



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 212.000 - PA (2012/0160708-8)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : ASSOCIACAO COMERCIAL DO PARA E OUTROS
ADVOGADO : LEONARDO ALCANTARINO MENESCAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO ICMS. DETERMINAÇÃO POR DECRETO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
2. A discussão acerca da possibilidade de cobrança da antecipação tributária de ICMS por decreto, sem a existência de lei ordinária, é de natureza insuscetível de conhecimento pela via do recurso especial.
3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 212.000 - PA (2012/0160708-8)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : ASSOCIACAO COMERCIAL DO PARA E OUTROS
ADVOGADO : LEONARDO ALCANTARINO MENESCAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão assim ementada (fl. 827) :

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. VÍCIOS INEXISTENTES. ICMS. ANTECIPAÇÃO DA COBRANÇA DA DIFERENÇA DAS ALÍQUOTAS INTERESTADUAIS NO MOMENTO DA ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE. ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO MOMENTO DO FATO GERADOR POR DECRETO. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

A decisão agravada foi firmada nos seguintes fundamentos:

(a) ausência da apontada violação do art. 535, II, do CPC;

(b) cuidar a cobrança do ICMS na entrada do estabelecimento, de antecipação de cobrança de ICMS e não de antecipação de vencimento;

(c) a discussão em sede de recurso especial acerca da possibilidade de cobrança da antecipação tributária de ICMS por decreto, sem a existência de lei ordinária, é matéria que foge à competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal a solução da lide.

Na presente irresignação, o recorrente sustenta:

(i) violação do art. 535, II, do CPC: Em pese o Estado recorrente tenha articulado com a violação aos artigos 1º, da LC nº 87/1996, acerca do regime de tributação do ICMS objeto da demanda; 13, § 1º, XIII, “g”, da LC nº 123/2006, sobre a exceção feita ao regime de antecipação do pagamento do ICMS aplicável mesmo às empresas vinculadas ao Simples Nacional; 97, III, do CTN, a respeito da possibilidade de imposição de dever instrumental/acessório via decreto e não somente por lei; 22, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei nº 12.016/2009, quanto ao fato de que a impetração não passa de pretensão de controle abstrato de constitucionalidade travestido de mandado de segurança; e, finalmente, 160 e 96, do CTN, articulando objetivamente em torno do alcance do conceito de “legislação tributária”, o acórdão recorrido não se dignou arrostar tais questões expressamente e nem a eles dar juízo de valor como seria de se esperar, muito embora esses assuntos sejam determinantes para a solução da controvérsia.

(ii) natureza jurídica da precipitação do pagamento do ICMS em questão. Acrescenta que a jurisprudência colacionada na decisão aqui objetada é inespecífica quanto à situação do Simples Nacional, para o qual há regra federal explícita no art. 13, § 1º, XIII, “g”, da LC nº 123/2006, claramente disciplinando situação de exceção que permite exatamente a cobrança antecipada do ICMS;

(iii) igualmente é improcedente a afirmação de que a matéria de fundo do recurso diz respeito apenas e tão somente a tema constitucional (exigência de lei ordinária para efeito da cobrança do ICMS em discussão), e também a normas federais de regência.

Ao final, pede a reconsideração do julgado ou se assim não entender, o encaminhamento para julgamento pelo Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 212.000 - PA (2012/0160708-8)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO DO ICMS. DETERMINAÇÃO POR DECRETO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
2. A discussão acerca da possibilidade de cobrança da antecipação tributária de ICMS por decreto, sem a existência de lei ordinária, é de natureza insuscetível de conhecimento pela via do recurso especial.
3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Não assiste razão ao agravante.

No que concerne à apontada violação do artigo 535, II, do CPC, mantenho o entendimento anteriormente exarado, conforme assinalado na decisão agravada, não há omissão no julgado quando apesar de não terem sido analisadas todas as argumentações da parte, a solução controvertida é resolvida, portanto mantenho o consignado anteriormente, *in verbis*:

Preliminarmente, não prospera a tese de violação do art. 535 do CPC, uma vez que acerca da Lei do Simples o acórdão recorrido assim se manifestou (fl.738):

O que restou consignado no acórdão recorrido ora atacado é que o embargante deve cobrar o referido tributo após edição de Lei Ordinária, e não com base apenas em Decreto Estadual, violando assim o princípio da legalidade tributária, insculpido no art. 150, I, da Lei Maior.

Pelo mesmo motivo acima explanado, espancada a tese de violação do art. 13, § 1º, XIII, 'g', da Lei Complementar 126/2006.

Relativamente ao cabimento do mandado de segurança e não usurpação da competência do STF o acórdão guerreado afirmou (fl. 694):

Sustentou o Estado o Pará a preliminar de usurpação da competência do STF, uma vez que as ações coletivas não poderão ser manejadas para se declarar a inconstitucionalidade de ato normativo.

Tal preliminar não merece guarida, haja vista que o ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso, quando a inconstitucionalidade for prejudicial a ação, o que ocorre no caso em tela.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afastada, portanto, a indicada violação por omissão.

No que concerne ao mérito, o agravante nada mais fez do que reiterar as razões do recurso especial. Motivo pelo qual, mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos:

Quanto ao mérito, é necessário primeiro analisar se a cobrança da diferença alíquota de ICM na entrada da mercadoria é hipótese de antecipação de fato gerador ou antecipação do vencimento do tributo. O acórdão recorrido afirmou tratar-se de antecipação de fato gerador.

A questão não é nova nessa Corte, sendo objeto de apreciação, entre outros precedentes, no RMS 22968/SE, quando ficou consignado tratar de hipótese de antecipação de fato gerador (antecipação tributária), eis a ementa do julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. SISTEMÁTICA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PREVISTA NO DECRETO ESTADUAL 21.400/2002. AFASTAMENTO. ARTIGO 17, DA LEI ESTADUAL 3.796/96. APLICAÇÃO.

1. A cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal é ilegal (Súmula 431/STJ), **o que não macula a antecipação do recolhimento do imposto (antecipação tributária)** por meio do regime normal de tributação, ou seja, sem substituição tributária, nos termos do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, desde que existente legislação local autorizativa (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.215.709/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.05.2010, DJe 24.05.2010; REsp 1.160.372/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 27.04.2010, DJe 11.05.2010; AgRg no REsp 1.139.380/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.04.2010, DJe 23.04.2010; AgRg no Ag 1.002.073/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 19.02.2009, DJe 04.03.2009; e AgRg no REsp 713.520/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 13.03.2009).

2. É de sabença que o § 7º (acrescentado pela Emenda Constitucional 03/93), do artigo 150, da Constituição Federal de 1988, admite duas modalidades de antecipação tributária, quais sejam, a antecipação com substituição tributária (denominada substituição tributária para frente ou progressiva) e a antecipação sem substituição tributária, sendo certo que: "A primeira, ou seja, a antecipação com substituição do ICMS, tem como regra própria a lei complementar, nos termos peremptórios da CF, artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "b". Diferentemente, a antecipação sem substituição pode ser normatizada por lei ordinária. Daí a legalidade da Lei Estadual em comento, ao dispor sobre a substituição impugnada, que é modalidade de "antecipação sem substituição", o que equivale a uma espécie de antecipação de pagamento, perfeitamente acomodada no seio da legislação local, porque, embora chamada de substituição tributária, em verdade de substituição não se trata, pois não se conhece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substituição sem substituto. Consequentemente, estamos diante de uma antecipação, instituto que não se enquadra da exigência do artigo 155, § 2º da Carta da República." (RMS 17.303/SE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.06.2004, DJ 13.09.2004)

3. No Estado de Sergipe, o artigo 8º, inciso XV, da Lei 3.796/96 (regulamentada pelo Decreto 17.037/97, com alterações promovidas pelos Decretos 18.536/99 e 20.471/02), **preceitua que o fato gerador do ICMS é considerado ocorrido no momento da entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado**, para efeito de exigência do imposto por substituição ou antecipação tributária.

4. O critério de composição da base de cálculo presumida do tributo sujeito à antecipação tributária (com ou sem substituição) restou discriminado no artigo 17, inciso II e § 4º, da Lei Estadual supracitada, verbis: "Art. 17. Para fins de substituição tributária, a base de cálculo é: (...) II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes: a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

(...) § 4º. A margem a que se refere a alínea "c" do inciso II do "caput" deste artigo será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, fixados de acordo com os critérios previstos em Regulamento.

(...)" 3. O Superior Tribunal de Justiça, no que concerne à antecipação tributária instituída no Estado de Sergipe, já firmou entendimento no sentido de sua legalidade: "1. O art. 150, § 7º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 3/93, permite que o recolhimento antecipado de ICMS ocorra com base em fato gerador presumido, sendo certo que a referida antecipação tributária pode-se dar de duas formas: (a) com substituição tributária - a denominada "substituição para frente" -, devendo, nesse caso, nos termos do art. 155, XII, b, da CF/88, ser disciplinada por lei complementar, que, na hipótese, é a LC 87/96;

(b) sem substituição tributária, quando o regime da antecipação pode ser disciplinado por lei ordinária, porquanto a Constituição Federal não exige reserva de lei complementar.

2. No caso em exame, a Lei 3.796/96 do Estado de Sergipe - regulamentada pelo Decreto 17.037/97, com as alterações promovidas pelos Decretos 18.536/99 e 20.471/2002 - disciplina a hipótese de antecipação sem substituição tributária, **de maneira que nada obsta seja a questão disciplinada por lei ordinária, com a determinação de antecipação do pagamento do tributo quando da entrada, no estabelecimento comercial, de mercadorias provenientes de outros**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Estados, para o fim de evitar a sonegação em relação às operações internas seguintes.

3. É legítima, assim, a cobrança antecipada de ICMS por meio do regime normal de tributação, ou seja, sem substituição tributária, nos termos do art. 150, § 7º, da Constituição Federal.

4. Esta Corte de Justiça possui orientação no sentido de que é vedada a utilização de regimes especiais de tributação como meio coercitivo para compelir o contribuinte a pagar o tributo, nos termos da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal (ERE 115.452-7/SP, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 16.11.1990, e Súmulas 70 e 323/STF). Todavia, deve ser considerada legítima a instituição de regime especial no qual se objetiva apenas a diferenciação de fiscalização e recolhimento de tributos, como forma de coibir as infrações à legislação tributária, sem que isso constitua penalidade por ato ilícito." (RMS 21.118/SE, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 12.06.2007, DJ 29.06.2007)

4. Precedentes do STJ em casos idênticos: EDcl no RMS 20.933/SE, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 05.06.2007, DJ 29.06.2007; AgRg no RMS 23.272/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17.04.2007, DJ 07.05.2007; EDcl no RMS 18.844/SE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16.03.2006, DJ 27.03.2006; RMS 17.511/SE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 04.08.2005, DJ 22.08.2005; RMS 15.095/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07.08.2003, DJ 01.09.2003; e RMS 14.618/SE, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 13.08.2002, DJ 30.09.2002).

5. Consequentemente, revela-se escorreito o entendimento exarado pelo acórdão regional que, após afastar a sistemática de apuração da base de cálculo presumida nos moldes do Decreto Estadual 21.400/2002 (RICMS), pugnou pela legitimidade da sistemática da antecipação tributária com observância do disposto no artigo 17, da Lei Estadual 3.796/96.

6. Recurso ordinário desprovido, mantendo-se a concessão parcial do mandado de segurança. (RMS 22.968/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/08/2010, DJe 03/09/2010)

Por sua vez, a discussão em sede de recurso especial acerca da possibilidade de cobrança da antecipação tributária de ICMS por decreto, sem a existência de lei ordinária, é matéria que foge à competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça, incumbindo ao Supremo Tribunal Federal a solução da lide.

Tendo em vista que as razões do presente agravo já foram suficientemente rebatidas pela decisão ora agravada, não vislumbro a necessidade de tecer nenhuma consideração complementar à devida fundamentação deste julgado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0160708-8

**AgRg no
AREsp 212.000 / PA**

Números Origem: 20093010655-2 200930106552

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : ASSOCIACAO COMERCIAL DO PARA E OUTROS
ADVOGADO : LEONARDO ALCANTARINO MENESCAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO PARÁ
PROCURADOR : ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : ASSOCIACAO COMERCIAL DO PARA E OUTROS
ADVOGADO : LEONARDO ALCANTARINO MENESCAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.