



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.944 - RS (2012/0062213-8)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
AGRAVANTE : COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

– Não tendo sido apresentado nenhum argumento capaz de deconstituir a decisão agravada, esta subsiste na íntegra pelos seus próprios fundamentos.

Agravo regimental 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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 07 de agosto de 2012(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.944 - RS (2012/0062213-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Trata-se de agravo interposto contra decisão lavrada nos seguintes termos:

"Agrava-se de decisão que negou seguimento a recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas 'a', 'b' e 'c', da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ementado nos seguintes termos:

'APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. ICMS. VENDA DE CERVEJA E REFRIGERANTE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LIMINAR. REVOGAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. SÚMULA N. 405 DO STF.

As operações com cerveja e refrigerantes estão sujeitas ao regime da substituição tributária, sendo a fabricante responsável pelo recolhimento antecipado do ICMS.

A liminar concedida em mandado de segurança, em favor da compradora daqueles produtos, que autorizava a dispensa do recolhimento antecipado do ICMS, foi revogada pela desistência do 'mandamus', não podendo produzir qualquer efeito jurídico. Aplicação da Súmula 405 do STF.

Ademais, persiste a responsabilidade do substituto tributário pelo pagamento do ICMS, por força do disposto no art. 33, § 3º, da Lei Estadual nº 8.820/89. Legalidade da cobrança do crédito tributário estampado na CDA.

Não fosse isso, a prova recolhida na instrução revela que o mandado de segurança foi patrocinado e incentivado pela fabricante, tendo interesse direto na liminar que dispensava o recolhimento antecipado do tributo.

Inexistência de decadência de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário porque se trata de lançamento direto, aplicável o disposto no art. 173, I do CTN.

Honorária bem dimensionada considerando as condicionantes do art. 20, § 3º do CPC.

Apelações desprovidas. Por maioria' (fl. 1.158).

Opostos embargos declaratórios, restaram rejeitados.

A recorrente alega, inicialmente, violação do art. 535 do CPC. Pleiteia a anulação do aresto recorrido, aduzindo que a Corte *a quo* furtou-se a apreciar questões deduzidas nos embargos declaratórios. Na hipótese de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restar superada a suposta nulidade, invoca o art. 249, § 2º, do CPC, requerendo o julgamento da matéria de fundo do presente apelo (fl. 1.552).

No mais, sustenta **(a)** ofensa aos arts. 282, 333, 356, 364 e 420 do CPC, alegando cerceamento de defesa ao argumento de que o acórdão recorrido reputou como desnecessária a realização da prova pericial requerida (fl. 1.559); **(b)** violação dos arts. 121, 128 e 137, do CTN, 267, VI, 472 e 811, do CPC, afirmando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal, bem como a impossibilidade de ser responsabilizada pelo ICMS executado. Aduz, em síntese, que 'não se pode exigir do substituto tributário (no caso a recorrente) o ICMS não recolhido durante o período em que o Substituído foi beneficiado por decisão judicial que autorizou o recolhimento do tributo fora do regime mencionado'. Nesse ponto, entende ser inaplicável ao caso o verbete n. 405 da Súmula do STF (fls. 1.564-1.573); **(c)** contrariedade ao art. 468 do CPC, alegando ausência de culpa ou dolo na falta de recolhimento do ICMS, sob o argumento de que existia uma decisão judicial requerida pelo substituído, afastando a possibilidade de retenção e recolhimento do aludido tributo, na sistemática da substituição Tributária (fls. 1.580 e 1.584); **(d)** violação dos princípios da moralidade pública e da capacidade contributiva (arts. 37 e 145 da CF) (fl. 1.588); **(e)** ofensa ao art. 136 do CTN, sustentando que o pagamento dos encargos moratórios seria devido somente se a recorrente, espontaneamente, tivesse deixado de recolher o ICMS (fl. 1.589), e que o preceito em comento prevê 'que a responsabilidade por sanções depende da prática pessoal de infração da legislação tributária, não se questionando a intenção do agente' (fl. 1.589). Alega, ainda, que é desproporcional e de feição confiscatória a multa de 60%, a qual deveria ser considerada privilegiada, no percentual de 30% sobre o valor do principal, nos termos do art. 9º, I, da Lei n. 6.537/1973 (fl. 1.595); **(f)** violação do art. 150, § 4º, do CTN, insurgindo-se contra o não reconhecimento de decadência parcial dos créditos tributários referentes ao período compreendido entre abril e setembro de 1.997. Nesse aspecto, assinala que 'no Auto de Lançamento em questão o Agente Fiscal reconheceu expressamente ter havido o recolhimento do ICMS, sustentando existir um diferença entre o valor recolhido e o valor que a Fiscalização reputou ser correto' (fl. 1.596); **(g)** contrariedade aos arts. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, insurgindo-se contra o valor fixado a título de verba honorária pelas instâncias ordinárias (fl. 1.598).

Alega, ainda, o cabimento do recurso com base na alínea 'b' do art. 105 da CF. Para tanto, argumenta que o acórdão recorrido, ao decidir que anterior decisão proferida em mandado de segurança não excluiu a responsabilidade da recorrente pelo recolhimento do imposto exigido, 'julgou válido ato de governo local, qual seja, a lavratura do Auto de Infração nº 0001727656 que contraria lei federal, pois desconsiderou previsão dos artigos 468, 472 e 811 do CPC e artigos 121 e 128 do CTN' (fls. 1.601-1.602).

Por fim, sustenta divergência jurisprudencial quanto à impossibilidade de exigência do ICMS do substituto tributário pertinente ao período no qual vigorou decisão judicial (fl. 1.603).

Decido.

De início, quanto ao art. 535 do CPC, não assiste razão à recorrente. Isso porque a Corte de origem, de modo claro e fundamentado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dirimiu todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia.

No que diz respeito à suposta violação dos arts. 37 e 145 da Constituição Federal, trata-se de pleito que refoge à competência desta Corte, a quem cabe a uniformização do direito federal infraconstitucional.

O recurso também não procede quanto ao alegado cerceamento de defesa.

Conforme sustenta o recorrente, o seu direito de defesa restou cerceado quando o Tribunal *a quo* assinalou não haver necessidade de produção de prova pericial.

Ocorre que tal alegação esbarra na jurisprudência desta Corte, como se vê dos seguintes julgados:

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PROVAS ACOSTADAS AOS AUTOS CONSIDERADAS SUFICIENTES PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DA NÃO ADSTRIÇÃO DO JUIZ AO LAUDO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

[...]

– A teor do disposto no art. 437 do CPC, cabe ao juiz apreciar a necessidade de realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, o que não é o caso dos autos.

Agravo regimental improvido' (AgRg no AREsp 49.234/SP, de minha relatoria, DJe de 9.3.2012).

'PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECEDENTES.

1. Hipótese em que se analisa o indeferimento de prova pericial requerida pela autora. O Tribunal de origem desatendeu o pedido, 'por considerar suficientes as provas juntadas aos autos' (fl. 145).

2. Entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da lide, em razão das provas já produzidas no processo, não há falar em cerceamento de defesa, pelo indeferimento da produção de prova pericial, a teor do art. 420, parágrafo único, do CPC. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg no Ag 1327593/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 9/5/2011.

3. Agravo regimental não provido' (AgRg no REsp 1.249.443/AM, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 1º.7.2011).

É certo, ainda, que a irresignação recursal, no ponto, encontra óbice no verbete n. 7 da Súmula desta Corte. Nesse sentido: AgRg no AgRg no REsp 1.042.821/RS, Ministro Francisco Falcão, DJe de 12.11.2008.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à alegação de decadência parcial, asseverou o Tribunal de origem que não houve informação nem pagamento de imposto pelo sujeito passivo, e, ainda, que os fatos geradores do ICMS ocorreram entre abril de 1997 a agosto de 1998, e o crédito tributário foi constituído através de lançamento direto em 19.9.2002 (fl. 1.174).

Desse modo, aquele Sodalício, invocando julgados desta Corte, afastou a suposta decadência, consignando:

'Ora, na hipótese em que o recolhimento dos tributos sujeitos à homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável, e, por conseguinte, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), o prazo decadencial de cinco anos, nos termos do art. 173, I, do CTN, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que este lançamento (de ofício) poderia ter sido realizado (REsp n. 182.241-0-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.^a Turma, DJ 21/03/2005, RSTJ 190/209)

[...]

Esclarecedor o seguinte aresto:

'Em não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direito substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN: cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado' (REsp n. 670.687-CE, Rel. Min. Castro Meira'.

Desta forma, a Administração tinha o prazo de até cinco anos a contar do primeiro exercício seguinte a 1997 e 1998 para formalizar o lançamento de ofício.

Assim, evidente que não havia decorrido o prazo de decadência' (fls. 1.174-1.175).

Sendo assim, não merece reforma o acórdão impugnado, que decidiu a controvérsia em consonância com a jurisprudência desta Corte.

A propósito:

'TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARROLAMENTO. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ART. 173, I, DO CTN.

[...]

2. Tendo as instâncias ordinárias consignado que não houve pagamento antecipado do imposto, aplica-se à decadência o art. 173, I, do CTN, de modo que o seu termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tal como pacificado pela Primeira Seção no regime dos recursos repetitivos (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 18.9.2009).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Agravo Regimental não provido' (AgRg no REsp 1.274.227/MS, Ministro Herman Benjamin, DJe de 13.4.2012).

Incide, pois, o verbete n. 83 da Súmula desta Corte.

No que diz respeito à insurgência em torno da ilegitimidade passiva e responsabilização pelo pagamento do ICMS, o recurso também não prospera.

Pretende a recorrente (substituta tributária) afastar a responsabilidade pelo pagamento do ICMS referente a vendas efetuadas à Bavária Comercial de Bebidas Ltda (substituída), pertinente ao interregno compreendido entre 1º.4.1997 e 1º.8.1998.

Depreende-se do aresto recorrido que, nesse período, a substituída esteve amparada por decisão liminar em mandado de segurança, que lhe garantia a compra de produtos sem o regime da substituição tributária e sem o recolhimento antecipado do aludido tributo.

Tal decisão foi posteriormente revogada em razão da desistência do *writ*, o que motivou a Corte *a quo* a aplicar à espécie o verbete n. 405 da Súmula do STF, do seguinte teor:

'Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária'

Este Tribunal tem mitigado a aplicação do aludido verbete, sob o entendimento de que não pode o substituto ser responsável pelo recolhimento de ICMS durante o período em que a substituição tributária se encontrava suspensa por força de decisão judicial.

Ocorre que, na hipótese específica dos autos, a instância *a quo* entendeu que a recorrente tem responsabilidade pela quitação do ICMS exigido, não apenas com base no verbete em comento.

De fato, conforme apurou aquele Sodalício, a prova produzida no curso da instrução probatória demonstrou que a ação mandamental foi patrocinada e incentivada pela ora recorrente, tendo interesse direto na liminar que dispensava o recolhimento antecipado do tributo.

É o que se pode verificar dos seguintes trechos extraídos do voto condutor do aresto recorrido e de voto vista, a seguir transcritos, respectivamente:

'Não fosse isso, a prova oral recolhida na instrução (fls. 759, 760) revela que **a fabricante de cerveja foi quem patrocinou, incentivou e envidou todos os esforços para que as suas distribuidoras ingressassem em juízo para obter liminar**, visando desobrigar-se do recolhimento antecipado do ICMS, barateando, assim, o produto, relativamente à concorrência. **Era, portanto, a parte interessada no ingresso da demanda, devendo sofrer os efeitos da decisão contrária exarada no mandado de segurança**' (fl. 1.174 – grifos nossos).

'Resta a questão relativa a ter a substituta orientado as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distribuidoras a ingressarem em juízo, num jogo de disputa de mercado, conduta esta que impediria, depois, infrutíferas as demandas judiciais, pudesse ela desautorizar seu conhecimento e, mais, assunção dos riscos inerentes à estratégia de barateamento da cerveja.

Neste ponto, a prova dos autos é esclarecedora.

Com efeito, o depoimento de Gilberto Colling, sócio de uma das distribuidoras que ingressou em juízo, descreve reunião na ABRADISA, *praticamente convocada pela Antártica*, onde foi colocada a ideia da impetração dos mandados de segurança, o que foi trilhado pro quatro distribuidoras, referindo diversas reuniões outras, com participação da fabricante (fl. 742), o que reiterou na audiência relativa ao presente feito, acrescentando terem passado a realizar, após liminares, vendas para outros distribuidores, numa 'troca de notas', autorizados pela Antártica (fl. 760), o que também é escrito por Giovanni Mattea, sócio da distribuidora Bavária (fls. 741 e 759).

Inafastável, pois, ter havido atuação conjunta da fabricante (substituta tributária) com as distribuidoras, não podendo aquele, depois, ante insucesso dos mandados de segurança invocar desconhecimento dos riscos assumidos.

Ou seja, os mandados de segurança foram impetrados, com o incentivo, para dizer o mínimo, da substituta tributária, no intuito de obter-se redução do preço final, favorecendo venda dos seus produtos na sua disputa por mercado, à época, com as empresas Brahma e Schinkariol, episódio este comumente designado com a 'guerra das cervejas'.

Não é possível que, depois, possa se eximir dos resultados negativos das ações de segurança.

Com o que, no caso destes autos, **em resguardo da boa-fé, estou acompanhando a divergência** (fls. 1.177-1.178 – grifos nossos).

Vale ainda conferir o seguinte excerto da decisão de primeiro grau, que rechaçou a alegação de boa-fé objetiva da recorrente:

'[...] a boa-fé objetiva sustentada falece na medida em que a prova oral demonstrou que a própria embargante foi quem incitou as substituídas a impetrar mandados de segurança com esse objetivo, é o que asseveraram os informantes Giovanni Mattea (fl. 759) e Gilberto Kolling (fl. 760), ambos sócios da Bavária, segundo os quais a reunião que deliberou pela impetração da segurança praticamente foi convocada pela Antártica (fl. 742). Ambos também afirmaram que mesmo com a concessão da segurança o preço do produto subiu (porque a indústria aumentou o preço), mesmo com o recolhimento do ICMS em conta corrente tributária, sem substituição tributária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aduziram que quem teve proveito econômico foi a indústria (fl. 741)' (fl. 854).

Desse modo, tendo em vista o quadro fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias, a insurgência recursal em comento esbarra no óbice contido no verbete n. 7 da Súmula desta Corte, como bem observado pela decisão que inadmitiu o processamento do apelo nobre (fl. 1.912).

Também não se acolhe a alegada divergência jurisprudencial, uma vez que o recurso especial não demonstrou de que modo os arestos apresentados como paradigmas teriam cuidado da circunstância específica acima demonstrada. Ausente, pois, o cotejo analítico e a demonstração da similitude fática, não há falar em conhecimento do recurso com fulcro na alínea 'c' do permissivo constitucional.

No que diz respeito à alínea 'b' do art. 105 da Lei Maior, a recorrente alega que o Tribunal *a quo* julgou válido ato de governo local, consubstanciado em auto de infração, contrariando dispositivos do CPC e do CTN. A pretensão não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, como se pode verificar do seguinte precedente:

'PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - MULTA - EXECUÇÃO FISCAL - VIOLAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL POR ATO ADMINISTRATIVO - NÃO-CABIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA 'B' - [...]. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A alegação de violação da legislação federal por ato administrativo é insuscetível de conhecimento pela alínea 'b' do permissivo constitucional, reservado à análise da prevalência de atos locais de governo, ou seja, emanados de autoridades políticas locais de qualquer dos poderes da República.

[...]

4. Agravo regimental não provido' (AgRg no Ag 1.041.976/SP, Ministra Eliana Calmon, DJe de 7.11.2008).

Por oportuno, confira-se o seguinte trecho extraído do precedente acima citado:

'Em conclusão, reputo que por ato de governo local não se pode entender o ato administrativo, fruto da atividade administrativa corriqueira, como exemplifica o presente caso em que se discute a interpretação plasmada em auto de infração, mas tão-somente os atos emanados das autoridades públicas locais, na consecução das finalidades de governo. A restrição semântica ratifica a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça: unificar a aplicação e interpretação da legislação federal, assegurando-lhe eficácia, em prol da unidade normativa da Federação.

Assim, por tais fundamentos, não conheço do recurso pela alínea 'b'.

No que tange irresignação em torno da multa moratória, deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicado ao caso o enunciado n. 284 da Súmula do STF. Isso porque não consta das razões recursais qual dispositivo de lei federal infraconstitucional teria sido violado pelo aresto impugnado.

É certo, ainda, que a invocação ao art. 9º da Lei Estadual n. 6.537/1973 não socorre o recorrente, diante do óbice contido no verbete n. 280 da Súmula do STF.

A propósito:

'PROCESSUAL CIVIL. TESES RECURSAIS NÃO DEBATIDAS NO ARESTO RECORRIDO. SÚMULA 211/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. ISSQN. OPERAÇÃO MISTA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. MULTA. ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. SÚMULA 280/STF.

[...]

6. A alegação de que a multa aplicada evidenciaria excessiva punição, resultando em verdadeiro confisco, demandaria o exame de afronta a legislação local, no caso, a Lei Estadual 10.932/97, que alterou o art. 9º da Lei Estadual 6.537/73 (as quais reduziram os percentuais de multa), o que é vedado em recurso especial à luz da da Súmula 280/STF.

7. Recurso especial conhecido em parte e não provido' (REsp 990.739/RS, Ministro Castro Meira, DJe de 15.12.2008).

Ademais, todo o arrazoadado lançado pelo acórdão recorrido vai de encontro à alegação da recorrente, de que a multa em comento deveria ser considerada privilegiada.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, a irresignação também não procede. A Corte de origem, em apreciação equitativa, considerando a natureza da demanda, fixou a verba honorária à razão de 5% do valor dado à causa (fls. 175-176).

Por sua vez, o recorrente não demonstrou a existência de desproporção ou falta de razoabilidade no arbitramento da verba honorária.

Assim, o pleito recursal, também nesse ponto, não merece guarida.

Nesse sentido:

'AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 20, § 4º, DO CPC. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. PRECEDENTES.

– Não tendo sido demonstrada a existência de desproporção ou falta de razoabilidade no arbitramento dos honorários advocatícios, fixados pela Corte *a quo* com base nos critérios previstos no § 4º do art. 20 do CPC, deve ser mantida a decisão atacada.

Agravo regimental improvido' (AgRg no AREsp 69.343/MG, de minha relatoria, DJe de 9.3.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Além disso, no caso em tela, a revisão do julgado recorrido demanda o revolvimento da matéria de ordem fático-probatória, o que faz incidir sobre a espécie, também nesse ponto, o óbice do verbete n. 7 da Súmula desta Corte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo" (fls. 2.157-2.165).

Alega a agravante que **(a)** não pretende discutir o conjunto fático-probatório dos autos, e sim, a sua ilegitimidade passiva. Reitera a tese de ofensa aos arts. 121, 128, 136 e 137 do CTN, 267, VI, 468, 472 e 811 do CPC, bem como de inaplicabilidade do verbete n. 405 da Súmula do STF, sob a alegação de ter, na qualidade de substituta, cumprido decisão judicial, deixando de recolher o ICMS sem nenhuma culpa ou dolo. Nesse ponto, afirma a agravante que não se lhe pode exigir a produção da prova de que "não incentivou a substituída a ingressar com o mandado de segurança (até porque não tinha tal interesse porque não se beneficiaria das decisões e, mais, se a substituída não quisesse não teria impetrado o MS), competia à Fazenda Estadual fazer a prova cabal de tal fato, o que não fez" (fl. 2.185); **(b)** há jurisprudência pacífica nesta Corte sobre a questão em comento; **(c)** houve ofensa ao art. 535 do CPC pelo acórdão recorrido, o qual não teria apreciado questões deduzidas no recurso integrativo; **(d)** houve decadência parcial nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, asseverando que os precedentes citados no *decisum* agravado não se aplicam à hipótese, devendo ser afastada a incidência do art. 173 do CTN; **(e)** foram violados os arts. 282, 333, 356, 364 e 420, tendo havido cerceamento de defesa, e os precedentes citados na decisão agravada não se aplicam à espécie. Conclui que "a prova pericial é fundamental para que se possa constatar a exigência ou não de recolhimento do ICMS exigido pelo Estado do Rio Grande do Sul nas cadeias de circulações posteriores, a fim de se aferir com segurança a existência de bitributação posteriores" (fls. 2.199-2.200); **(f)** não se aplica à espécie o verbete n. 284 da Súmula do STF. Assevera que demonstrou no recurso especial o descabimento dos encargos moratórios, uma vez que agiu em estrito cumprimento à ordem judicial; **(g)** não incide o enunciado n. 280 da Súmula do STF sobre a hipótese, assinalando que a exigência da multa de 60%, imposta pelas instâncias ordinárias com fundamento na Lei estadual n. 6.537/1973 é ilegal e inconstitucional, por ferir o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Alega, ainda, que a infração deveria, ao menos, ser considerada como privilegiada, havendo previsão de aplicação no percentual de 30% sobre o valor principal, conforme o art. 9º, I, da Lei n. 6.537/1973; **(h)** é inaplicável o verbete n. 7 da Súmula desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte na hipótese de se configurar exorbitância na fixação da verba honorária, que, *in casu*, foi arbitrada em 5% sobre o valor atualizado da execução. Entende ser desproporcional e não razoável tal patamar, o qual, segundo informa, corresponde a R\$ 2.363.947,30 (dois milhões, trezentos e sessenta e três mil, novecentos e quarenta e sete reais e trinta centavos); **(i)** no que diz respeito à alínea "b" do permissivo constitucional, a decisão agravada também merece ser reconsiderada, ao argumento de que "ato de governo local" não é apenas ato normativo, mas, também, "ato administrativo de efeito concreto proveniente dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios" (fl. 2.214); **(j)** o dissídio jurisprudencial foi comprovado, tendo sido preenchidas as formalidades previstas no parágrafo único do art. 541 do CPC e no art. 255 do RISTJ; e **(k)** não pretendeu ver reconhecida a ofensa aos arts. 37 e 145 da CF, os quais foram alegados apenas como argumento de reforço.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 152.944 - RS (2012/0062213-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

– Não tendo sido apresentado nenhum argumento capaz de desconstituir a decisão agravada, esta subsiste na íntegra pelos seus próprios fundamentos.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Inicialmente, no que diz respeito à alegação da recorrente de que não pretendia ver reconhecida a violação dos arts. 37 e 145 da CF, asseverando que tais preceitos foram invocados apenas como argumento de reforço, constou das razões do recurso especial que:

"[...] o v. acórdão recorrido ofendeu o princípio da capacidade contributiva da Recorrente com violação ao **artigo 145, § 1º da CF/88, 121 e 128 do CTN**, isto sem falar na violação ao princípio da moralidade pública (**art. 37 da CF/88**)" (fl. 1.588 – os grifos são da recorrente).

Daí a decisão agravada ter decidido que o pleito em comento refoge à competência desta Corte, a quem cabe a uniformização do direito federal infraconstitucional.

Quanto à irresignação em torno do art. 535 do CPC, melhor sorte não assiste à agravante, pois a Corte de origem não se furtou a apreciar todas as questões necessárias ao desate da controvérsia, indicando, de modo claro e fundamentado, os motivos que formaram o seu convencimento e aplicando o direito que entendeu incidir sobre a espécie.

Também não procede a insurgência em relação aos arts. 282, 333, 356, 364 e 420 do CPC. Com base em tais dispositivos, a agravante entende ter havido cerceamento de defesa, ao argumento de que a Corte de origem reputou desnecessária a realização da prova pericial contábil requerida.

Tal irresignação não encontra respaldo na jurisprudência do STJ, que já se manifestou no sentido de que, "entendendo o julgador que há elementos suficientes para o julgamento da lide, em razão das provas já produzidas no processo, não há falar em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cerceamento de defesa, pelo indeferimento da produção de prova pericial, a teor do art. 420, parágrafo único, do CPC. Dentre os precedentes mais recentes: AgRg no Ag 1327593/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 9/5/2011" (AgRg no REsp 1.249.443/AM, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 1º.7.2011).

Ademais, a reversão do julgado como pretende a recorrente demanda reexame de provas, devendo ser mantida a aplicação do verbete n. 7 da Súmula desta Corte. Nesse sentido: AgRg no AREsp 143.298/MG, Ministro Humberto Martins, DJe de 15.5.2012, e AgRg no AgRg no REsp 1.042.821/RS, Ministro Francisco Falcão, DJe de 12.11.2008.

No que tange à tese da agravante de que teria havido decadência parcial, a instância *a quo* assinalou que não houve informação nem pagamento de imposto pelo sujeito passivo e, ainda, que os fatos geradores do ICMS ocorreram entre abril de 1997 a agosto de 1998, bem como que o crédito tributário fora constituído através de lançamento direto em 19.9.2002 (fl. 1.174).

Na ocasião, aquele sodalício, embasando-se em precedentes desta Corte, afastou a suposta decadência, consignando:

"Ora, na hipótese em que o recolhimento dos tributos sujeitos à homologação ocorre em desconformidade com a legislação aplicável, e, por conseguinte, procede-se ao lançamento de ofício (CTN, art. 149), o prazo decadencial de cinco anos, nos termos do art. 173, I, do CTN, tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que este lançamento (de ofício) poderia ter sido realizado (REsp n. 182.241-0-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2.^a Turma, DJ 21/03/2005, RSTJ 190/209)

[...]

Esclarecedor o seguinte aresto:

'Em não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direito substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN: cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado' (REsp n. 670.687-CE, Rel. Min. Castro Meira'.

Desta forma, a Administração tinha o prazo de até cinco anos a contar do primeiro exercício seguinte a 1997 e 1998 para formalizar o lançamento de ofício.

Assim, evidente que não havia decorrido o prazo de decadência" (fls. 1.174-1.175).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, o seguinte julgado: "[...] tendo as instâncias ordinárias consignado que não houve pagamento antecipado do imposto, aplica-se à decadência o art. 173, I, do CTN, de modo que o seu termo inicial é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tal como pacificado pela Primeira Seção no regime dos recursos repetitivos (REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.8.2009, DJe 18.9.2009)" (AgRg no REsp 1.274.227/MS, Ministro Herman Benjamin, DJe de 13.4.2012).

Mantém-se, assim, a decisão ora atacada, que aplicou à espécie o verbete n. 83 da Súmula do STJ.

O agravo também não subsiste quanto à alegação de ilegitimidade passiva e à não responsabilização pelo pagamento do ICMS.

Conforme assinalado na decisão atacada, postula a agravante (substituta tributária) afastar a responsabilidade pelo pagamento do ICMS referente a vendas efetuadas à Bavária Comercial de Bebidas Ltda. (substituída), pertinente ao interregno compreendido entre 1º.4.1997 e 1º.8.1998.

Depreende-se do aresto recorrido que, nesse período, a substituída esteve amparada por decisão liminar em mandado de segurança, que lhe garantia a compra de produtos sem o regime da substituição tributária e sem o recolhimento antecipado do aludido tributo.

Tal decisão foi posteriormente revogada em razão da desistência do *writ*, o que motivou a Corte *a quo* a aplicar à espécie o verbete n. 405 da Súmula do STF, de seguinte teor:

"Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária."

Este Tribunal tem mitigado a aplicação do aludido verbete, sob o entendimento de que não pode o substituto ser responsável pelo recolhimento de ICMS durante o período em que a substituição tributária se encontrava suspensa por força de decisão judicial.

Entretanto, na hipótese específica dos autos, a instância *a quo* entendeu que a recorrente tem responsabilidade pela quitação do ICMS exigido, não apenas com base no verbete em comento.

Consoante apurado por aquele sodalício, a prova produzida no curso da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução probatória demonstrou que a ação mandamental foi patrocinada e incentivada pela ora recorrente, tendo interesse direto na liminar que dispensava o recolhimento antecipado do tributo.

É o que se pode verificar dos seguintes trechos extraídos do voto condutor do aresto recorrido e do voto-vista, a seguir transcritos, respectivamente:

"Não fosse isso, a prova oral recolhida na instrução (fls. 759, 760) revela que **a fabricante de cerveja foi quem patrocinou, incentivou e envidou todos os esforços para que as suas distribuidoras ingressassem em juízo para obter liminar**, visando desobrigar-se do recolhimento antecipado do ICMS, barateando, assim, o produto, relativamente à concorrência. **Era, portanto, a parte interessada no ingresso da demanda, devendo sofrer os efeitos da decisão contrária exarada no mandado de segurança**" (fl. 1.174 – grifos nossos).

"Resta a questão relativa a ter a substituta orientado as distribuidoras a ingressarem em juízo, num jogo de disputa de mercado, conduta esta que impediria, depois, infrutíferas as demandas judiciais, pudesse ela desautorizar seu conhecimento e, mais, assunção dos riscos inerentes à estratégia de barateamento da cerveja.

Neste ponto, a prova dos autos é esclarecedora.

Com efeito, o depoimento de Gilberto Colling, sócio de uma das distribuidoras que ingressou em juízo, descreve reunião na ABRADISA, praticamente convocada pela Antártica, onde foi colocada a ideia da impetração dos mandados de segurança, o que foi trilhado por quatro distribuidoras, referindo diversas reuniões outras, com participação da fabricante (fl. 742), o que reiterou na audiência relativa ao presente feito, acrescentando terem passado a realizar, após liminares, vendas para outros distribuidores, numa 'troca de notas', autorizados pela Antártica (fl. 760), o que também é escrito por Giovanni Mattea, sócio da distribuidora Bavária (fls. 741 e 759).

Inafastável, pois, ter havido atuação conjunta da fabricante (substituta tributária) com as distribuidoras, não podendo aquele, depois, ante insucesso dos mandados de segurança invocar desconhecimento dos riscos assumidos.

Ou seja, os mandados de segurança foram impetrados, com o incentivo, para dizer o mínimo, da substituta tributária, no intuito de obter-se redução do preço final, favorecendo venda dos seus produtos na sua disputa por mercado, à época, com as empresas Brahma e Schinkariol, episódio este comumente designado com a 'guerra das cervejas'.

Não é possível que, depois, possa se eximir dos resultados negativos das ações de segurança.

Com o que, no caso destes autos, em resguardo da boa-fé,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estou acompanhando a divergência" (fls. 1.177-1.178 – grifos nossos).

Vale ainda conferir o seguinte excerto da decisão de primeiro grau, que rechaçou a alegação de boa-fé objetiva da recorrente:

"[...] a boa-fé objetiva sustentada falece na medida em que a prova oral demonstrou que a própria embargante foi quem incitou as substituídas a impetrar mandados de segurança com esse objetivo, é o que asseveraram os informantes Giovanni Mattea (fl. 759) e Gilberto Kolling (fl. 760), ambos sócios da Bavária, segundo os quais a reunião que deliberou pela impetração da segurança praticamente foi convocada pela Antártica (fl. 742). Ambos também afirmaram que mesmo com a concessão da segurança o preço do produto subiu (porque a indústria aumentou o preço), mesmo com o recolhimento do ICMS em conta corrente tributária, sem substituição tributária. Aduziram que quem teve proveito econômico foi a indústria (fl. 741)" (fl. 854).

Assim, tendo em vista o quadro fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias, a insurgência recursal em comento esbarra no óbice contido no verbete n. 7 da Súmula desta Corte, como bem observado pela decisão que inadmitiu o processamento do apelo nobre (fl. 1.912).

Também não se acolhe a alegada divergência jurisprudencial, pois o recurso especial não demonstrou de que modo os arestos apresentados como paradigma teriam cuidado da circunstância específica acima demonstrada. Ausente, assim, o cotejo analítico e a demonstração da similitude fática, não há falar em conhecimento do recurso com fulcro na alínea "c" do permissivo constitucional.

O recurso também não merece prosperar no que toca à alínea "b". A recorrente alegou nas razões do apelo nobre que o Tribunal *a quo* julgou válido ato de governo local, consubstanciado em auto de infração, contrariando dispositivos do CPC e do CTN. Tal pretensão não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, como se vê do seguinte precedente:

"PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - MULTA - EXECUÇÃO FISCAL - VIOLAÇÃO DE LEGISLAÇÃO FEDERAL POR ATO ADMINISTRATIVO - NÃO-CABIMENTO DO RECURSO PELA ALÍNEA 'B' - [...]. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A alegação de violação da legislação federal por ato administrativo é insuscetível de conhecimento pela alínea 'b' do permissivo constitucional, reservado à análise da prevalência de atos locais de governo, ou seja, emanados de autoridades políticas locais de qualquer dos poderes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

República.

[...]

4. Agravo regimental não provido" (AgRg no Ag 1.041.976/SP, Ministra Eliana Calmon, DJe de 7.11.2008).

É oportuno destacar o seguinte trecho extraído do precedente acima citado:

"Em conclusão, reputo que **por ato de governo local não se pode entender o ato administrativo, fruto da atividade administrativa corriqueira, como exemplifica o presente caso em que se discute a interpretação plasmada em auto de infração, mas tão-somente os atos emanados das autoridades públicas locais, na consecução das finalidades de governo.** A restrição semântica ratifica a função constitucional do Superior Tribunal de Justiça: unificar a aplicação e interpretação da legislação federal, assegurando-lhe eficácia, em prol da unidade normativa da Federação.

Assim, por tais fundamentos, não conheço do recurso pela alínea 'b'" (grifos nossos).

No que tange à multa moratória, deve ser mantida a aplicação do verbete n. 284 da Súmula do STF, pois, nas razões do apelo nobre, não foi indicado qual dispositivo de lei federal infraconstitucional teria sido violado pelo aresto impugnado.

Quanto à insurgência em torno da Lei estadual n. 6.537/1973, pertinente à multa de 60%, considerada excessiva pela agravante, deve ser mantida a aplicação do verbete n. 280 da Súmula do STF à espécie.

A propósito: "A alegação de que a multa aplicada evidenciaria excessiva punição, resultando em verdadeiro confisco, demandaria o exame de afronta a legislação local, no caso, a Lei Estadual 10.932/97, que alterou o art. 9º da Lei Estadual 6.537/73 (as quais reduziram os percentuais de multa), o que é vedado em recurso especial à luz da da Súmula 280/STF" (REsp 990.739/RS, Ministro Castro Meira, DJe de 15.12.2008).

É certo, ainda, que todo o arrazoadado lançado pelo acórdão prolatado pela instância *a quo* vai de encontro à alegação recursal, de que a multa em comento deveria ser considerada privilegiada.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, a irresignação também não procede. A Corte de origem, em apreciação equitativa, considerando a natureza da demanda, fixou a verba honorária à razão de 5% do valor dado à causa (fls. 175-176).

Nas razões do recurso especial, a recorrente não demonstrou a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporção ou falta de razoabilidade no arbitramento da verba honorária.

Desse modo, a pretensão recursal, também nesse ponto, não merece guarida.

Sobre a questão, confira-se o seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 20, § 4º, DO CPC. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. PRECEDENTES.

– Não tendo sido demonstrada a existência de desproporção ou falta de razoabilidade no arbitramento dos honorários advocatícios, fixados pela Corte *a quo* com base nos critérios previstos no § 4º do art. 20 do CPC, deve ser mantida a decisão atacada.

Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp 69.343/MG, de minha relatoria, DJe de 9.3.2012).

Além disso, inafastável a incidência, sobre a hipótese, do verbeta n. 7 da Súmula do STJ, uma vez que a revisão do julgado proferido pela instância de origem demandaria o revolvimento da matéria fático-probatória.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0062213-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 152.944 / RS**

Números Origem: 10400019802 10600051734 70033017682 70041734088 70044822062

PAUTA: 26/06/2012

JULGADO: 07/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV
ADVOGADO : LEO KRAKOWIAK
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MARCOS ANTÔNIO MIOLA E OUTRO(S)

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.