



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.285 - RS (2017/0039337-5)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
AGRAVADO : ANA ISABEL BALADAO VIDAL - EPP
ADVOGADO : FRANCESCO COLOMBO FILHO - RS048371

EMENTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. CONTRIBUINTES SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO PELO SIMPLES, AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

I - Quanto à matéria constante do art. 942, 948 e 949, todos do CPC/2015, o Tribunal *a quo*, em nenhum momento, abordou as questões constantes dos dispositivos legais, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide na hipótese o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, que assim dispõe: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*."

II - No tocante à regra tributária em questão, a matéria foi decidida sob fundamento de cunho constitucional, transbordando os lindes específicos de cabimento do recurso especial.

III - Ao concluir que o acórdão recorrido, na análise da matéria, cingiu-se à interpretação de regramentos e princípios constitucionais, afasta-se, *ipso facto*, a apreciação da questão por este Tribunal, cuja competência está jungida à Excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

IV - No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, c, da Constituição Federal, o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

V - Conforme a previsão do art. 255 do RI/STJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se, por analogia, o constante o enunciado n. 284 da Súmula do STF.

VI - Agravo interno improvido.

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, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 07 de novembro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.285 - RS (2017/0039337-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Na origem, trata-se de mandado de segurança objetivando a abstenção de exigência de recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS sobre operações interestaduais praticadas pelos contribuintes sujeitos a tributação do Simples, com valor da causa fixado em R\$ 1.377,50 (um mil trezentos e setenta e sete reais e cinquenta centavos). Na sentença denegou-se a segurança. No TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, a sentença foi mantida, conforme a seguinte ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ANTECIPAÇÃO DO FATO GERADOR SUBSEQUENTE. SIMPLES NACIONAL. NÃO- CUMULATIVIDADE. NÃO DISCRIMINAÇÃO.

1. Nas aquisições efetuadas em outras unidades da federação, não é dado ao Estado cobrar o diferencial de alíquotas previsto no art. 155, § 2º, VIII, da CF, por ocasião da entrada da mercadoria no seu território. O diferencial só pode ser exigido por ocasião do fato gerador subsequente.

Impossibilidade de instituição de substituição tributária (com nome de "exigência antecipada") sem autorização em Convênio Interestadual. Inteligência do art. 9º da LC 87/96.

Fato gerador definido em lei complementar, conforme estabelece a CF (art. 146, III, a), no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, e não na entrada de mercadoria no território gaúcho. Inteligência do art. 12, I, da LC 87/96.

Ademais, em se tratando de empresa de pequeno porte, a exigência antecipada viola também a sistemática da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF), do tratamento diferenciado e favorecido às pequenas empresas (art. 146, III, "d" da CF), da proibição de discriminação em razão da origem (art. 152 da CF) e do princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º da CF).

2. O Estado está isento do pagamento das custas processuais, no caso, tendo em vista a incidência do instituto da confusão.

RECURSO PROVIDO.

Não se conheceu do recurso especial diante da ausência de prequestionamento, e da deficiência da fundamentação da divergência jurisprudencial.

Interposto agravo interno, alega a parte agravante que houve o prequestionamento e foi comprovada a divergência jurisprudencial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Intimada, a parte agravada não apresentou impugnação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.656.285 - RS (2017/0039337-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O recurso não merece provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à matéria constante do art. 942, 948 e 949, todos do CPC/2015, o Tribunal *a quo*, em nenhum momento, abordou as questões constantes dos dispositivos legais, mesmo após a oposição de embargos de declaração apontando a suposta omissão. Nesse contexto, incide na hipótese o enunciado n. 211 da Súmula do STJ, que assim dispõe: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

No tocante à regra tributária em questão, a matéria foi decidida sob fundamento de cunho constitucional, transbordando os lindes específicos de cabimento do recurso especial.

Ao concluir que o acórdão recorrido, na análise da matéria, cingiu-se à interpretação de regramentos e princípios constitucionais, afasta-se, *ipso facto*, a apreciação da questão por este Tribunal, cuja competência está jungida à Excelsa Corte, *ex vi* do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.

A propósito, confirmam-se trechos do julgado recorrido, os quais corroboram o referido entendimento, *litteris*:

Isto porque, cediço que, no regime comum de apuração do ICMS, o diferencial de alíquotas só é exigido na saída subsequente da mercadoria, como se infere da inteligência do art. 155, § 2º, VIII da Constituição Federal. O Estado, porém, desde já, na entrada da mercadoria no seu território, pretende exigir o imposto da saída Posterior.

(...)

A exigência, pois, em se tratando de pequena empresa assim definida na lei, viola a não-cumulatividade. Mais do que isso: viola o princípio da não discriminação tributária em razão da origem, previsto no art. 152 da CF, pois impõe tributação a maior, como visto alhures, nas aquisições de mercadorias oriundas de outra unidade da federação. Ou seja, a empresa de pequeno porte apura o ICMS pela receita bruta, como visto. Se adquire produtos dentro do RS, o pagamento do imposto só ocorre sobre a receita bruta. Todavia, se adquire produtos fora do Estado, deve recolher não só o imposto sobre a receita bruta, mas também na entrada da mercadoria no território do Estado. Logo, observa-se claramente a violação ao princípio contido no art. 152 da CF, porquanto a exigência discrimina a mercadoria em função da origem ao impor uma tributação mais elevada.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia – incidência de ICMS sobre operações interestaduais envolvendo créditos relativos à aquisição e transferência de bens destinados ao ativo fixo da empresa executada – à luz de fundamentos constitucionais (art. 155, § 2º, IV, V e VII, da CF/1988), cuja apreciação, em se tratando de recursos extremos, é da competência do Supremo Tribunal Federal.

2. A Corte a quo consignou: "No que diz respeito à matéria sustentada pelo segundo apelante, acerca da não incidência do ICMS na aquisição de bem do seu ativo fixo, tenho que não lhe assiste razão. O fato gerador do diferencial de alíquota é definido na própria Constituição Federal, art. 155, § 2º, incisos IV e V, nestes termos:(...) A regra constitucional que atribui competência para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações interestaduais, bem como as alíquotas mínimas na operações internas, visa a garantia do equilíbrio fiscal entre os Estados, criando, inclusive, a tributação repartidas nas operações interestaduais entre os contribuinte do ICMS, em especial proteção ao Estado consumidor, na premissa de se este economicamente mais desfavorecido. Nessa última hipótese, assegura-se ao Estado remetente o ICMS, à alíquota menor própria de operação interestadual e, ao Estado destinatário, o ICMS resultante da diferenciação das alíquotas internas e interestaduais" (fls. 507-508).

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 1147625/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 05/11/2009)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO DO PRESENTE RECURSO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 03/STJ. ITBI. VALOR VENAL. ACÓRDÃO RECORRIDO FULCRADO EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL E EM LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF.

1. O acórdão recorrido negou provimento ao apelo da municipalidade com base em fundamento constitucional - princípio da legalidade, insculpido no art. 150, I, da Constituição Federal - ao afirmar que a legislação local deixou o prévio estabelecimento da base de cálculo do ITBI ao crivo de um órgão do Poder Executivo (Secretaria Municipal de Finanças), o que implicou em majoração do tributo acima dos limites inflacionários do período, por mero ato infralegal.

2. Inviável a análise da pretensão em sede de recurso especial, uma vez que a adoção pela instância ordinária de fundamento eminentemente constitucional na solução da lide, inviabiliza o conhecimento do recurso especial.

3. Ademais, o Tribunal a quo valeu-se da interpretação de legislação local (Decreto Municipal 46.228/2005 e Leis Municipais 11.154/1991 e 14.256/2006) para decidir a controvérsia. Na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, nesses casos, não há a abertura da via especial, em virtude do óbice contido na Súmula 280/STF.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 852.002/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, c, da Constituição Federal, o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

Conforme a previsão do art. 255 do RI/STJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se, por analogia, o constante do enunciado n. 284 da Súmula do STF.

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0039337-5

AgInt no
REsp 1.656.285 / RS

Números Origem: 01869819020148210001 03395855420158217000 03698657120168217000
1869819020148210001 3395855420158217000 3698657120168217000 70066542077
70071596712

PAUTA: 07/11/2017

JULGADO: 07/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
RECORRIDO : ANA ISABEL BALADAO VIDAL - EPP
ADVOGADO : FRANCESCO COLOMBO FILHO - RS048371

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Regimes Especiais de Tributação - SIMPLES

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORA : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE - RS029266
AGRAVADO : ANA ISABEL BALADAO VIDAL - EPP
ADVOGADO : FRANCESCO COLOMBO FILHO - RS048371

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, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.