequência o Estado) de maior previsibilidade na arrecadação e ampliou-se a independência da ação repressora de auditores-fiscais no cotidiano das empresas.

Mais uma vez, a força dos fatos (e aqui, ironicamente, das presunções) sobrepôs-se aos requintes da boa técnica jurídica. Isso não é abandono das tradições romanas, afinal, é deles que se herdou uma das mais célebres expressões qualificadoras do não comprometimento do Direito Tributário com aspectos alheios à efetividade do modelo arrecadatório: o famoso anexim **pecunia non olet**, atribuído ao imperador **Vespasiano** e provavelmente inspirado em uma Sátira (14.204) de **Juvenal**, com o seguinte teor: **Lucri bonus est odor ex re qualibet** (bem cheira o lucro, de onde quer que provenha).

RCL 5639 / MT

Esta Corte, no histórico julgamento do RE nº 213.396-SP, rel. Ministro **Ilmar Galvão**, DJ 1º/12/2000, assim se pronunciou:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. **A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador. Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido**” (RE nº 213.396/SP, Primeira Turma, Relator Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 1º/12/2000)

Nos fundamentos do voto condutor, existe passagem que acentua a relevância dos elementos de política tributária para a adoção desse modelo:

“Não é difícil perceber que a substituição tributária, em operações subseqüentes, como é o caso dos autos, convém às partes envolvidas na operação tributa: ao Fisco, por simplificar o trabalho de fiscalização, reduzido que fica ao pequeno

RCL 5639 / MT

número de empresas montadoras de veículos existentes no país; à montadora, por permitir um controle do preço final pelo qual seus produtos são entregues ao consumidor final, preço esse de ordinário sugerido ao revendedor pelo fabricante; ao concessionário revendedor, por exonerá-lo de toda preocupação de ordem tributária, desobrigado que fica do reconhecimento do ICMS sobre os veículos comercializados; e, por fim, ao consumidor, por dar-lhe a certeza de que o preço pago corresponde ao recomendado pelo fabricante.”

Em um segundo momento, o STF analisou o problema da substituição “para a frente”, agora sob a égide da Emenda Constitucional nº 3, de 1999, na ADI nº 1851-4/AL, que é citada como paradigma nesta reclamação.

Faz-se conveniente reproduzir as ementas do acórdão em que se julgou a ADI nº 1851-4/AL e do aresto dos embargos declaratórios, que integrou o primeiro:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º). Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar. A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não

RCL 5639 / MT

verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade. A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. **O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final. Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação. Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente”** (ADI nº 1.851/AL, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 13/12/02).

“TRIBUTÁRIO. ICMS. CONVÊNIO ICMS 13/97, CLÁUSULA 2.^a, QUE REGULAMENTOU O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRETENDIDO ESCLARECIMENTO SOBRE SE A EFICÁCIA DO SISTEMA DEPENDE DA EDIÇÃO DE LEI ESTADUAL; QUAL SERIA O FATO GERADOR PRESUMIDO, CUJA NÃO-OCORRÊNCIA RENDERIA ENSEJO À APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DA QUANTIA INDEVIDAMENTE PAGA; E SE O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA É RESTRITO AO

RCL 5639 / MT

SETOR DE AUTOMÓVEIS. Recurso insuscetível de acolhida: no primeiro caso, por versar matéria estranha à ação, que teve por único objeto apreciar, sob o crivo da Constituição, a Cláusula 2.^a do Convênio; no segundo, por haver sido definido, pelo acórdão embargado, não apenas o modo de apuração da respectiva base de cálculo, mas também o aspecto temporal do fato gerador presumido; e, por último, por não ter sido afirmado, em nenhum momento, que o regime tributário sob enfoque tem aplicação restrita a veículos motorizados. Embargos rejeitados” (ADI nº 1.851/AL-ED, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 25/4/03).

Na inicial da ação ordinária da empresa interessada, que comercializa combustível, alega-se que,

“(…) com relação aos combustíveis, cujo preço deixou de ser tabelado, tornou-se pública e notória a prática de preços finais a consumidor menor do que previsto no momento do cálculo do ICMS em regime de substituição tributária, restando evidente o abuso do Fisco na cobrança de imposto absolutamente indevido”.

Ao se cotejar esse trecho com passagem do relatório da ADI nº 1.851-4/AL, verifica-se a simetria objetiva entre o acórdão paradigma e a decisão reclamada:

“Sustenta a autora, em síntese, que a primeira norma ofende o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, na redação que lhe deu a EC nº 3/93, ao negar direito à restituição do ICMS pago a maior, sob o regime da substituição tributária, quando a operação subsequente se realiza por valor inferior ao presumido (…)”.

Essa mera circunstância, por si mesma, já bastaria à procedência do incidente.

RCL 5639 / MT

Ocorre, porém, que a decisão na ADI nº 1.851-4/AL não é mais o único paradigma pretoriano **erga omnes** a ser utilizado nos casos de substituição tributária “para a frente”, pois a questão – **sob enfoques diversificados** – é atualmente debatida na ADI nº 2.777/SP e na ADI nº 2.675/PE, ambas pendentes de julgamento, especialmente a última, que se acha sobrestada até o pronunciamento da Corte no RE nº 593.849/MG.

A superveniência dessas duas novas ações diretas, contudo, não afeta, ao menos **ceteris paribus**, a eficácia vinculante e **contra todos** do acórdão indicado como paradigma desta reclamação.

É esse o entendimento colegiado do STF, como se lê na ementa abaixo reproduzida:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito ex tunc. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido. Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade”(Rcl nº 2.600/SE-AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Cezar Peluso**, DJe de 3/8/07).

De seu teor, extrai-se passagem cujo relevo merece transcrição:

“Os fundamentos determinantes daquele primeiro acórdão devem (sic) lidos de acordo com os limites factuais do

RCL 5639 / MT

caso, o que significa que, a prevalecer o entendimento dos votos proferidos nas ADIs nº 2.777 e nº 2.675, não haverá interpretações colidentes, mas fixação ou revelação de regra geral e subsistência da regra específica. A proposta é que, como regra geral, o art. 150, § 7º, impõe a devolução da diferença a maior entre o valor devido e o efetivamente recolhido pela técnica de substituição, ainda quando o fato gerador efetivo seja de valor inferior ao presumido (ADI nº 2.777 e nº 2.675/PE), salvo na hipótese em que a substituição tributária seja facultativa e atrelada à figura de benefício fiscal, caso em que é constitucional a não devolução da diferença (ADI nº 1.851). Cuida-se, pois, de soluções judiciais que convivem, de modo que o julgamento conjunto das novas ADIs em nada pode prejudicar a autoridade da decisão da ADI nº 1.851”.

Com esse fecho do voto condutor, que é digno de todos os encômios, tenho que foi posta de modo incontestável a inexistência de **superação** ou de **contradição** entre a ADI nº 1.851 e os subsequentes (ainda inconclusos) julgamentos das mencionadas ações diretas.

Permanece, para os fins constitucionais, íntegra a finalidade da reclamação no caso concreto e, deve-se, conforme permite a jurisprudência, resolver por completo o incidente.

Ante o exposto, julgo procedente a reclamação e casso o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso proferido nos autos da Apelação Cível nº 29.905/2007.

É como voto.

30/09/2014

PRIMEIRA TURMA

RECLAMAÇÃO 5.639 MATO GROSSO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – No controle concentrado, nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851, fiquei vencido, quando se apontou que o fato gerador presumido não seria provisório, mas definitivo.

Portanto, ante o controle concentrado de constitucionalidade, acompanho o Relator.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECLAMAÇÃO 5.639

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECLTE.(S) : ESTADO DE MATO GROSSO

ADV.(A/S) : PGE-MT - FABIO MARCEL VANIN TURCHIARI

RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
(APELAÇÃO CÍVEL Nº 29.905/2007)

INTDO.(A/S) : NOSSO POSTO COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES

ADV.(A/S) : ISAIAS GASEL ROSMAN

Decisão: Retirado de pauta por indicação do Relator. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 05.06.2014.

Decisão: A Turma julgou procedente a reclamação, nos termos do voto do relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 30.9.2014.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma