



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.029 - SP (2017/0193964-1)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : INDUSTRIA METALURGICA FERREIRA LOPES LTDA.
ADVOGADO : ADRIANA MORACCI ENGELBERG E OUTRO(S) - SP160270
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. LEGALIDADE. CÁLCULO "POR DENTRO". DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA PELA RECORRENTE.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. É pacífico no STJ o entendimento de que o ICMS compõe sua própria base de cálculo, ou seja, está embutido no preço cobrado pelo cálculo "por dentro", conforme o art. 155, § 2º, XII, "I", da CF e o art. 13, § 1º, I, da LC 87/1996.

3. Recurso Especial não 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, negou provimento ao recurso, 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 Francisco Falcão."

Brasília, 10 de outubro de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.029 - SP (2017/0193964-1)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : INDUSTRIA METALURGICA FERREIRA LOPES LTDA.
ADVOGADO : ADRIANA MORACCI ENGELBERG E OUTRO(S) - SP160270
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 136, e-STJ):

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. Débito, declarado e não pago. Alegação de nulidade do título executivo. Inocorrência. Certidão da Dívida Ativa que observa o art. 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80 e preenche os requisitos do art. 202 do CTN.

Iliquidez não configurada. ICMS. Cálculo "por dentro". Inexistência de ilegalidade. Arts. 33 da Lei 6374/89 e 14 do Convênio 66/88 que se adequam à determinação do art. 155, inciso II, parágrafo 2º, XII, da Constituição Federal e artigo 34, parágrafo 8º do ADCT. Competência da definição do fato gerador, da base de cálculo e dos contribuintes do imposto referido que pertence à lei complementar e aos convênios interestaduais. Hipótese contemplada no art. 13, § 1º, I da LC 87/96. Precedentes do E. STJ e desta C. Câmara.

MULTA MORATÓRIA. Aplicação com base nas Leis 6.374/89 e 9.399/96. Inadimplemento de obrigação tributária, cuja multa tem caráter de sanção à infração administrativo-tributária.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Inocorrência. Não configuração de inequívoco abuso e de conduta dolosa, em detrimento do trâmite processual. Precedentes do C. STJ. Verba honorária bem fixada. Sentença de improcedência mantida. Recurso parcialmente provido.

A parte recorrente alega divergência jurisprudencial e violação ao art. 3º do Decreto-Lei 406/1968. Afirma que é ilegal a forma de cálculo do ICMS denominada de "cálculo por dentro" (fl. 140, e-STJ).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fls. 152-158, e-STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contrarrazões apresentadas às fls. 182-188, e-STJ.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.695.029 - SP (2017/0193964-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 11.9.2017.

A irresignação não merece prosperar.

A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE MORA. VERBAS TRABALHISTAS RECONHECIDAS EM DECISÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS COLACIONADOS COMO DIVERGENTES.

1. Para que se configure o dissídio jurisprudencial é indispensável que os julgados confrontados revelem soluções jurídicas distintas extraídas das mesmas premissas fáticas.

2. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido tratou de matéria relativa à incidência do imposto de renda sobre os juros de mora decorrentes de verbas remuneratórias de empregado celetista pagas em atraso, fora do contexto de rescisão do contrato de trabalho, nos termos do art. 16, parágrafo único, da Lei 4.506/64. Já o acórdão paradigma, cuidou de situação em que não incide imposto de renda sobre os juros de mora decorrentes de verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial, no contexto da rescisão do contrato de trabalho.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EREsp 1.221.886/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 3/9/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. INVIABILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO. SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

AUSÊNCIA DE CÓPIAS INTEGRAIS DOS JULGADOS.

(...)

3. Para comprovação da divergência jurisprudencial, o artigo 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça exige que sejam mencionadas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais dos julgados ou, ainda, indicado o repositório oficial de jurisprudência, não bastando a simples transcrição de ementas.

Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 641.247/AL, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe 29/4/2013).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CPP. QUESTÃO FEDERAL SURGIDA NA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

(...)

4. O dissídio jurisprudencial, para que seja caracterizado, exige que, em situações fáticas idênticas, tenha havido a divergente interpretação do mesmo dispositivo de lei federal, o que não ocorre no caso concreto, em que não há a referida similitude, uma vez que o julgado recorrido e o paradigma avaliaram questões de fato diferentes.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.066.014/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 26/4/2013).

É pacífico no STJ o entendimento de que o ICMS compõe sua própria base de cálculo, ou seja, está embutido no preço cobrado pela operação mercantil ou na prestação de serviços, denominado de cálculo "por dentro", conforme o art. 155, § 2º, XII, "I", da CF e o art. 13, § 1º, I, da LC 87/1996.

Seguem precedentes:

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ICMS. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 2º, § 7º, DO DECRETO-LEI Nº 406/68 E AO ART. 13, § 1º, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96. CÁLCULO POR DENTRO. LEGALIDADE. ART. 166 DO CTN. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÓBICE DA SÚMULA 284/STF.

1. É de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O entendimento dessa Corte Superior é pacífico no sentido de que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, sendo, portanto, legal a sistemática do "cálculo por dentro" para aferição da base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, § 1º, I, da LC n. 87/96.

3. Revela-se inadmissível o recurso especial quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia (Súmula 284/STF, por analogia).

4. Ademais, reconhecida a legitimidade do cálculo do ICMS na modalidade nominada "por dentro", fica prejudicada eventual análise acerca da aplicabilidade ou não do art. 166 do CTN, pois inexistente crédito a ser aproveitado.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.246.480/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 21/06/2011).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CÁLCULO "POR DENTRO". CONSTITUCIONALIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF E DO STJ. AGRAVO MANIFESTAMENTE INFUNDADO. MULTA DO ART. 557, § 2º, DO CPC.

APLICAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "A base de cálculo do ICMS, definida como o valor da operação da circulação de mercadorias (art. 155, II, da CF/1988, c/c arts. 2º, I, e 8º, I, da LC 87/1996), inclui o próprio montante do ICMS incidente, pois ele faz parte da importância paga pelo comprador e recebida pelo vendedor na operação" (STF, RE 582.461/SP, Plenário, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 17/8/11) 2. É alvo da sanção estabelecida no art. 557, § 2º, do CPC, por revelar intuito protelatório, manifestação recursal que não se reveste de plausibilidade mínima para impugnar pronunciamento judicial baseado em jurisprudência abundante, atual e pacífica do STF e do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.356.387/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/10/2012).

TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. BASE DE CÁLCULO. DUPLA INCIDÊNCIA: A PRIMEIRA, SOBRE O VALOR DO SERVIÇO; A SEGUNDA, SOBRE O VALOR DO SERVIÇO ADICIONADO DO IMPOSTO CALCULADO NA PRIMEIRA OPERAÇÃO. MATÉRIA APRECIADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO ERESP 1.190.858/BA.

1. É incontroverso que o ICMS compõe sua própria base de cálculo, ou seja, está embutido no preço cobrado (cálculo "por dentro"), conforme o art. 155, § 2º, XII, "i", da CF e o art. 13, § 1º, I, da CF.

2. Defende o Estado da Bahia que, na sistemática de cálculo por dentro, o ICMS deve incidir duas vezes: a primeira, sobre o valor do serviço; a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segunda, sobre o valor do serviço adicionado do imposto calculado na primeira operação.

3. Referido entendimento foi albergado pela Primeira Seção, por maioria, na assentada de 8.5.2013, por ocasião do julgamento dos EREsp 1.190.858/BA (acórdão pendente de publicação), a qual concluiu que o preço do serviço é fixado pelo respectivo prestador - e não resultante de tabelamento ou imposição de preço -, mas a base de cálculo do tributo devido na operação é a que resultar desse preço mais o imposto.

Agravo regimental provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1.281.838/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 30/8/2013).

TRIBUTÁRIO. ICMS. CÁLCULO POR DENTRO. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL. RE 582.461/SP. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

1. Autos devolvidos pela Vice-Presidência do STJ para análise de hipótese de retratação, conforme previsão do § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil.

2. Esta Corte deu provimento ao recurso especial da empresa contribuinte para reconhecer a "ilegalidade do tributo na sua própria base de cálculo", pois "o artigo 33 da Lei paulista n. 6.374/89, que determinou do ICMS na base de cálculo, contraria o princípio da não-cumulatividade contemplado no artigo 3º, caput, do Decreto-lei n. 406/68, que estabelece que 'o Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS é não cumulativo, abatendo-se em cada operação o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado'."

3. Tal entendimento já não estampa mais a jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que "O ICMS tem por base de cálculo o valor da operação mercantil ou da prestação de serviços, em cuja composição encontra-se o valor do próprio tributo, nos termos do art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar 87/96 e art. 2º, § 7º, do Decreto-lei 406/68. Precedentes da 1ª e 2ª Turmas" (REsp 1.041.098/SP, Rel. Min ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 21/8/2009).

4. A fixação do entendimento nesse sentido no STJ foi provocada pelo julgamento do RE 212.209/RS, leading case de 1999, mediante o qual o Plenário do STF julgou constitucional a referida forma de cálculo do ICMS. Em 2011, novamente instada a se pronunciar, a Suprema Corte reafirmou aquele entendimento ao julgar o mérito de repercussão geral envolvendo o tema (RE 582.461, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2011, REPERCUSSÃO GERAL, DJe 17.8.2011).

Recurso especial improvido, em juízo de retratação (art. 543 -B, § 3º, do CPC).

(REsp 286.553/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 13/4/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essas considerações, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0193964-1

REsp 1.695.029 / SP

Números Origem: 00223288020018260068 0680120060082877 20150000326552 20150000527796
223288020018260068 680120060082877 90219625820028260000

PAUTA: 10/10/2017

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : INDUSTRIA METALURGICA FERREIRA LOPES LTDA.
ADVOGADO : ADRIANA MORACCI ENGELBERG E OUTRO(S) - SP160270
RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ALBERTO CUENCA SABIN CASAL - SP109459

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

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 recurso, 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 Francisco Falcão.