



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.681 - DF (2012/0090603-4)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : **DISTRITO FEDERAL**
PROCURADORA : **PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)**
PROCURADORA : **ÚRSULA RIBEIRO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ROGERCAR VEÍCULOS LTDA**
ADVOGADO : **RODRIGO BEZERRA CORREIA E OUTRO(S)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. OPERAÇÃO DE VENDA PELA AGÊNCIA DE AUTOMÓVEIS DE VEÍCULO USADO CONSIGNADO PELO PROPRIETÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Recurso especial pelo qual se discute se a operação de venda promovida por agência de automóveis de veículo usado consignado pelo proprietário está sujeita, ou não, à incidência de ICMS a ser pago pelo estabelecimento comercial.

2. Constatado que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.

3. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/9/2010, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), decidiu que "a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional [art. 155, II] refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade", que "pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria [...]" (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 36/37)".

4. Ponderado esse entendimento jurisprudencial, constata-se que a mera consignação do veículo cuja venda deverá ser promovida por agência de automóveis não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa, inexistindo, dessa forma, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS. Nesse negócio, não há transferência de propriedade (domínio) à agência de automóveis, pois, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ela não adquire o veículo de seu proprietário, mas, apenas, intermedeia a venda da coisa a ser adquirida diretamente pelo comprador. De igual maneira, não há transferência de posse, haja vista que a agência de automóveis não exerce nenhum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.228 do Código Civil). Isso porque a consignação do veículo não pressupõe autorização do proprietário para a agência usar ou gozar da coisa, nem tampouco a agência pode dispor sobre o destino da mercadoria (doação, locação, destruição, desmontagem, v.g.), mas, apenas, promover a sua venda em conformidade com as condições prévias estabelecidas pelo proprietário. Em verdade, a consignação do veículo significa mera detenção precária da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadoria para fins de exibição, facilitando, dessa forma, a consecução do serviço de intermediação contratado.

5. Recurso especial 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 recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Ari Pargendler, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.681 - DF (2012/0090603-4)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADORA : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ROGERCAR VEÍCULOS LTDA
ADVOGADO : RODRIGO BEZERRA CORREIA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Distrito Federal, com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim ementado (fl. 373):

TRIBUTÁRIO. ICMS. ISS. AGÊNCIA DE VEÍCULOS. INTERMEDIÇÃO DE VENDA E COMPRA DE AUTOMÓVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. INCIDÊNCIA DE ISS, SEGUNDO ROL DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 E DO DECRETO DISTRITAL N. 25.580/2005. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, REDUÇÃO DESNECESSÁRIA.

1. Constato que a Autora do caso em comento caracteriza-se como agência de veículos, ou seja, sociedade empresária que intermedeia a venda e a compra de automóveis. Não há, pois, a circulação do bem; não muda o bem de proprietário, porque a agência sequer o adquire. Repele-se, de tal sorte, a incidência de ICMS neste caso.

2. Se tais razão não bastassem, o item 10.05 da lista anexa de serviços, anexa à Lei Complementar n. 116/2003, bem como o item 10.5 da lista de serviços, em anexo ao Decreto Distrital n. 25.508/2005 preveem a incidência do ISS a *"agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios."*

3. Se os honorários foram arbitrados de acordo com os parâmetros do artigo 20, parágrafos terceiro e quarto, do Código de Processo Civil, desnecessária a redução de tal verba.

4. Recurso de apelação não provido.

Rejeitados os aclaratórios, conforme ementa de fl. 394.

No apelo especial (fls. 403-414), o ente público aponta violação dos arts. 535 do CPC e 2º, I, da LC 87/96. Para tanto, aduz, preliminarmente, que o acórdão recorrido foi omissivo quanto à aplicação dos arts. 2º, I, da LC 87/96 e 155, II, da CF na espécie. Quanto ao juízo de reforma, sustenta que incide o ICMS na operação de venda pela agência de automóveis de veículo usado cedido em consignação pelo proprietário. Defende que a transferência da posse do veículo pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proprietário à agência caracteriza a circulação jurídica da mercadoria em favor da empresa, fazendo incidir o ICMS da venda por ela promovida. Afirma, também:

O acórdão recorrido entendeu que na consignação não haveria a transferência da propriedade do veículo entre o consignante e a consignatária (recorrida) e por isso não incidiria o ICMS.

Desta forma, entendeu aplicável à consignação o item 10.5 da Lista de serviços anexas à Lei Complementar 116/03, que prevê a incidência do ISS sobre agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis.

Cumprе chamar a atenção para o fato de que circulação de mercadorias não se confunde com transferência de propriedade. Abrange, igualmente, a transferência da posse, que é justamente o faz a recorrida (consignatária) quando da realização de uma venda de veículo em consignação

[...]

Ora, a atividade desenvolvida pela recorrida não configura "agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis" para efeito de incidência do ISS. Trata-se, como visto, de operação de compra e venda, atraindo, portanto, a incidência do ICMS e não do ISS.

No caso da consignação, consoante demonstrado, ocorre dupla compra e venda, podendo sim o consignatário dispor sobre as mercadorias em seu poder.

Assevera, ainda, que as agências de automóveis buscam, em verdade, não pagar ICMS e nem ISS, pois "nos eventuais contratos de consignação trazidos pela agravada consta que o valor de comissão devido seria de 0% sobre o valor da venda (conforme cláusula segunda), o que implica dizer que a empresa estaria trabalhando de forma gratuita, se considerada válida sua premissa".

Por fim, afirma que não é possível o benefício de redução da base de cálculo para venda de veículos usados, porquanto a legislação distrital exige para a fruição dessa benesse a emissão de notas fiscais, o que não restou demonstrado no caso dos autos.

Sem contrarrazões (Certidão à fl. 433).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.681 - DF (2012/0090603-4)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ICMS. OPERAÇÃO DE VENDA PELA AGÊNCIA DE AUTOMÓVEIS DE VEÍCULO USADO CONSIGNADO PELO PROPRIETÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Recurso especial pelo qual se discute se a operação de venda promovida por agência de automóveis de veículo usado consignado pelo proprietário está sujeita, ou não, à incidência de ICMS a ser pago pelo estabelecimento comercial.
2. Constatado que a Corte *a quo* empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação do art. 535 do CPC.
3. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/9/2010, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), decidiu que "a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional [art. 155, II] refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade", que "pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria [...]" (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 36/37)".
4. Ponderado esse entendimento jurisprudencial, constata-se que a mera consignação do veículo cuja venda deverá ser promovida por agência de automóveis não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa, inexistindo, dessa forma, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS. Nesse negócio, não há transferência de propriedade (domínio) à agência de automóveis, pois, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ela não adquire o veículo de seu proprietário, mas, apenas, intermedeia a venda da coisa a ser adquirida diretamente pelo comprador. De igual maneira, não há transferência de posse, haja vista que a agência de automóveis não exerce nenhum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.228 do Código Civil). Isso porque a consignação do veículo não pressupõe autorização do proprietário para a agência usar ou gozar da coisa, nem tampouco a agência pode dispor sobre o destino da mercadoria (doação, locação, destruição, desmontagem, v.g.), mas, apenas, promover a sua venda em conformidade com as condições prévias estabelecidas pelo proprietário. Em verdade, a consignação do veículo significa mera detenção precária da mercadoria para fins de exibição, facilitando, dessa forma, a consecução do serviço de intermediação contratado.
5. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Conforme relatado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discute-se no presente recurso especial se a operação de venda promovida por agência de automóveis de veículo usado consignado pelo proprietário está sujeita, ou não, à incidência de ICMS a ser pago pelo estabelecimento empresarial.

Inicialmente, extrai-se dos autos que a Corte *a quo* empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido.

Nessa esteira, depreende-se que o acórdão recorrido decidiu que a operação de venda de iniciativa da recorrida não está sujeita à incidência do ICMS, mas, sim, do ISS, pois sua atuação restringe-se na intermediação para a venda do veículo, porquanto a agência não adquire o veículo do proprietário, inexistindo, dessa forma, a circulação da mercadoria. Veja-se (fl. 377):

De plano, constato que a Autora, ora Apelada, caracteriza-se como agência de veículos, ou seja, sociedade empresária que intermedeia a venda e a compra de automóveis (fl. 30). Não há, pois, a circulação do bem; não muda o bem de proprietário, porque a agência sequer o adquire.

[...]

Em outras palavras, os sujeitos ao ICMS podem dispor das mercadorias, o que não ocorre nas agências de veículos, onde os proprietários dos automóveis podem, inclusive, desistir da consignação.

Se tais razão não bastassem, o item 10.05 da lista de serviços, anexa à Lei Complementar n. 116/2003, bem como o item 10.05 da lista de serviços, em anexo ao Decreto Distrital n. 25.508/2005 preveem a incidência do ISS a *"agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios."*

O colendo Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que, uma vez previsto tal serviço nas listas anexa à Lei Complementar n. 116/2003, inexistem dúvidas acerca da incidência do ISS. E, em contrapartida, se o serviço não estiver no aludido rol, será o caso de ICMS.

No que concerne ao argumento do DISTRITO FEDERAL, quanto à inexistência de comissão sobre vendas realizadas, tal aspecto se apresenta irrelevante para a caracterização de incidência do ISS no caso em tela. Afinal, segundo se demonstrou, o recolhimento de imposto dessa sorte ocorre com assento na natureza da obrigação tributária em exame e, ainda, na lista da referida Lei n. 116/2003, e não na apuração de comissões recebidas ou não.

Afasto, pois, a alegada infringência ao art. 535 do CPC.

Tendo em vista que a tese concernente à aplicação do art. 2º, I, da LC 87/96, o qual versa sobre a incidência do ICMS sobre "as operações relativas à circulação de mercadorias", foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivamente examinada pelo Corte de origem, tenho por satisfeito o requisito do prequestionamento do referido dispositivo de lei federal e, passo, de imediato, a análise do juízo de reforma do presente apelo nobre.

De pronto, importa registrar que o art. 110 do CTN preconiza que "a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado". Lado outro, nos termos do art. 116, I, do CTN, prevalece no direito tributário o princípio da realidade, de modo que a configuração do fato gerador deve levar os elementos materiais que constituem o negócio realizado e não a forma ou a nomenclatura atribuída pelos particulares para determinado ato jurídico.

Dito isso, tem-se que o deslinde da presente controvérsia, relativa à incidência do ICMS, exige, necessariamente, analisar a essência do negócio jurídico que se busca tributar pelo imposto estadual. Relembre-se que, na espécie, a controvérsia se limita à incidência do ICMS sobre operação de venda promovida por agência de automóveis de veículo usado consignado pelo proprietário.

Nesse ponto, a Fazenda distrital defende que a consignação do veículo configura a transferência da posse do veículo do proprietário para a agência, caracterizando, dessa forma, a circulação jurídica da mercadoria, com troca de titularidade, ensejando o fato gerador do ICMS quando da venda desse carro pelo estabelecimento empresarial.

Pois bem, a Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10/9/2010, submetido ao rito dos recursos repetitivos, decidiu que "a circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional [art. 155, II] refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a **transferência de titularidade**", que "pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria [...] (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p. 36/37)".

Ponderado esse entendimento jurisprudencial, constata-se que a mera consignação do veículo cuja venda deverá ser promovida pela agência de automóveis não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistindo, dessa forma, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS.

Com efeito, não há transferência de propriedade (domínio) à agência de automóveis, pois, conforme assentado pelo acórdão recorrido, ela não adquire o veículo de seu proprietário, mas, apenas, intermedeia a venda da coisa a ser adquirida diretamente pelo comprador.

De igual maneira, não há transferência de posse. Digo isso porque, de acordo com o art. 1.196 do Código Civil, a posse pressupõe o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade, esses especificados no art. 1.228 do Código Civil, quais sejam, o uso, o gozo ou a disposição.

Ora, a agência de automóveis, ao receber o veículo em consignação, não exerce qualquer os aludidos atributos. A consignação do veículo não pressupõe autorização do proprietário para a agência usar ou gozar da coisa, nem tampouco a agência pode dispor sobre o destino da mercadoria (doação, locação, destruição, desmontagem, v.g), mas, apenas, promover sua venda em conformidade com as condições prévias estabelecidas pelo proprietário, sobretudo acerca do preço a ser alcançado.

Em verdade, a consignação do veículo significa mera detenção precária da mercadoria para fins de exibição, facilitando, dessa forma, a consecução do serviço de intermediação contratado.

Sobressai, portanto, nesse tipo de negócio a prestação de serviço de intermediação, a ser remunerada mediante comissão, essa, sim, sujeita à incidência do ISS, porquanto atividade expressamente prevista no item 10.05 da lista anexa à LC 116/03.

Cabe, ainda, tecer as seguinte considerações.

É bem verdade que algumas empresas adotam a prática espúria de adquirir veículos usados de particulares para a revenda, pagando o preço com elevado deságio, mas não providenciam a transferência da coisa para o seu nome. Em vez disso, solicitam procuração do proprietário para transferir o bem diretamente para o comprador, burlando, assim, a fiscalização tributária. Acaso comprovadas tais condutas irregulares, poderá o fisco autuar a empresa com base no princípio da realidade (art. 116, I, do CTN). Entretanto, a análise acerca da existência ou não dessa modalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de sonegação deverá ser verificada caso a caso, mediante exame aprofundado do acervo fático e probatório de cada causa, a ser realizado pelas instâncias ordinárias.

Por fim, o fato de algumas agências consignarem em seus contratos de agenciamento que não haverá cobrança de comissão (0% sobre o valor da venda), com o fito de escaparem da tributação pelo ISS, não inibe a iniciativa fiscalizatória da Administração Tributária. Isso porque "sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo" o fisco poderá proceder o lançamento por arbitramento (art. 148 do CTN).

Reconhecida a inexigibilidade do ICMS na operação em apreço, resta prejudicada a análise relativa à sua base de cálculo.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2012/0090603-4

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.321.681 / DF

Números Origem: 182567520078070001 20070110182560 20070110182560REE

PAUTA: 26/02/2013

JULGADO: 26/02/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DISTRITO FEDERAL
PROCURADORA : PAOLA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO(S)
RECORRIDO : ROGERCAR VEÍCULOS LTDA
ADVOGADO : RODRIGO BEZERRA CORREIA E OUTRO(S)

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

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 recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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