



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 231.749 - PE (2012/0196169-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : DISBEAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR A AUTORIDADE FISCAL, PARA FINS DE EFETUAR LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 142, 145 E 149 DO CTN. QUESTÃO RELEVANTE. OMISSÃO CONFIGURADA.

1. O Tribunal de origem, a despeito de provocado pela agravante, rejeitou Embargos de Declaração que visavam a prequestionar os arts. 142, 145 e 149 do CTN, no sentido de fundamentar a tese de que o Poder Judiciário não pode substituir a autoridade fiscal para fins de efetuar o lançamento tributário.

2. O exame da questão de fundo, no âmbito do Recurso Especial, pressupõe que esteja atendido o requisito do prequestionamento. Há necessidade de devolução dos autos para que a Corte local emita juízo de valor a respeito do ponto suscitado.

3. Reconhecida, portanto, a violação do art. 535 do CPC

4. Agravo Regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 231.749 - PE (2012/0196169-9)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : DISBEAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS
LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou provimento ao Agravo.

A agravante afirma que houve violação do art. 535 do CPC, ao argumento de que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário substituir a autoridade fiscal no que se refere ao lançamento. Acrescenta que o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 231.749 - PE (2012/0196169-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Melhor examinando os autos, verifico proceder a tese de violação do art. 535 do CPC, suscitada pela agravante em seu Recurso Especial.

Com efeito, o Tribunal de origem deu parcial provimento à Apelação interposta pela ora agravante, manifestando-se da seguinte forma:

- a) o ICMS pode ser incluído na base de cálculo da COFINS;
- b) é inconstitucional o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/1998;
- c) deve ser reduzida a multa aplicada, em razão da proibição do efeito confiscatório.

A agravante opôs Embargos de Declaração para discutir a impossibilidade de o Poder Judiciário refazer o lançamento tributário, à luz dos arts. 142, 145 e 149 do CTN.

No acórdão que julgou a Apelação, o tema não foi analisado. Por seu turno, os aclaratórios foram rejeitados. Por essa razão, nesse ponto, a tese de violação dos aludidos dispositivos legais fatalmente esbarraria na ausência de prequestionamento.

No Recurso Especial demonstrou precisamente o vício da omissão, nos termos que seguem (fl. 235, e-STJ):

Como se percebe pela ementa acima e pelo voto exarado pelo Tribunal "a quo", dúvidas não restam de que ainda há omissão no julgado, omissão esta com relação ao argumento trazido à baila no recurso de apelação e nos dois embargos de declaração quanto à impossibilidade de o Poder Judiciário fazer o acertamento do lançamento fiscal, em vista do que prescreve os arts. 142, 145 e 149 do CTN, e também com relação aos honorários advocatícios, já que o segundo embargos declaratórios foi parcialmente provido" (*sic*).

Dessa forma, deve ser dado provimento ao presente recurso para, com base no art. 544, § 4º, II, "c", do CPC, prover o Recurso Especial e reconhecer a violação do art. 535 do CPC, com determinação de remessa dos autos ao Tribunal de origem, para novo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

juízo dos Embargos de Declaração.

Com essas considerações, **dou provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0196169-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 231.749 / PE**

Números Origem: 200783000041320 431943

PAUTA: 18/12/2012

JULGADO: 18/12/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DISBEAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DISBEAL DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS E ALIMENTOS LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ DOS PRAZERES E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.