



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 477.321 - MG (2014/0034291-4)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : INTERCEMENT BRASIL S/A
ADVOGADOS : ALESSANDRO MENDES CARDOSO
JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BASE DE CÁLCULO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. OCORRÊNCIA.

1. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC/1973 pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado.

2. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido não se manifestou sobre as alegações referentes à nulidade da sentença, à impossibilidade de lançar tributo objeto de outra autuação e à indevida inclusão do IPI e do frete no cômputo da base de cálculo do ICMS/ST, as quais se mostram relevantes para a solução da controvérsia.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de abril de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 477.321 - MG (2014/0034291-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE MINAS GERAIS contra decisão proferida pelo então relator, em. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), que deu provimento ao recurso especial da contribuinte, para anular o acórdão recorrido, por violação do art. 535 do CPC/1973, ao entendimento de que ficou evidenciada a omissão quanto às alegações referentes à nulidade da sentença, à impossibilidade de lançar novos créditos de ICMS referentes ao período de 01/01/2000 a 31/12/2002 e à indevida inclusão do IPI e do frete na base de cálculo apurada pela fiscalização.

Nas suas razões (e-STJ fls. 1.976/1.984), o ente público sustenta, em resumo, que inexistem as omissões apontadas, visto que: (a) a pretensão de nulidade da sentença por cerceamento de defesa mostra-se insubsistente, pois "o caso foi exaustivamente estudado em primeira e segunda instâncias, seja do ponto de vista prático, com a realização e avaliação de estudo pericial, seja do ponto de vista teórico, porque o tema da base de cálculo presumida tem contornos constitucionais"; (b) a pretensão de ver reconhecida a insuficiência da perícia realizada e de rever o período de cobrança a que se refere a autuação esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ; e (c) a questão referente à inclusão do IPI e do frete na base de cálculo, em acréscimo ao preço praticado no comércio varejista, foi debatida no julgamento da apelação.

A parte agravada apresentou impugnação, aduzindo que o acórdão recorrido julgou concomitantemente a ação anulatória e os embargos à execução fiscal, motivando, ao cabo, a interposição de dois agravos em recurso especial, AREsp 477.321/MG e 257.520/MG, os quais foram julgados da mesma forma pelo então relator, Ministro Olindo Menezes, mas somente houve agravo regimental nestes autos, tendo transitada em julgado a decisão proferida no AREsp 257.520/MG, motivo por que pugna seja julgado prejudicado o presente agravo regimental (e-STJ fls. 1.989/1.993).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 477.321 - MG (2014/0034291-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Os argumentos ora deduzidos não convencem.

Verifica-se que, no julgamento da apelação, o Tribunal de origem decidiu pela validade do critério adotado no auto de infração, fundado no art. 172, anexo IX, do RICMS, para estabelecer o valor presumido do cimento, base de cálculo do ICMS devido pelo regime de substituição tributária, assentando, ainda, que a empresa não logrou comprovar que essa base de cálculo presumida não guarda relação com os valores de mercado. Veja-se (e-STJ fls. 1.740/1.742):

A primeira apelante, como relatado, alega que a discussão levada a exame diz respeito, apenas, à ilegitimidade dos critérios utilizados pelo Estado de Minas Gerais para a composição do valor presumido da mercadoria industrializada.

Contudo, *data venia*, tenho que não lhe assiste razão.

Com efeito, no regime de substituição tributária progressiva, autorizada pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal não se tem, no momento da apuração do tributo, o valor real da saída da mercadoria, o que torna inevitável a adoção de base de cálculo presumida.

Nessa linha, os afastamento da norma aplicável ao período fiscalizado exige juízo seguro acerca da abusividade da base de cálculo do ICMS-ST recomposta pelo Auto de Infração contestado.

A apelante adotou base de cálculo do ICMS-ST a menor, por não tomar como valor de partida para fins de apuração da base de cálculo da ST o preço praticado pelo distribuidor ou atacadista nas operações de venda ao comércio, como exige o § 1º, do art. 172, anexo IX do RICMS/1996.

"Não havendo a fixação de preço mínimo, a base de cálculo do imposto, para o efeito de retenção e recolhimento, será o montante formado pelo preço praticado por distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, do frete, do carreto e das despesas pagas pelo destinatário, ainda que cobrados por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento)".

Para embasar seu cálculo a menor, a apelante alega que, ao se comprovar que os valores exigidos pelo Fisco Estadual, não guardam consonância com os valores efetivamente praticados no mercado, conclui-se que o art. 172, do anexo IX, do RICMS não é compatível com as determinações do art. 8º, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96 e 13, da Lei 6.763/75.

Entretanto, tenho que a empresa apelante não logrou êxito em comprovar que a base de cálculo presumida para fins de incidência do ICMS-ST sobre a comercialização de cimento não guarda relação com os valores de mercado.

Com efeito, deferida a utilização de prova emprestada e autorizada a apresentação de quesito suplementar, a apelante questionou se as pesquisas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

econômicas anexadas à exordial se referem ao preço do saco de cimento de 50 kg no mercado varejista mineiro.

Em resposta, o ilustre Perito registrou a fl. 1511 que:

"As pesquisas econômicas anexadas a exordial às fls. 588 a 601 dos autos referem-se ao preço médio do saco de cimento de 50 kg - posto em obra praticado no mercado mineiro. Contudo, a pesquisa não esclarece em qual mercado (varejista, atacadista, ou ambos) os preços de cimento apontados foram praticados."

Sendo assim, tenho que a apelante não evidenciou qualquer ilegalidade na conduta do fisco, prevista no § 1º, ao art. 172, anexo IX, do RICMS/1996, tampouco que esta forma de calcula o valor presumido do saco de cimento não é compatível com as determinações do art. 8º, § 4º, da Lei Complementar nº 87/96 e 13, da Lei 6.763/75.

Ocorre que o recorrente opôs embargos de declaração (e-STJ fls. 1.750/1.759) com o propósito de obter a manifestação e o esclarecimento acerca dos seguintes argumentos: (a) a resposta do quesito complementar pelo perito que respaldou o julgado está equivocada, pois em desacordo com o restante do acervo probatório, que comprovaria que a base de cálculo utilizada pelo fisco está longe do preço médio alcançado por meio de pesquisas da Fundação Getúlio Vargas, do SINDUSCON e do IBGE, estudos que já foram adotados pelo fisco em outras oportunidades; (b) a sentença é nula, por cerceamento de defesa, um vez que, considerada inconclusiva a perícia realizada, o magistrado deveria oportunizar a produção de prova nova à autora, nos termos do art. 437 do CPC/1973; (c) a impossibilidade de o auto de infração em comento lançar créditos tributários referentes ao período de julho a abril de 2002, porquanto já teriam sido objeto de outra autuação; e (d) tendo em vista que já é considerado para a base de cálculo o preço total de venda do atacadista para o varejista, mostra-se indevido o acréscimo do IPI e do frete pagos na etapa industrial-atacadista, porquanto já integrantes do aludido preço.

Entretanto, mesmo depois de oportunamente provocada mediante aclaratórios, a Corte *a quo* nada acrescentou, vindo a aplicar fundamentos genéricos para rejeitar o recurso integrativo (e-STJ fls. 1.762/1.765).

É cediço que o magistrado, desde que amparado em fundamentação suficiente, não está obrigado a responder todos os argumentos suscitados pela parte.

Todavia, na espécie, conforme assentado pela decisão agravada, as alegações referentes à nulidade da sentença, à impossibilidade de lançar tributo objeto de outra autuação e à indevida inclusão do IPI e do frete no cômputo da base de cálculo do ICMS/ST mostram-se relevantes para a solução da controvérsia, razão por que elas devem ser expressamente enfrentadas, até mesmo para fins de efetivo prequestionamento, sob pena de inviabilizar o acesso à instância especial, nos termos da Súmula 211 do STJ.

A par disso, conforme apontado pela parte agravada, a nulidade do acórdão recorrido também foi reconhecida nos autos do AREsp 257.520/MG, cuja decisão não veio a ser atacada por agravo regimental, o que revela a preclusão da matéria.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0034291-4

AgRg no
AREsp 477.321 / MG

Números Origem: 0024060258183 002475135954 02581836120068130024 10024060258183
10024060258183001 10024060258183002 10024060258183003 10024060258183004
10024060258183005 10024060258183006 10024060258183007 10024060258183008
10024060258183009 10024075135954005 24060258183 2475135954
2581836120068130024

PAUTA: 07/04/2016

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA BORGES COELHO SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : INTERCEMENT BRASIL S/A
ADVOGADOS : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM
ALESSANDRO MENDES CARDOSO
AGRAVADO : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : LUIZ HENRIQUE NOVAES ZACARIAS E OUTRO(S)
AGRAVADO : INTERCEMENT BRASIL S/A
ADVOGADOS : JOÃO DÁCIO DE SOUZA PEREIRA ROLIM
ALESSANDRO MENDES CARDOSO

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.